



**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE GOIÁS – IESGO
CURSO DE DIREITO**

NATANAEL ALVES FERREIRA

**LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO: A CONTROVÉRSIA ACERCA DO RESPEITO AO
DIA DE DESCANSO**

**FORMOSA – GOIÁS
2010**



**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE GOIÁS – IESGO
CURSO DE DIREITO**

**LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO: A CONTROVÉRSIA ACERCA DO RESPEITO AO
DIA DE DESCANSO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Goiás.

Orientador: Prof. Msc. André Gontijo

**FORMOSA – GOIÁS
2010**



**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE GOIÁS – IESGO
CURSO DE DIREITO**

Natanael Alves Ferreira

**LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO:
A CONTROVÉRSIA ACERCA DO RESPEITO AO DIA DE DESCANSO**

Monografia aprovada em 24 de maio de 2010 para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Msc. André Pires Gontijo (professor orientador)

Prof. Msc. Débora Soares Guimarães

Prof. Msc. Mateus Schaeffer Brandão

Toda Gratidão ao Pai, criador, protetor, e que, por intermédio do Filho, Fiel Advogado e Justo Juiz, nos concede liberdade e vida.

Aos pais, João, pelo exemplo da constante busca pelas melhores virtudes, e Adélia, pela vida de dedicação e esquecimento de si mesma, para que eu pudesse sorrir sempre.

Aos irmãos (Daniel, Dilma, Thaysa e Tharley) pelo companheirismo a todo tempo presente.

À esposa (Lili), que é mais que companheira, é uma comigo; desde o primeiro momento me fez melhor.

Aos nobres colegas da jornada acadêmica, que fizeram essa caminhada mais iluminada.

Dedicada a todos aqueles que carecem de
alguém que lhes defenda os direitos.

*Primeiro eles vieram atrás dos comunistas.
E eu não protestei, porque não era comunista.
Depois, eles vieram pelos socialistas.
E eu não disse nada, porque não era socialista.
Mais tarde, eles vieram atrás dos líderes sindicais.
E eu calei, porque não era líder sindical.
Então foi a vez dos judeus.
E eu permaneci em silêncio, porque não era judeu.
Finalmente, vieram me buscar.
E já não havia ninguém para protestar.*

Martin Niemoller
(Pastor Protestante, 2ª Guerra Mundial)

*De todas as liberdades sociais, nenhuma é
tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão
frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica,
e tão filha do Evangelho, como a liberdade
religiosa.*

Rui Barbosa

RESUMO

Monografia sobre as restrições à liberdade religiosa que minorias têm sofrido no âmbito das instituições de ensino no Brasil, principalmente no tocante ao respeito ao dia de descanso religioso frente à exigência da frequência escolar/acadêmica mínima. O conceito de liberdade religiosa será analisado a fim de tornar evidente como a liberdade de crença e a liberdade de culto acabam sendo mitigadas por uma omissão legislativa e uma interpretação administrativa e jurisdicional equivocada, o que acaba por restringir o acesso e a permanência na escola, ferindo o direito à educação. Dessa forma, com o intento de corrigir tal distorção, justificável a edição de norma que altere a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e conceda tratamento diferenciado a estudantes que levantem objeção de consciência religiosa para a não frequência a atividades escolares e acadêmicas em dia considerado sagrado por sua fé. A eficácia dos direitos fundamentais, no que concerne a limites e restrições, será abordada como fundamento de uma política de acomodação dos direitos individuais em questão, já que toda restrição a direito fundamental exige, primeiro, um fundamento constitucional, e, segundo, uma solução que não invalide o núcleo essencial dos direitos envolvidos. A pesquisa concluirá que a alteração proposta na Lei de Diretrizes e Bases da Educação representa adequada e proporcional prestação alternativa a um dever geral, calcada em uma política de concordância prática.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Liberdade Religiosa. Educação. Dia de Descanso. Frequência Escolar Mínima. Compensação de Ausências.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	9
1 DA LIBERDADE RELIGIOSA	14
1.1 Evolução Histórica.....	14
1.2 Da Liberdade Religiosa e a Evolução Constitucional Brasileira	24
1.2.1 Da Liberdade Religiosa na Constituição de 1988	27
1.3 Da Liberdade Religiosa na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros Documentos Internacionais.....	29
1.4 Do Sentido e Alcance da Liberdade Religiosa	33
1.4.1 Das Dimensões da Liberdade Religiosa	34
1.4.2 Dos Limites à Liberdade Religiosa.....	37
2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA LIBERDADE RELIGIOSA	42
2.1 Da Educação, Sua Evolução Histórica e Seu Reconhecimento Como Direito Fundamental	42
2.2 Do Sistema de Educação no Ordenamento Jurídico Brasileiro	46
2.2.1 Da Previsão Constitucional	46
2.2.1.1 Dos Princípios Constitucionais.....	48
2.2.2 Da Legislação Infra Constitucional	52
2.2.3 Da Organização do Sistema Educacional Brasileiro	54
2.2.4 Dos Níveis e Modalidades de Educação	56
2.2.4.1 Da Educação Básica.....	56
2.2.4.1.1 Da educação infantil.....	57
2.2.4.1.2 Do ensino fundamental.....	58
2.2.4.1.3 Do ensino médio.....	59
2.2.4.2 Da Educação Superior	59
2.2.4.3 Das Modalidades de Educação	61
2.3 Da Frequência Escolar Face ao Regime de Compensação de Ausências Previsto no Decreto 1.044/69 e Outras Situações	62
2.4 Da Restrição Religiosa Advinda da Estruturação do Sistema de Educação Nacional	65

3 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIA DE DESCANSO RELIGIOSO PELO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO	69
3.1 Dos Fundamentos Religiosos que Orientam o Respeito ao Dia de Descanso	69
3.2 Do Direito de Observar Dia de Descanso Religioso	74
3.2.1 Do Direito de Observar Dia de Descanso no Direito Comparado.....	78
3.2.1.1 Estados Unidos	78
3.2.1.2 Espanha, França, Alemanha e Itália.....	82
3.2.1.3 Portugal.....	83
3.2.1.4 Direito Internacional.....	84
3.3 Do Dia de Descanso Como Fundamento Para a Concessão do Regime de Compensação de Ausências e Outras Alternativas.....	86
3.3.1 Da Legitimidade Ativa e do Processo Legislativo Próprio.....	86
3.3.2 Dos Titulares da Norma.....	90
3.3.3 Do Conteúdo da Norma.....	92
3.3.3.1 Do Regime de Compensação de Ausências	92
3.3.3.2 Do Horário Alternativo para Realização de Provas	93
3.3.3.3 Do Horário Alternativo para Realização de Exames de Acesso ao Ensino Superior	94
3.4 Da Acomodação do Dia de Descanso Frente aos Limites e Restrições a Direitos Fundamentais e Outros Valores Constitucionais	96
3.4.1 Dos Limites e Restrições a Direitos Fundamentais.....	97
3.4.1.1 Dos Tipos de Restrições a Direitos Fundamentais	99
3.4.1.2 Dos Limites Imanentes a Direitos Fundamentais Segundo a Teoria Interna.....	102
3.4.2 Dos Limites aos Limites a Direitos Fundamentais	106
3.4.3 Da Colisão e da Concorrência entre Direitos Fundamentais	110
3.4.4 Do Dia de Descanso Frente Outros Valores Constitucionais	113
3.4.4.1 Das Restrições Expressas à Observância de Dia de Descanso.....	114
3.4.4.2 Do Dia de Descanso Frente ao Princípio da Laicidade	116
3.4.4.3 Do Dia de Descanso Frente ao Princípio da Igualdade	120
3.4.4.4 Da Restrição em Casos de Desvio ou Abuso de Direito	124
3.4.5 Da Presente Proposta de <i>Lege Ferenda</i> Enquanto Política de Acomodação ou de Concórdância Prática.....	126
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

Essa monografia abordará o tema da liberdade religiosa, na sua dimensão liberdade de crença e de culto, com enfoque, principalmente, no conflito entre o respeito ao dia de descanso religioso e a exigência de frequência escolar mínima obrigatória estabelecida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. O princípio constitucional da liberdade religiosa será analisado segundo sua conceituação doutrinária e a posição jurisprudencial adotada no Brasil, fazendo-se o devido cotejo com a jurisprudência internacional. Da mesma forma, as bases do sistema educacional pátrio serão estudadas, de modo a que sejam evidenciados os contornos do conflito e a possível solução. O tema, portanto, é afeto ao Direito Constitucional, especialmente direitos humanos e garantias fundamentais.

Hoje no Brasil, a consolidação dos direitos fundamentais exige especial atenção, releva-se a evidência de que sua eficácia tem sido mitigada. Com a liberdade religiosa não é diferente. A tradição religiosa dominante ajuda a entender porque a eficácia desse direito individual não é vista como um sério problema, já que a maioria dela desfruta sem enfrentar obstáculos. Apesar de haver no país um discurso de respeito e tolerância, o cotidiano revela situações que são grandes entraves ao exercício dessa liberdade. O respeito às religiões de matriz africana, o ensino religioso nas instituições de ensino públicas e o dia de descanso de minorias religiosas se mostram como alguns dos principais pontos sensíveis dessa questão.

Desde a colonização, os ideais católicos são os conhecidos pela massa popular no Brasil, formando, de certo modo, a consciência coletiva no tocante a religião. Dentre tais dogmas católicos aparece o domingo como “dia de festa” por excelência, sendo este o dia em que o país “para” para descansar, preferencialmente, como prevê nossa Constituição em seu Art. 7º, XV. O que divirja deste ideal é visto como de menor importância social, uma vez que o direito da maioria está assegurado. A discriminação

se apresenta então, por exemplo, quando um candidato a emprego é preterido por outro por se recusar a trabalhar no dia de descanso de sua crença, ou quando alunos pleiteiam alternativa às obrigações acadêmicas quando estas são exigidas em dia de guarda de sua fé. Tal situação afronta os princípios constitucionais da *liberdade* e da *igualdade*, e configura empecilho ao pleno exercício do direito à educação, sob o enfoque que será dado neste estudo.

É mister ter em consideração que democracia predispõe a supremacia da vontade da maioria, mas não a usurpação dos direitos e garantias fundamentais das minorias e dos indivíduos que a compõem. Portanto, a garantia da eficácia dos direitos fundamentais, inclusive nas questões mais singulares, é justificativa suficiente que legitima a abordagem intentada nesse trabalho.

Dessa forma, procurar estudar, discutir e entender como o Brasil tem lidado com tão importante aspecto da liberdade individual, não só justifica o presente estudo, como se revela desdobramento ou decorrência de outros estudos sobre os direitos fundamentais. Isso se confirma no consistente arcabouço bibliográfico existente acerca do tema, de modo que o pesquisador se coloca ao lado de importantes nomes das letras jurídicas que têm direcionado sua atenção ao assunto dos direitos fundamentais, como Gilmar Mendes, em sua obra acerca da hermenêutica dos direitos fundamentais, e Ingo Wolfgang Sarlet, sobre a eficácia dos direitos fundamentais, obras das quais se pode extrair relevantes conceitos que fundamentam o estudo da aplicabilidade das normas fundamentais. Dentre aqueles que se dedicam ao estudo do tema da liberdade religiosa especificamente, e que nortearam as pesquisas deste estudo, estão Aldir Guedes Soriano, que aponta as bases da liberdade religiosa enquanto princípio liberal, Letícia Campos Martel, com relevante estudo sobre a jurisprudência nacional em questões afetas à liberdade religiosa, e Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, com suas conclusões acerca da necessidade de uma política de acomodação do dia de descanso.

O tema do estudo se insere no contexto de vida do autor. Nascido em lar adventista, ele conhece pessoalmente as diversas maneiras como o respeito ao dia de descanso das minorias é negligenciado, seja no mercado de trabalho, seja na vida

estudantil. Além disso, a escolha do tema reflete a preocupação do acadêmico, na qualidade de pesquisador do direito, com a eficácia dos direitos individuais, já que, somente quando postos à prova, é que se pode mensurar o alcance de certos direitos.

O estudo cuidará em posicionar a liberdade religiosa, especificamente a liberdade de observar dia de descanso, no rol dos direitos fundamentais, buscando entender sua aplicabilidade ante os ditames da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e a negativa do Ministério da Educação em conceder tratamento diferenciado a estudantes que levantem objeção de crença para o não cumprimento de certos deveres estudantis. Desse confronto entre liberdade religiosa e LDB surge o problema do estudo. Afinal, qual a solução possível ao caso de alunos que por imperativos de sua fé devem guardar dias de descanso religioso e, por isso, encontram-se impedidos de freqüentar as aulas nesses períodos considerados sagrados? Nos mesmos termos, que alternativa oferecer a estes estudantes quando a data de vestibulares e provas é marcada para o dia de guarda de sua religião? Propor solução que respeite a liberdade religiosa e privilegie o direito à educação, sem com isso ferir outros valores constitucionais, é o desafio que ora se enfrenta.

O regime de compensação de ausências, combinado com a oferta de horários alternativos para realização de provas e exames de acesso ao ensino superior, representa alternativa possível e constitucionalmente viável para a devida acomodação pelo sistema educacional brasileiro do direito de observar dia de descanso?

Pautando-se na doutrina de Canotilho, Sarlet, Gilmar Mendes, Christine Oliveira Peter, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, dentre outros, o estudo buscará evidenciar a desproporcionalidade da restrição imposta ao direito de observar dia de descanso no ambiente escolar e acadêmico. Para isso, discorrerá acerca dos limites e restrições a direitos fundamentais, bem como sobre os limites a limites dos direitos fundamentais, e colisão entre direitos fundamentais. Ao final, serão apresentados os contornos da política constitucional de acomodação dos direitos fundamentais, o que demonstrará o alinhamento da presente proposta de *lege ferenda* com essa política, revelando-se perfeita prestação alternativa a um dever geral imposto a todos os estudantes.

Quanto à metodologia, essa monografia pode ser classificada como científica, no sentido de que buscará dizer algo novo acerca da liberdade religiosa, principalmente porque propõe a edição de lei federal que assegure no âmbito das instituições de ensino brasileiras o respeito ao dia de descanso. No entanto, tal classificação, se é que é necessário fazê-la, é meramente didática, se é que tal classificação também ensina algo, por si só. O trabalho acadêmico, independentemente da classificação dada, deve trazer consigo toda cientificidade possível e, quase sempre, adotará uma mescla de técnicas de pesquisa que convergirão para o pensamento final. Assim se dará com o presente estudo, se valerá de metodologia dogmática, baseada na pesquisa doutrinária, estudo da legislação, com enfoque na Constituição Federal e mesmo em ordenamentos jurídicos estrangeiros, e análise da jurisprudência, enquanto referência do posicionamento dos tribunais pátrios acerca do tema.

O estudo abordará a Constituição Federal em seu Art. 5º, incisos VI e VIII, que estabelecem o alcance da liberdade religiosa; também documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especialmente seu artigo 18, e a Declaração da Onu Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (Resolução nº 33/1955), com vistas a determinar um marco legal que confira ao dia de descanso o fundamento jurídico suficiente para seu reconhecimento enquanto fenômeno religioso merecedor de tutela. A Constituição Federal também será estudada sob o olhar do direito à educação, garantia prevista no art. 6º e ampliada no art. 206, que assegura a igualdade de condições no acesso e permanência na escola. Neste contexto, a LDB (Lei nº 9.394/96) será analisada, bem como o Decreto-Lei nº 1.044/69, que criou o regime de compensação de ausências visando atender os estudantes doentes impossibilitados de alcançar a escola, e a Lei nº 6.202/75, que estendeu este tratamento às estudantes grávidas. Sendo estes últimos documentos legais os principais paradigmas do estudo.

Em sua primeira parte, o trabalho percorrerá o caminho da evolução histórica da liberdade religiosa, que se confunde com a evolução dos direitos fundamentais, apresentando ainda análise do conceito de liberdade religiosa em suas diversas dimensões, bem como sua posição no ordenamento jurídico pátrio e em documentos

internacionais, o que permitirá entender a importância deste princípio na lógica constitucional dos regimes democráticos. Procurando posicionar a liberdade religiosa frente o direito educacional, o segundo capítulo apresentará os contornos básicos do sistema educacional brasileiro, seus princípios, níveis e modalidades de ensino, e evidenciará o conflito que a exigência de frequência escolar mínima obrigatória cria ao não oferecer prestação alternativa aos estudantes que levantem objeção de crença, fundamentada no direito de observar dia de descanso, para determinadas atividades acadêmicas e escolares. No último capítulo, serão destacados os fundamentos religiosos que orientam a guarda de dia de descanso, bem como os fundamentos jurídicos que asseguram essa liberdade; serão analisados também conceitos primordiais no estudo dos direitos fundamentais como limites e restrições, limites a limites, colisão de direitos, etc. Ao fim, restará demonstrada a proporcionalidade (enquanto juízo de adequação e necessidade) da medida proposta, como resultado de uma política de acomodação da liberdade de observar dia de descanso com os ditames da legislação educacional, tendo sempre por referência a supremacia dos princípios fundamentais.

Lançar-se ao estudo do tema aqui proposto é vivenciar a aplicação do direito fundamental, é tornar real a previsão constitucional e dar à liberdade religiosa eficácia e concreção. O convite que se faz é que, isentos de conceitos pré-definidos, os operadores do direito optem pela missão de tornar mais humanas as relações entre Estado e indivíduos, e mesmo entre particulares. Tendo sempre por corolário que os direitos fundamentais não são letra morta no texto constitucional, antes, clamam por serem trazidos ao cotidiano do país.

1 DA LIBERDADE RELIGIOSA

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Uma abordagem histórica da evolução da liberdade religiosa encontra-se intrinsecamente relacionada ao surgimento dos próprios direitos fundamentais. Parte da doutrina, inclusive, entende ser a liberdade religiosa o primeiro dos direitos humanos pelo qual se lutou.¹ De modo que é imperioso iniciar este estudo com um breve relato da evolução dos direitos fundamentais, o que nos levará à história da liberdade religiosa, fatalmente.

Na abordagem feita por Norberto Bobbio, os direitos humanos se desenvolveram percorrendo pelo menos três fases, três possíveis momentos distintos: uma fase de afirmação filosófica dos direitos naturais, outra de contraposição dos direitos individuais frente à supremacia do Estado, e finalmente uma fase de positivação dos direitos humanos fundamentais.²

O alemão Klaus Stern sintetiza também em três etapas o caminho básico percorrido pelos direitos fundamentais: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos estados americanos.³

¹ É este o pensamento, por exemplo, de Georg Jellinek, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49; entendimento compartilhado também por Celso Lafer, em LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p.121.

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 27-28.

³ Stern, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Vol. III/1. München: C.H. Beck, 1988, p. 56 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43.

A gênese dos direitos do homem caracteriza-se pela afirmação filosófica de que o homem é detentor de direitos só pelo fato de existir, e ninguém pode lhe subtrair essa condição, nem mesmo o Estado, e nem ele próprio poderia alienar tais direitos.⁴ A despeito de ser uma visão, a princípio, filosófica apenas, sem constituir-se em norma positivada, esse conceito coaduna-se com antigas manifestações legais, e, ao mesmo tempo, confronta-se com outros momentos de negação dos direitos básicos do homem.

Segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes, no Egito e na Mesopotâmia, em 3.000 a.C., já eram previstos mecanismos de proteção individual em relação ao Estado. A primeira codificação relativa a direitos mínimos do homem teria sido o Código de Hamurabi (1.690 a.C.) que protegia a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, etc. A filosofia e a religião embasaram o princípio da igualdade de todos os homens, com os ideais do Buda (500 a.C.) e dos filósofos gregos. Porém, em Roma, com a Lei das 12 tábuas, é que teria surgido um complexo mecanismo de proteção dos direitos individuais, podendo ser considerada a origem dos textos escritos consagradores dos direitos do cidadão.⁵

Contrariamente, Fustel de Coulanges descreve uma antiguidade em Roma e na Grécia onde se destaca a supremacia da vontade do Estado sobre a vida do indivíduo, nas questões mais particulares inclusive, como a religião:

Ao homem não cabia a escolha de suas crenças. Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a liberdade à educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana representava pouquíssimo ante esta autoridade santa e quase divina a que se chamava pátria ou Estado.⁶

Soriano descreve uma antiguidade politeísta (predominantemente, destaca o autor). O indivíduo não tinha a liberdade de escolher um deus para adoração, deveria adorar o deus do Estado.⁷ Sarlet e Comparato, por outro lado, relembram a democracia

⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28-29.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

⁶ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma**. São Paulo: Edipro, 1998. p. 193.

⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 42.

ateniense, que constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.⁸ Nenhum poder político poderia ser superior ao do povo. A própria religiosidade fantástica, mitológica, foi substituída por uma religião mais ética, racional e pluralista.⁹

Ainda sobre os primórdios dos direitos humanos, Sarlet cita o Antigo Testamento Bíblico, de onde vem a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus, advindo daí o princípio da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.¹⁰ O próprio monoteísmo judaico, a princípio extremamente nacionalista, recepcionou aos poucos novos conceitos, abrindo espaço ao culto universal, onde todos os povos adorariam juntos ao Criador.¹¹ Por fim, herdeiro de diversos símbolos do culto judaico, o Cristianismo, com sua mensagem afirmativa da igualdade de todos os homens, é lembrado por Moraes como grande influência na consagração dos direitos fundamentais.¹²

Este primeiro período da história dos direitos fundamentais se caracteriza principalmente pela idéia de um sistema de leis não escritas anteriores e superiores às do Estado e dos homens;¹³ seja porque advindas da divindade, ou porque oriundas da própria condição natural do ser humano. Segundo Bobbio, posteriormente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, viria confirmar este princípio ao dizer que “todos os homens *nascem* livres e iguais”. Destaca-se a circunstância natural e universal deste fundamento: *todos são*, desde o nascimento. Bobbio, porém, entende

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10-11.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

esse *nascere livre e igual* como algo a ser perseguido, um *dever ser* e não um *ser* de fato, é uma proposta para o pleno reconhecimento pelos futuros legisladores.¹⁴

O segundo momento da história dos direitos do homem caracteriza-se pela passagem da teoria para a prática, culminando nas Declarações de Direito dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa.¹⁵

Na idade média, o discurso pela positivação da dignidade humana e da liberdade começa a encontrar seu lugar. Desde o século XII ganha força a idéia de que os direitos naturais do homem configuram limites ao poder das autoridades, devendo a liberdade do homem ter limite apenas na liberdade de seus iguais. Já apareciam reivindicações pela autodeterminação do indivíduo e pela tolerância religiosa. Os direitos naturais vão sendo positivados em forma de garantias fundamentais, gradativamente, recepcionando direitos, liberdades e deveres individuais.¹⁶ Os séculos de perseguições empreendidas em nome da religião foram a motivação para essa transformação.¹⁷

A partir de 1050 d.C. com a supremacia do poder papal estabelecida, com os reinos ao redor do mundo ocidental submissos à vontade da Igreja de Roma, a liberdade religiosa tem seu pior período na história. As Cruzadas, movimento militar cristão (católico) “em defesa da fé”, e a Inquisição, desencadearam intensa guerra contra os hereges, assim classificado todo aquele que contrariasse a vontade dos representantes de Deus na terra.¹⁸

Neste período, concomitantemente, a limitação do poder estatal, que acabava sendo desdobramento do poder da igreja dominante, era defendida através de

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 29.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 29.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-50.

¹⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 42-51.

¹⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 42-51 e PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 114.

documentos importantes, editados principalmente na Inglaterra, que buscavam assegurar direitos individuais mínimos, como a vedação a que o homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.¹⁹ Destaca-se dentre esses documentos em favor dos direitos humanos o *Bill of Rights*, de 1689, que apesar de avançar em pontos importantes na limitação do Soberano, fortalecendo o Parlamento, por exemplo, negava a liberdade e a igualdade religiosa àqueles que não professassem a fé da Coroa Britânica, principalmente pelo cisma com o Papado, nos termos do item IX do referido documento:

IX - Considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.²⁰

Verifica-se que o combate à intolerância religiosa praticada pela Igreja Romana se dá por meio de intolerância religiosa equivalente perpetrada pela Igreja Inglesa. Não se trata, na verdade, de luta por liberdade religiosa, mas sim, luta por *supremacia religiosa*, buscando determinar qual poder religioso e político será dominante. Apesar dessa crítica e de carecerem de um completo caráter de direito fundamental, já que garantiam direitos a apenas certa parcela da população, não possuindo a *universalidade fundamental* defendida por Bobbio,²¹ os documentos

¹⁹ A Inglaterra pode ser chamada *A Pátria dos Direitos do Homem*, cf. CONCEIÇÃO, Selma Regina Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27-34.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 7-8.

²¹ Bobbio defende que o único fundamento válido e necessário à existência de um direito fundamental é a universalidade desse direito, é ser ele considerado fundamental e assim ser respeitado por uma parcela considerável da humanidade. A este respeito ver BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26-27.

editados na Inglaterra merecem a importância que se lhes atribui por caracterizarem a base do futuro reconhecimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais.²²

Outros movimentos importantes, como a Reforma Protestante, o Iluminismo Racionalista, e as primeiras declarações de direito nas colônias americanas, deram o tom de que os poderes do Estado e da Igreja não devem se confundir (*laicização do Estado*) e são limitados pela vontade e liberdade dos indivíduos.²³

A Reforma Protestante marcou a evolução dos direitos humanos, reivindicando o reconhecimento à liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa. No mesmo sentido, foi firmado na colônia americana de Maryland o *Toleration Act*, em 1649, também em Rhode Island, em 1663, outro documento legal de igual teor.²⁴ Apesar dessa mensagem pró diversidade, em um primeiro momento a visão reformista se mostrou também equivocada quanto ao que seria liberdade religiosa, como ensina Edward Mcnall Burns:

Os efeitos mais imediatos da Reforma foram um acentuado aumento da perseguição religiosa e a instalação de litígios religiosos na maior parte da Europa. Tanto católicos como protestantes partiam do princípio de que era impossível tolerar a diversidade de credos religiosos dentro das fronteiras de qualquer país. Por conseguinte, os dissidentes em matéria de religião eram implacavelmente perseguidos, onde quer que fossem encontrados.²⁵

Apesar dessa equivocada visão de que a liberdade religiosa não comporta a convivência pacífica dos diferentes, a Reforma trouxe como ponto positivo, dentre outros, a ruptura com a unidade religiosa que, naquele momento da história, era tão

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-50.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 45-50.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 45-50.

²⁵ BURNS, Edward Mcnall. **História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às nave espaciais**. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Globo, 1990, p. 397. *apud* SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 54.

somente fruto da opressão, possibilitando a reivindicação do primeiro direito individual: o da liberdade de opção religiosa.²⁶

Na visão de Bobbio, neste segundo momento de sua evolução histórica, os direitos do homem, enquanto se consolidavam de forma positiva e concreta, perdiam a universalidade presente no primeiro momento, já que as Declarações emanadas alcançavam apenas os cidadãos de Estados específicos.²⁷ Todavia, uma direção estava sendo traçada, os direitos humanos e a liberdade religiosa estavam passando por uma fundamentalização, abrindo caminho para a futura constitucionalização.²⁸

O *status* constitucional os direitos fundamentais ganham, pela primeira vez, nos Estados Unidos, com as declarações americanas de direitos, sendo a primeira a Declaração da Virgínia, de 1776, seguida da Declaração de Independência dos Estados Unidos, do mesmo ano, e da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e na França, em 1789, com a Declaração Francesa de Direitos do Homem.²⁹

A Declaração da Virgínia, além de proclamar o direito à vida, à liberdade e à propriedade, assegurar os princípios da legalidade, do devido processo legal, do juiz natural, entre outros, expressou proteção à liberdade religiosa:

Seção XVI - Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência.³⁰

A Declaração de Independência dos Estados, por sua vez, tem como traço fundamental a limitação do poder estatal, e as Emendas que lhe sobrevieram confirmaram essa característica e reafirmaram diversos direitos fundamentais que se

²⁶ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p.121.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9.

consolidavam na jovem nação: inviolabilidade de domicílio, devido processo legal, tribunal do júri, ampla defesa, vedação de penas cruéis, e liberdade religiosa,³¹ sendo esta considerada o cimento que une todas as liberdades de expressão.³²

Como ápice da normatização dos direitos fundamentais está a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. Os direitos humanos foram decantados como princípios fundamentais: igualdade, liberdade, etc. As Constituições Francesas seguintes (1791 e 1793) confirmaram a Declaração e influenciaram o constitucionalismo liberal do Séc. XIX, abrindo caminho para as Constituições sociais do início do Séc. XX.³³

A despeito de celeuma sobre qual documento teria maior valor original, a Constituição Norte-Americana ou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, ambos contribuíram para a construção do que se conhece hoje como direitos fundamentais constitucionais. Havia entre as duas declarações profunda relação de influência. O traço marcante da declaração americana foi a sujeição de todos os poderes a ela, inaugurando, inclusive, a previsão de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte. Foi a Declaração Francesa, porém, que maior influência teve nas Constituições do séc. XIX, como visto. Para o jurista alemão M. Kriele, citado por Sarlet, os Estados Unidos nos deram os direitos fundamentais, a França os direitos humanos.³⁴ e ³⁵

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9.

³² NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. **Principles of Constitutional Law**. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2007. p. 599. *apud* MACIEL, Adhemar Ferreira. **Um Símbolo Nacional Norte-Americano e o Direito de Expressão**. in BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: Doutrina, edição comemorativa, 20 anos**. Brasília: STJ, 2009. p. 551.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9-11.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52.

³⁵ A expressão *direitos fundamentais* remete a um plano constitucional interno, relativo ao ordenamento jurídico de cada Estado especificamente; já *direitos humanos* extrapola fronteiras nacionais e, num plano universal, coloca todos os homens como sujeitos de direitos básicos. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

Harmonizando a descrição da evolução dos direitos fundamentais com o pensamento de Bobbio, a Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, representa um ponto de culminância de todo esse movimento em prol da positivação e da constitucionalização dos direitos fundamentais, inaugurando a terceira fase da evolução dos direitos do homem, na qual a afirmação dos direitos é universal e positiva. Todos os homens, independente da nação a que pertençam, são alcançados por ela; e mais que proclamados, os direitos do homem devem ser protegidos, até mesmo contra o Estado que os queira violar. Todo o caminho percorrido pelos direitos fundamentais, do estado natural do homem até a Declaração Universal de Direitos, é condensado na assertiva de Norberto Bobbio:

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.³⁶

A Declaração Universal de 1948, porém, é o início de um outro processo, o início de um longo caminho até a eficaz aplicação dos direitos humanos. Desde o princípio do movimento constitucionalizante, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações em seu conteúdo e em sua aplicabilidade. Fala-se assim em *gerações* ou *dimensões* dos direitos fundamentais. A expressão *dimensão* parece exprimir maior precisão técnica terminológica. *Geração* daria uma equivocada noção de sucessão, substituição de um grupo de direitos por outros, quando na verdade o que ocorre é complementaridade de direitos, e não alternância, daí o melhor termo *dimensão*. Os direitos fundamentais devem ser vistos, portanto, sob quatro dimensões.³⁷

Direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos dos indivíduos frente ao Estado, caracterizados por uma conduta negativa, ou seja, um *não fazer* estatal, uma abstenção e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. São a expressão do direito de defesa do cidadão frente a possíveis abusos do Estado, caracterizando uma zona de não-intervenção na autonomia individual. Destacam-se

³⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

entre eles os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Neste grupo insere-se a liberdade religiosa.³⁸

Os *direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão* têm uma conotação de dar efetividade à liberdade e à igualdade propostas nos direitos de primeira dimensão. Buscam atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, outorgando aos indivíduos direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. E, ainda, determinando desdobramentos da liberdade individual de modo a garantir certas liberdades sociais, como a greve, a sindicalização, etc. Pode-se classificar os direitos de segunda dimensão como o direito de participar do bem estar social.³⁹

Se os direitos de primeira e de segunda dimensão são direcionados ao indivíduo, os *direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão* ultrapassam a esfera individual, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo). São, portanto, de titularidade coletiva,⁴⁰ muitas vezes indefinida e indeterminável, como por exemplo, qualidade de vida, meio ambiente, além de direito à paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.⁴¹

Ainda de controversa aceitação como classificação distinta, os *direitos fundamentais da quarta dimensão* configurariam a globalização dos direitos

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55-56.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56-58.

⁴⁰ É preciso, todavia, esclarecer que este estudo adere à posição doutrinária que entende que os direitos fundamentais são sempre de titularidade individual, alguns somente se expressam de forma socializada, mas em última *ratio* são direcionados ao bem estar do indivíduo. A este respeito ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre, 2009. p. 214-218.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58-60.

fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. Seriam direitos de quarta dimensão: a democracia, a informação, etc.⁴²

Mais importante que essa categorização é a consciência de que o respeito aos direitos do homem não venceu todas as barreiras e encerrou o processo de conquistas. É o que ensina Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.⁴³

De fato, de nada adiantará toda construção constitucional se faltar eficácia ao direito previsto. É o que se vislumbra quanto à liberdade religiosa, não basta a retórica constitucional. Não é outra a lição de Pontes de Miranda, para quem a liberdade religiosa não existirá se o Estado não conceder aos cidadãos, além do direito de ter uma religião, as condições de a praticar.⁴⁴

1.2 DA LIBERDADE RELIGIOSA E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No Brasil, desde a primeira Constituição, e mesmo antes, no Brasil - Colônia, os direitos fundamentais e a liberdade religiosa estão presentes em nosso ordenamento, em maior ou menor escala, absorvendo toda a influência da evolução internacional já descrita. O progresso da liberdade religiosa tem íntima ligação com a relação do Estado e uma Igreja considerada oficial. Essa não-separação entre Estado e Igreja acaba delineando os limites da liberdade de religião em cada momento histórico. Laicidade e liberdade religiosa não são sinônimos, entretanto, esta última não pode ser plena se ausente aquela;⁴⁵ o próprio Estado Democrático de Direito é inseparável da laicidade, na medida em que por ela se preserva a liberdade em seus diversos

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60-61.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 409. *apud* SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 23.

⁴⁵ HUACO, Marco. **A Laicidade Como Princípio Constitucional do Estado de Direito**. in LOREA, Roberto Arriada (org.). **Em Defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45-46.

aspectos.⁴⁶ A laicidade, portanto, é pressuposto da liberdade religiosa e no estudo da evolução histórica da liberdade religiosa no Brasil é o elemento determinante.⁴⁷

Em seu período colonial, o Brasil refletia a realidade portuguesa, e, por conseguinte, européia. Os Estados Nacionais mantinham forte ligação com uma igreja oficial, que em grande parte do mundo ocidental era a Católica. No Brasil, sob diversas formas, a hegemonia da religião católica era defendida. Só aos católicos eram concedidos benefícios, como a distribuição de terras, por exemplo. Aos não-católicos restava o preconceito religioso e, em alguns casos, a perseguição, uma vez que a discordância com a religião oficial poderia ser considerada até mesmo heresia, pecado mortal em um tempo de inquisição instalada. Prevalencia a forte relação entre o Estado Brasileiro e a Igreja de Roma.⁴⁸

Independente de Portugal a partir de 1822, o Brasil teve sua primeira Constituição outorgada em 1824. Ainda que previstos direitos e garantias individuais, a liberdade religiosa era relativa. Dizia a Constituição que ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, todavia, a Igreja Católica continuou sendo a religião oficial; às demais só era permitido o culto em locais privados. Os que não professassem a religião do Estado não poderiam, por exemplo, exercer o cargo de deputado.⁴⁹ Dependendo do ponto de vista, a liberdade religiosa continuava inexistente.⁵⁰

A Constituição de 1891 representa o ápice de um momento de transformação na questão da liberdade religiosa no Brasil. Dentre outras características, a Constituição Republicana estabeleceu o caráter secular dos cemitérios (até então eram administrados pela igreja oficial, o que impedia o sepultamento dos “hereges”, por

⁴⁶ MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espínola. **Acordo Brasil-Santa Sé: uma análise jurídica**. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009. p. 22.

⁴⁷ De modo sucinto, laicidade pode ser entendida como a separação entre Estado e Igreja. Este estudo não objetiva uma análise mais acurada do conceito da laicidade, apesar de em vários momentos referir-se a este instituto e apresentar os contornos necessários que o une ao tema aqui abordado. Sobre a laicidade ver LOREA, Roberto Arriada (org.). **Em Defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, onde o tema é abordado sob vários enfoques.

⁴⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 67-71.

⁴⁹ MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espínola. **Acordo Brasil-Santa Sé: uma análise jurídica**. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009. p. 25.

⁵⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 72.

exemplo), o reconhecimento exclusivo do casamento civil, o ensino leigo⁵¹ nas instituições públicas de ensino, e a plena separação entre os poderes do Estado e da Igreja.⁵² A Carta Constitucional Republicana, porém, veio apenas confirmar aquilo que o Decreto 119-A de 1890, oriundo da influência de Rui Barbosa, já determinara dois anos antes. O Decreto 119-A, portanto, foi o verdadeiro marco do estabelecimento da laicidade no Estado Brasileiro.⁵³ Outros entendem que o Decreto fez a separação entre Estado e Igreja Católica, sendo a laicidade, em essência plena, assegurada apenas na Constituição de 1891.⁵⁴

Em 1934, a Constituição manteve os princípios gerais que delineavam a laicidade e a liberdade religiosa. Destacam-se naquela Carta a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos, e o reconhecimento do casamento religioso.⁵⁵

As demais Constituições (1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969), mantiveram o rol dos direitos básicos dos cidadãos e asseguraram a liberdade religiosa, sendo respeitado o culto público de todas as confissões e respeitada a liberdade de consciência.⁵⁶

Importante destacar que mesmo em períodos ditatoriais, em que liberdades e garantias constitucionais e a realidade apresentavam um hiato entre si,⁵⁷ a liberdade religiosa não foi alvo de maiores restrições. Essa afirmação, entretanto, considera a liberdade religiosa tão somente enquanto ideal teórico legal, já que a eficácia da

⁵¹ No sentido de não ensinar os dogmas de alguma religião específica.

⁵² CONCEIÇÃO, Selma Regina Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 120.

⁵³ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 73.

⁵⁴ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional**. in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

⁵⁵ MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espínola. **Acordo Brasil-Santa Sé: uma análise jurídica**. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009. p. 26.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 14-15.

⁵⁷ CONCEIÇÃO, Selma Regina Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 124-127.

liberdade religiosa no Brasil, ainda hoje, não é plena, como este estudo pretende demonstrar.

1.2.1 Da Liberdade Religiosa na Constituição de 1988

Como base de todo um sistema que busca conferir liberdade religiosa aos cidadãos, a laicidade está mais uma vez prevista em uma Carta Constitucional brasileira como princípio orientador. Na Constituição Federal de 1988, a separação entre Estado e Igreja é reafirmada nos termos do Art. 19:

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;⁵⁸

A vedação constitucional, basicamente, impede ao Estado o favorecimento de uma religião específica, devendo todas as manifestações religiosas receber tratamento isonômico.⁵⁹ A este respeito, Santos Junior pondera que, sendo as organizações religiosas canais de expressão da fé dos indivíduos, não é possível privilegiar uma em detrimento de outras, de outro modo a igualdade entre os próprios indivíduos é que restaria ferida.⁶⁰

Sob outro aspecto, segundo a lição de Soriano, a essencialidade da liberdade religiosa está contida no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando em seu *caput* a liberdade e a igualdade são apresentadas como garantia a todo aquele que esteja em território brasileiro, seja nacional ou estrangeiro, servindo estes princípios como orientação à interpretação constitucional que se faça necessária.⁶¹

No entanto, é no inciso VI do mesmo artigo 5º que a Constituição Federal explicita toda a dimensão, ou dimensões como se verá adiante, da liberdade religiosa, *in verbis*:

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 85.

⁶⁰ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 79-80.

⁶¹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 85-104.

Art. 5º

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.⁶²

As dimensões da liberdade religiosa contida neste artigo serão melhor analisadas posteriormente, quando do estudo do conceito de liberdade religiosa. Todavia, importante ponto a se destacar é a inviolabilidade desse direito fundamental de primeira dimensão. Resta evidenciado o aspecto negativo da atuação estatal, que não pode adotar qualquer postura que venha ferir essa garantia do indivíduo. O ser humano não pode ser constrangido a abandonar sua fé, isso constituiria um desrespeito à própria diversidade de idéias, basilar em um Estado democrático.⁶³

Do texto constitucional depreendemos haver também uma atuação positiva do Estado no tocante à liberdade religiosa, uma vez que os locais de culto e as liturgias de cada religião deverão receber proteção estatal. Nesse sentido, aliás, a previsão do artigo 208 do Código Penal nos chamados crimes contra o sentimento religioso.⁶⁴

Prevê também a Carta Cidadã de 1988 a assistência religiosa em entidades de internação coletiva, como penitenciárias, hospitais, etc. (Artigo 5º, VII). O constituinte originário não ignorou a importância da religião como instrumento de ressocialização e de apoio em circunstâncias adversas, dessa forma, estabeleceu que deve o Estado propiciar condições para que as pessoas menos favorecidas, afastadas do convívio familiar e social, possam receber este tipo de amparo, sempre de forma voluntária.⁶⁵

Àqueles que, diante de uma obrigação legal a todos imposta, caso do serviço militar obrigatório, queiram se eximir por força de suas convicções religiosas ou filosóficas, a Constituição Federal oferece proteção, nos termos do Inciso VIII, do artigo 5º. Assim, a CF assegura que tais indivíduos não serão privados de direitos quando

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Artigo 5º, VI.

⁶³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 119.

⁶⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 94.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 125.

pleitearem essa escusa de consciência. Em essência, portanto, a liberdade de consciência, dimensão da liberdade religiosa, consiste no direito de não agir de modo contrário aos ditames daquilo que o indivíduo entende por correto, sujeitando-se, porém, ao que a lei ditar como prestação alternativa.⁶⁶ Esse inciso fundamenta a discussão que se levanta neste estudo.

Outros dispositivos constitucionais versam sobre a liberdade religiosa, direta ou indiretamente, ao cuidarem do ensino religioso de matrícula facultativa (Art. 210, § 1º), da imunidade tributária dos templos de qualquer culto (Art. 150, VI, b), ou mesmo da liberdade de pensamento (Art. 5º, IV). Não se podendo ignorar as previsões do Preâmbulo Constitucional por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; e também os fundamentos e objetivos da República (Arts. 1º e 2º), dentre os quais destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que podem ser evocados como proteção ao exercício da liberdade religiosa.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 mostra-se preocupada com a liberdade religiosa e perfeitamente sintonizada com documentos internacionais relativos aos direitos humanos.⁶⁷

1.3 DA LIBERDADE RELIGIOSA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E EM OUTROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi proclamada pelas Nações Unidas em 1948. Se de um lado a Declaração é o ápice de um movimento pela aceitação, consolidação e universalização dos direitos do homem, por outro, ela é o início de um processo de efetivação desses direitos. Fruto imediato da repulsa às atrocidades vividas nas duas grandes guerras, principalmente na segunda, a

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 118.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

Declaração marca uma retomada aos ideais da Revolução Francesa, na busca pela afirmação da igualdade, da liberdade e da fraternidade.⁶⁸

Tendo natureza de *recomendação*, daí não possuir poder de coerção,⁶⁹ a Declaração exprime direitos superiores a qualquer ordenamento positivado. É assim o entendimento sobre os direitos do homem, são anteriores e superiores às normas elaboradas por este ou aquele Estado.⁷⁰ Desse modo, segundo decanta a Declaração, sexo, raça, cor, religião, opinião, ou qualquer outra condição, não podem ser razão de restrição a direito de qualquer homem, já que todos são livres e iguais em dignidade.⁷¹

No teor da Declaração, a liberdade encontra destaque como fundamento de toda proteção que se busca garantir aos indivíduos, e é prevista, sob diversos enfoques, em vários artigos do documento. Essa liberdade deve ser a aspiração de toda a humanidade, refletindo na palavra, na crença e no viver a salvo do temor, como preconiza o Preâmbulo da Declaração.⁷²

Sobre liberdade religiosa especificamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe:

Art. 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.⁷³

A Declaração das Nações Unidas consagrou a liberdade religiosa e reflete suas dimensões, como se verá adiante.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225-226.

⁶⁹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 65.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227-228.

⁷¹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acesso em 29/11/09, às 22h13.

⁷² ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acesso em 29/11/09, às 22h13.

⁷³ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acesso em 29/11/09, às 22h13.

A Declaração da ONU não esgotou as recomendações possíveis que poderiam ser feitas em prol da proteção aos direitos do homem. Numa fase de criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos, foram editados dois importantes pactos internacionais de direitos humanos, em 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos;⁷⁴ este último o que ora mais interessa a esse estudo e que refere-se à liberdade religiosa nos seguintes termos:

Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer opinião.⁷⁵

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, destaca-se também pela proteção que confere às minorias, proteção não expressa de forma cabal na Constituição Brasileira de 1988. Assim, as pessoas integrantes de uma minoria religiosa não podem ser privadas do direito de professar e praticar a sua própria religião, nos termos do art. 27 do referido Pacto.⁷⁶

Tratando especificamente da liberdade religiosa, editou a ONU, em 1981, a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença.⁷⁷ Como fundamento para a elaboração do Documento, a ONU evocou a dignidade e a igualdade inerentes a todos os seres humanos; afirma ser o desprezo à liberdade religiosa a causa de guerras e grandes sofrimentos à humanidade; que é essencial a promoção da compreensão, da tolerância e do respeito nas questões relativas à liberdade de religião, a fim de se alcançar a paz mundial e a justiça social, bem como a amizade entre os povos; e que manifestações

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

⁷⁵ ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis, de 16 de Dezembro de 1966**. Disponível em espanhol em http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp?year=1969 acesso em 29/11/09, às 12h26.

⁷⁶ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 112.

⁷⁷ ONU. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, Resolução nº 36/55, de 25 de Novembro de 1981**. Disponível em <http://irla.org/index.php?id=298>, acesso em 29/11/09 às 11h25.

de intolerância e discriminação exigiram a proclamação da Declaração. Dessa forma, do documento pode-se extrair as seguintes diretrizes:

Artigo 1º.

1. Ninguém será sujeito à coerção por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas que debilitem sua liberdade de religião ou crença de sua livre escolha.

2. Ninguém será submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas pela lei e que são necessárias para proteger a segurança pública, a ordem, a saúde ou moral públicas ou os direitos fundamentais e liberdades dos outros.

[...]

Art. 6º. Em conformidade com o artigo 1º da presente Declaração (...) o direito à liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença incluirá as seguintes liberdades:

[...]

h) A de observar dias de descanso e comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos da uma religião ou crença.⁷⁸

O Documento da ONU exala toda a preocupação com a eficaz proteção à liberdade religiosa, inovando ao abordar questões específicas até então não mencionadas, caso do respeito aos dias de descanso.⁷⁹

Bem antes da ONU editar a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, mas seguindo o caminho aberto pela Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, e reproduzindo muito do que já constava no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, foi aprovada pela Organização dos Estados Americanos, na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁸⁰

O Pacto de São José da Costa Rica, como ficou conhecida a Convenção, assume a posição de serem os direitos essenciais do homem atributos da pessoa

⁷⁸ ONU. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, Resolução nº 36/55, de 25 de Novembro de 1981**. Disponível em <http://irla.org/index.php?id=298>, acesso em 29/11/09 às 11h25.

⁷⁹ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 54.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367.

humana, logo, não adstritos aos limites nacionais, e versa sobre a liberdade religiosa em seu artigo 12, nos seguintes termos:

Art. 12. Liberdade de Consciência e de Religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está unicamente sujeita às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais, e quando for o caso os tutores, tem direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas convicções próprias.⁸¹

Esses documentos internacionais elencados, dos quais o Brasil é signatário, guardam também normas de direitos fundamentais, entraram no ordenamento jurídico brasileiro por expressa previsão da Constituição de 1988, em seu art. 5º, §§ 2º e 3º, que prevê a existência de direitos fundamentais também nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁸²

Pela exposição dos diversos documentos internacionais que fazem menção à liberdade religiosa, percebe-se que prevalece institucionalmente sua ampla proteção, inclusive com previsão de positiva atuação estatal que vise a garantir o exercício dessa liberdade individual em suas diversas acepções.

1.4 DO SENTIDO E ALCANCE DA LIBERDADE RELIGIOSA

Falar em liberdade religiosa é considerar mais que o direito de escolher uma religião determinada, como talvez possa parecer ao observador menos atento. O conceito envolve uma multiplicidade de direitos, de titularidade tanto individual como

⁸¹ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de Novembro de 1969**. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm, acesso em 29/11/09, às 12h58.

⁸² Sobre a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento político brasileiro, especificamente sobre aqueles que versem sobre direitos e garantias fundamentais, ver REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101-103.

coletiva.⁸³ Procurando determinar a exata medida da largueza do conceito ora estudado, o professor francês Jean Morange faz um contraponto com a tendência que alguns regimes autoritários têm de querer reduzir a liberdade religiosa a um simples assunto pessoal, ou à necessidade da liberdade de celebrar o culto.⁸⁴

A liberdade religiosa manifesta-se de diversas maneiras, como, aliás, preconizou a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou Crença. O Documento da ONU buscou determinar de forma objetiva o alcance da liberdade religiosa, assegurando, dentre outras liberdades, a prática de cultos e reuniões, a publicação e confecção de material religioso, o ensino da religião, a guarda de dias de descanso, etc.⁸⁵ Entretanto, para a melhor compreensão da liberdade religiosa e de sua eficácia, aplicabilidade e limitação, e para a sua melhor conceituação, mister se faz o estudo de suas dimensões.

1.4.1 Das Dimensões da Liberdade Religiosa

Seguindo a classificação feita pelo constitucionalista José Afonso da Silva, Santos Junior adota o entendimento de que a liberdade religiosa possui três formas de expressão: a) liberdade de crença; b) liberdade de culto; e c) liberdade de organização religiosa. Estas três categorias abarcariam qualquer outra classificação que se queira fazer.⁸⁶ Todavia, se é certo que a liberdade religiosa, como se verá, engloba também o direito de *não crer*, haveria então outra dimensão dessa liberdade, que extrapola a fronteira do *crer*. Ao se garantir o direito de *não crer*, está-se concedendo ao indivíduo a oportunidade de desligar-se do elemento religioso, e isto também é exercício da liberdade religiosa. Por esta razão, parece ser mais completa a classificação

⁸³ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 52-53 e 77. Ao falar da liberdade de associação religiosa, o autor esclarece que o direito é individual, mas de exercício coletivo. Este estudo filia-se a este entendimento, assegurando que a liberdade religiosa será sempre de titularidade individual, seu exercício é que poderá se dar de forma socializada, em alguns casos. A este respeito ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre, 2009. p. 214-218.

⁸⁴ MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manole, 2004. p. 262.

⁸⁵ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 54.

⁸⁶ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 56.

empreendida por Aldir Soriano,⁸⁷ que não nega a classificação de José Afonso da Silva e Santos Junior, porém oferece uma análise também da liberdade de consciência como elemento da liberdade religiosa e distinta da liberdade de crença, o que explica e fundamenta o direito do ateu, por exemplo, em negar a existência de algo divino. Unânime, porém, é a compreensão de que a liberdade religiosa mostra-se como um direito multifacetado, complexo por natureza.

Soriano, portanto, adota uma divisão da liberdade religiosa em quatro dimensões: a) liberdade de consciência; b) liberdade de crença; c) liberdade de culto; e d) liberdade de organização religiosa. Para explicar cada uma dessas vertentes, ele seguiu o caminho de destacar suas diferenças,⁸⁸ o que se tenta reproduzir aqui.

Liberdade de crença e liberdade de consciência não se confundem. As duas dizem respeito à liberdade do indivíduo agir de acordo com aquilo que entende por correto. A diferença básica reside em que a liberdade de consciência tem caráter geral, representa a orientação do indivíduo frente a todas as questões da vida, inclusive as não ligadas à religião; segundo Morange, engloba a liberdade de crer ou de não crer, de ter convicções filosóficas ou morais, de conceber idéias, pensamentos e opiniões.⁸⁹ A liberdade de crença, por sua vez, refere-se ao direito de crer, de escolher uma religião ou de mudar de religião.⁹⁰ O elemento religioso é que faz a distinção entre uma e outra.

Liberdade de crença também não se confunde com *liberdade de culto*. A liberdade de culto pode ser entendida como a exteriorização da crença, na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.⁹¹ Pontuando a diferença entre as duas liberdades, Celso Ribeiro Bastos recorda que no Brasil já houve liberdade de

⁸⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 9-15.

⁸⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 9-15.

⁸⁹ MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Eveline Bouteiller (trad.). São Paulo: Manole, 2004. p. 212.

⁹⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 11-12.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 249.

crença sem liberdade de culto, quando no Império se aceitava como único culto livre o católico; às outras religiões concedia-se celebrar seu culto unicamente em casa.⁹² Objetivamente, a Constituição Brasileira de 1988 assegura o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção dos locais de culto e das liturgias (*vide* Item 1.2.1). Weingartner Neto conceitua culto como uma atitude subjetiva, espiritual, que pode estar subjacente a atos de natureza muito diversa, ou um conjunto de comportamentos razoavelmente qualificáveis como culturais.⁹³ Culto, portanto, denota um aspecto externo da liberdade religiosa; crença indica um aspecto interior.

Como última vertente da liberdade religiosa, a *liberdade de organização religiosa*, segundo o ordenamento vigente no Brasil, homenageia o princípio da separação entre Igreja e Estado, sendo vedado a este adotar uma religião oficial, mas, optando por um sistema colaborativo, deve garantir a liberdade de organização religiosa, nos termos do artigo 19, I, da CF/88.⁹⁴ Explicada de forma sucinta, a liberdade de organização religiosa consiste no direito de os grupos religiosos estabelecerem o seu modo de constituição e de funcionamento autonomamente,⁹⁵ seguindo, por evidente, as determinações da legislação civil, afinal, uma entidade religiosa seria espécie de associação civil.⁹⁶ Sob outro enfoque, a liberdade de associação religiosa denota um direito individual de exercício coletivo, o de associar-se a outros indivíduos para o desempenho de atividades de cunho religioso.⁹⁷

Além da elucidativa classificação acerca das dimensões da liberdade religiosa, o professor Aldir Guedes Soriano apresenta um quadro sinótico que facilita a

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 191.

⁹³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 121.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 251.

⁹⁵ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 77.

⁹⁶ Cf. SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 13-14. Neste ponto o autor faz menção a serem as instituições religiosas espécies de associação civil, fazendo referência ao artigo 16 do Código Civil Brasileiro de 1916; no atual Código Civil, o tema das pessoas jurídicas de direito privado é tratado no artigo 44.

⁹⁷ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 77. Nesta obra o autor aborda a liberdade de organização religiosa com maior densidade.

compreensão da amplitude do conceito ora estudado, destacando os pontos fundamentais de cada uma das dimensões dessa forma de liberdade individual:

Direito à Liberdade Religiosa (lato sensu)	1) Liberdade de Consciência	É mais ampla que a liberdade de crença. É de foro individual	Compreende tanto o direito de crer como o de não crer.
	2) Liberdade de Crença (também conhecida como liberdade de religião ou liberdade religiosa <i>stricto sensu</i>)	É mais restrita que a liberdade de consciência. Possui uma dimensão social e institucional	Compreende o direito de escolher, ou de aderir a uma crença ou religião. Compreende o direito de mudar de crença ou de religião.
	3) Liberdade de Culto	Resulta da exteriorização da crença	Pode manifestar-se, através de ritos, cerimônias ou reuniões, em público ou em particular.
	4) Liberdade de Organização Religiosa	Decorre do estado laicista. Está sob a égide da legislação civil e penal.	

Quadro Sinótico 2 – O direito à liberdade religiosa e suas vertentes.⁹⁸

Como síntese de todo o exposto, pode-se então conceituar a liberdade religiosa como a liberdade do indivíduo para, seguindo os ditames de sua consciência, adotar, ou não, crença ou religião que lhe pareçam corretas, exteriorizar essa crença por meio das práticas relativas ao seu culto, e associar-se a outros indivíduos que professem a mesma fé para a instituição formal de uma organização religiosa.

1.4.2 Dos Limites à Liberdade Religiosa

Sendo a liberdade individual expressão de valores e princípios constitucionalmente assegurados, é certo que sua limitação deverá objetivar o respeito a outros valores e princípios também constitucionais; nesse sentido, os demais direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos servem de base para as

⁹⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 11.

restrições ao direito à liberdade religiosa.⁹⁹ No mais das vezes, entrando esses valores em conflito, a conciliação já deverá estar prevista pelo legislador (como no caso do direito de reunião *para fins pacíficos e sem armas*, CF/88, art. 5º, XVI), ou então ser feita pela Administração ou pelo Judiciário na interpretação das normas constitucionais.¹⁰⁰ Essa tarefa conciliatória, ou essa limitação da liberdade, segundo Weingartner Neto, seria um coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade, buscando a concordância desses direitos entre si.¹⁰¹

Ocorre que interpretar tais limites pode significar efetivamente dizer o que é a liberdade em essência. Mesmo quando da tarefa hermenêutica de determinar o alcance das garantias ou proteções constitucionais, deve-se atentar para que esse esforço não resulte em anular a garantia fundamental.¹⁰² O risco, nas palavras de José Afonso da Silva, é ser tal direito extirpado por via da atuação do Poder Legislativo ou do *poder de polícia*, exercido pela Administração Pública. Conclui o constitucionalista afirmando que qualquer sistema de limitação de direitos individuais só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social; fora daí é arbítrio.¹⁰³

No que concerne especificamente à liberdade religiosa, seus limites adviriam do necessário confronto e acomodação com outros valores constitucionalmente tutelados, como o princípio da laicidade, que, como já visto, veda ao Estado toda forma de favorecimento a alguma religião específica. Limite que exige, na verdade, atuação estatal negativa, mas que autoriza atuação positiva para proteger o exercício do direito.¹⁰⁴

⁹⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.192.

¹⁰⁰ MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Eveline Bouteiller (trad.). São Paulo: Manole, 2004. p. 476.

¹⁰¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 187-188.

¹⁰² WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 194.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 269.

¹⁰⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 85.

Na vertente liberdade de culto, as constituições brasileiras condicionavam essa liberdade à observância da ordem pública e dos bons costumes. Tal restrição, ao menos de forma positivada, não encontra lugar na Constituição Cidadã de 1988. No entender de José Afonso da Silva, entretanto, seria impensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. O risco, todavia, reside na indefinição e conteúdo vago de tais conceitos,¹⁰⁵ o que pode resultar em arbítrio.¹⁰⁶

Apesar de ausentes no texto da CF/88, a incolumidade pública, a moral e os bons costumes continuam sendo princípios orientadores dos limites à liberdade religiosa, que não é direto absoluto. Em tempos onde ainda surgem charlatões e o terrorismo religioso¹⁰⁷ ainda encontra lugar, o mínimo moral deve ser estabelecido a fim de se evitar a libertinagem religiosa. Dessa forma, o Estado deve proteger os direitos de seus cidadãos produzindo medidas tão amplas quanto a necessidade exija, interferindo, inclusive, na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública em nome da liberdade religiosa.¹⁰⁸ Portanto, toda forma de ilicitude atentatória à liberdade alheia, à ordem e à segurança públicas, deve ser coibida.¹⁰⁹

Não cabe ao Estado, porém, dizer o que é certo ou errado em matéria de religião, prevalece a laicidade; deve tão somente combater os abusos da liberdade em medida que não inviabilize o legítimo direito à liberdade religiosa.¹¹⁰ Levando em conta ainda que o legislador ou o intérprete, quando da restrição de direitos individuais, devem respeitar o núcleo essencial do direito fundamental de modo a não invalidá-lo,

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 249-250.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 269.

¹⁰⁷ Explicando a expressão, Soriano faz menção ao suicídio coletivo dos seguidores de Jim Jones em 1978 na Guiana, o ataque com gás *sarin* no metrô de Tóquio em 1995, e, em capítulo à parte, se demora em comentar os ataques terroristas de 11 de setembro nos Estados Unidos. cf. SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 38-39 e 170-177.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Luis A. Heck (trad.), Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Vol. 17, 1999. p. 203-214. *apud* WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 193.

¹⁰⁹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 37-39 e 168-169.

¹¹⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 169.

para isso sendo claros quanto à determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas, e respeitando, quando da interpretação, o valor posto pelo direito fundamental. Ou seja, a lei ou interpretação será limitada na sua eficácia limitadora, não restringirá o direito além do necessário a se garantir ou conciliar outro direito também fundamental.¹¹¹

Buscando harmonizar a liberdade religiosa com o texto constitucional, Weingartner Neto salienta também serem limites objetivos à liberdade religiosa: a) o anonimato na manifestação do pensamento religioso (art. 5º, IV, CF/88); b) a reunião religiosa há de ser pacífica e sem armas, e não poderá frustrar outra reunião marcada para o mesmo lugar, devendo haver o prévio aviso às autoridades quando for realizada em local público (art. 5º, XVI, CF/88); c) as associações religiosas devem ter fins lícitos e sem caráter paramilitar (art. 5º, XVII, CF/88).¹¹²

Mais importante que determinar limites objetivos, o que deve prevalecer, na metáfora de Weingartner Neto, é a harmonização de valores e princípios:

Harmonizar (e ponderar) é realizar sucessivos cortes nos bens ou valores em jogo, tornando-os gradualmente mais finos, leves e menos densos, despojando-os de toda accidentalidade, tendo como limite o núcleo, o caroço, o que os torna essenciais (identificáveis), a fim de que caibam, todos, no mesmo espaço discursivo ou unidade argumentativa. E numa colisão incontornável e fundamental, do entrechoque e do desbastar recíproco, há de permanecer a realidade mais espessa.¹¹³

É inevitável que os limites à liberdade religiosa sejam confrontados de forma mais acurada no momento da discussão da devida acomodação do respeito ao dia de descanso (temática central desse estudo) frente a outros valores constitucionais (item 3.4.4). Ali será possível a visualização de todo o raio de atuação dessa dimensão da liberdade religiosa e de como a harmonização de valores é, não só possível, como necessária. Afinal, nas palavras da professora Christine Oliveira Peter da Silva, somente é possível dizer o real conteúdo de um direito fundamental diante de um caso

¹¹¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195-196.

¹¹² WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 197-198.

¹¹³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.198.

concreto em que um possível conflito é posto à resolução.¹¹⁴ Dessa forma, buscar-se-á concluir pela possibilidade ou não da adoção da proposta que o presente trabalho faz.

¹¹⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.107.

2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 DA EDUCAÇÃO, SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Falar em educação é considerar o conjunto de valores que o ser humano adquire ao longo de sua existência em seus diversos cenários de interação e socialização. Como salienta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) em seu artigo 1º, a vida familiar, a convivência humana, o trabalho, os movimentos sociais e as instituições de ensino e pesquisa são alguns dos espaços onde o processo formativo relativo à educação acontece. É certo, porém, que é à educação escolar que o Estado deve dispensar maior cuidado, pois é ali o espaço público por excelência onde tal direito deve ser assegurado,¹¹⁵ e é a esse espaço da educação que o presente estudo dispensa atenção.

Lançando um olhar sobre a evolução da educação na história humana tem-se um primeiro momento, do homem primitivo, onde o processo de educação resumia-se na imitação do adulto pela criança. Assim, o conhecimento era transmitido de modo bastante rudimentar e limitado a assegurar um aprendizado prático voltado para as necessidades básicas. Posteriormente, o trabalho foi dissociado da sobrevivência, surgindo um grupo que não precisava trabalhar como os demais para sobreviver. Essa condição só foi possível graças a algum conhecimento adquirido ou desenvolvido por estes “eleitos”, ligado principalmente às práticas religiosas, o que conferia a eles um poder de supremacia entre seus semelhantes.¹¹⁶

Entre gregos e romanos a educação tinha grande importância. Ainda que restrita aos homens livres, cerca de 10% da população, sua evolução foi constante,

¹¹⁵ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 13.

¹¹⁶ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 27-29.

desde um momento mais primitivo até a criação das escolas filosóficas. Em Esparta, uma das grandes cidades gregas, a educação tinha objetivo militar: a formação de um exército constituído de soldados fisicamente bem preparados e leais ao Estado. Já em Atenas, a educação era tarefa da família e objetivava o desenvolvimento moral e intelectual, e não exclusivamente físico. É inegável ainda a importância da doutrina educacional criada pelos filósofos gregos, principalmente Sócrates, Platão e Aristóteles. Roma, por sua vez, tinha na família o principal espaço da educação, visando à concepção das virtudes humanas, sobretudo. Ali, as escolas tinham função secundária, a princípio. Por volta dos séculos III a I, a.C., é que os romanos, influenciados pela sistemática grega, adotaram a instituição de bibliotecas e criaram as chamadas escolas de gramática.¹¹⁷

No período medieval da história humana ocidental, com a insuficiência do Estado em oferecer condições mínimas de cidadania aos súditos, e o desinteresse na importância da educação na formação de um povo, coube à Igreja Católica manter o processo educacional com alguma organização. Isso modificou os objetivos da educação, pois agora os aspectos intelectuais e literários ficaram em segundo plano, ganhando relevância o preparo para a vida religiosa. Além de continuar sendo privilégio de poucos, a educação adotava o método da memorização pelo aluno, já que o preço do papel para a confecção de livros e cadernos era impeditivo de uma metodologia mais eficaz.¹¹⁸

O Renascimento Italiano, meados de 1350, trouxe novas expectativas para a educação, novas concepções filosóficas, artísticas, literárias e científicas. Apesar desse avanço, a educação continuou restrita à aristocracia. Seguindo o caminho aberto pelo Renascimento, a Reforma Protestante proporcionou a expansão da educação popular. Era imperioso para o avanço da doutrina protestante o aprendizado da leitura pela população pobre, assim escolas eram criadas. O elemento religioso continuava muito presente, já que a educação (instrumento que possibilitaria o livre acesso à leitura da

¹¹⁷ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 29-32.

¹¹⁸ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 32-34.

Bíblia) era vista como o único caminho para o homem chegar a Deus. Também de grande importância nesse período, o racionalismo proporcionou a evolução do conhecimento científico. Todo esse período ampliou o conceito de educação, ainda que na prática grande parte da população permanecesse analfabeta.¹¹⁹

Com a Revolução Francesa e o Iluminismo, todas as formas do pensamento medieval são abandonadas, o homem passa a acreditar nas formas científicas do pensamento e em seu desenvolvimento separado da dominação da teologia de então. A educação acolhe as bases do iluminismo para o desenvolvimento do pensamento: a natureza, a razão e o progresso. Nascia a educação científica, que prezava pela democratização da educação e pela imprescindibilidade da escola como instrumentos para uma sociedade melhor. É neste contexto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, proclamou ser a ignorância, o esquecimento e o desprezo pelos direitos do homem – dentre eles a educação - a causa do sofrimento público e a corrupção dos governos. Inaugurava-se, com isso, um pensamento que colocava a educação como direito social, necessária ao pleno desenvolvimento do ser humano, capacitando-o para o mundo do trabalho e o exercício pleno da cidadania.¹²⁰

O mesmo trajeto evolutivo dos direitos humanos como um todo – já descrito no item 1.1 deste estudo – foi percorrido pelo direito à educação: da afirmação filosófica dos direitos do homem, passando pela positivação e constitucionalização, até a luta por sua efetiva garantia. Hoje, a educação é vista como um direito fundamental oriundo da própria personalidade do homem. Como direito de personalidade, o direito à educação obriga o Estado a uma prestação positiva,¹²¹ sendo, inclusive, classificado pela própria Constituição Federal de 1988 como *direito público subjetivo*, o que implica o direito do indivíduo de exigí-lo de quem de direito.¹²²

¹¹⁹ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 34-36.

¹²⁰ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 37-47.

¹²¹ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 47-54.

¹²² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar**. in LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210-214.

Sob outro viés, o direito à educação está inserido no rol dos *direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão*, que visam dar efetividade à liberdade e à igualdade propostas nos direitos de primeira dimensão, buscando atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social,¹²³ ou em outros termos, na garantia do *mínimo social*, que seria um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas do cidadão.¹²⁴ Por esta razão é que a educação está inserida no rol dos direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, nos seguintes termos:

Art. 26.

1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.¹²⁵

Percebe-se que o conteúdo material mínimo do direito à educação defendido pela Declaração das Nações Unidas, e que se reflete na legislação brasileira como se verá, prioriza o desenvolvimento humano. Sem esse desenvolvimento, na visão do mestre Wilson Liberati, não há chance de sobrevivência física e intelectual no que diz respeito à concorrência de trabalho, ou no mínimo essa sobrevivência estará comprometida em sua qualidade.¹²⁶ Deve haver necessária conexão da educação com

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56-58.

¹²⁴ A expressão *mínimo social*, ou *mínimo existencial*, foi cunhada pela Lei 8.742/93 (que dispõe sobre a organização da Assistência Social), Cf. LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 24.

¹²⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos/direitoshumanos.php>, acesso em 11/01/10, às 15h26.

¹²⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar**. in LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 212.

a cidadania e a dignidade humana,¹²⁷ mesma análise feita por Maria Cristina de Brito Lima, que coloca a educação como parte integrante do núcleo essencial de direitos que conduzem à cidadania.¹²⁸ Por fim, a importância da educação como direito fundamental pode ser ilustrada na máxima de Renato Alberto Teodoro Di Dio, em citação de Machado Junior, para quem, deixar de educar-se é suicídio moral, já que sem desenvolver suas potencialidades, o ser humano impede a eclosão de sua vida em toda a plenitude, matando o que tem de humano para subsistir apenas como animal.¹²⁹

2.2 DO SISTEMA DE EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.2.1 Da Previsão Constitucional

Na história constitucional brasileira, a educação, de início, foi relegada a um plano secundário. As constituições de 1824 e de 1891 tinham objetivos mais estruturais e políticos. Assim, buscaram garantir um mínimo em matéria educacional, como a garantia de instrução primária gratuita e a permissão para Estados e o Distrito Federal criarem instituições de ensino superior e secundário. Se a Carta Imperial de 1824 assegurava a obrigatoriedade do ensino da religião católica, a religião oficial do Estado, a Constituição Federalista de 1891 rompeu com tal prescrição ao determinar que o ensino ministrado nas instituições públicas seria livre de influência religiosa. Com a Constituição de 1934, com traços marcadamente sociais, a educação recebeu atenção especial, falando-se, pela primeira vez, em diretrizes e bases da educação no Brasil; a educação foi definida como direito de todos e dever do Estado e da família; e pela primeira vez recursos financeiros foram destinados à área. O ensino religioso, não confessional, seria de oferta facultativa.¹³⁰

¹²⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar.** in LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à Educação: uma questão de justiça.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 212.

¹²⁸ LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação Como Direito Fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 24.

¹²⁹ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira.** São Paulo: LTr, 2003. p. 7.

¹³⁰ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34-37.

Em 1937, a Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas, apesar de protetora das classes menos favorecidas, refreou os avanços da Carta anterior em matéria de educação, não fazendo referência a qualquer sistema de ensino no Brasil e eliminando a dotação de recursos financeiros destinados à educação. Os ideais da Constituição de 1934 foram retomados na Carta Magna de 1946, que inovou com a descentralização do ensino, que agora seria responsabilidade dos estados e do Distrito Federal, prioritariamente. Já a Constituição de 1967, oriunda do golpe militar de 1964, regrediu no tema, priorizando o ensino privado e cortando, a exemplo do que ocorreu em 1937, o percentual mínimo dos recursos destinados à educação. O retrocesso com a Emenda nº 1 de 1969, quase uma nova Constituição, foi ainda maior, com mais cortes no orçamento para a educação e a eliminação da liberdade de cátedra. A característica básica que se percebe nesse breve relato histórico é a valorização da educação em momentos de democracia no país.¹³¹

Autodenominada, desde seu preâmbulo, democrática, a Constituição de 1988, preza, dentre outros valores, pelas garantias e direitos individuais, pela cidadania, pela dignidade da pessoa humana, e pela construção de uma sociedade onde o bem de todos seja promovido, com erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, assegurando-se assim a todos a liberdade, a justiça e a solidariedade.¹³² É nesse contexto que o constituinte originário entendeu ser de fundamental importância a educação, como direito social por excelência, pré-requisito, inclusive, para usufruírem-se os demais direitos civis, políticos e sociais, configurando componente básico dos direitos do homem.¹³³

No texto constitucional de 1988, a base da organização educacional no Brasil encontra-se nos artigos 205 a 214, que estabelecem os princípios, os direitos e os deveres e as competências dos agentes envolvidos, bem como a vinculação de

¹³¹ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34-37.

¹³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15-18.

¹³³ MACHADO, Lourdes Marcelino; OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **Direito à Educação e Legislação do Ensino.** in WITTMANN, Lauro Carlos; GRACINDO, Regina Vinhaes (coord.). **O Estado da Arte em Política e Gestão da Educação no Brasil: 1991 a 1997.** Brasília: ANPAE, Campinas: Autores Associados, 2001. p. 57.

recursos e a prioridade para sua distribuição. Importantes ainda são o artigo 6º, que coloca a educação no rol dos direitos sociais, o capítulo III (especialmente artigos 22, XXIV; 23, V; e 24, IX), que ao versar sobre a organização do Estado estabelece algumas competências dos entes federados em relação à educação, inclusive sobre a prerrogativa de legislar, e o artigo 227, que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação.¹³⁴ É nesses artigos, nos pontos que interessem a este estudo, que a atenção se concentrará.

2.2.1.1 Dos Princípios Constitucionais

No artigo 205 da Constituição Federal se encontra o sentido da educação que se propõe no Brasil. Do texto constitucional depreendem-se três importantes *princípios gerais*: o princípio do dever estatal, o princípio da participação sócio-familiar, e o princípio da máxima finalidade ética do ato educacional.¹³⁵

Todo o sistema educacional no Brasil é construído tendo por basilar a educação pública, obrigatória, gratuita e universal. À família cumpre o papel de co-participação e apoio, principalmente quanto às crianças e adolescentes, e o de financiar a educação de seus filhos, se optar pelo ensino privado.¹³⁶ Cabe à família também o dever decorrente do *princípio da participação sócio-familiar*. Não se poderá atingir a plena consecução dos objetivos da educação se ausente a participação de todos os agentes sociais possíveis. Dessa forma o artigo 205 da Constituição Federal de 1988 classifica a colaboração social como o motor que alavanca a educação,¹³⁷ determinação consolidada no artigo 227.

A finalidade da educação, no sistema adotado no Brasil, firma-se no tripé *pessoa-cidadania-trabalho*, como se verifica no texto do artigo 205 da Carta Magna. É a

¹³⁴ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70-71.

¹³⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 125.

¹³⁶ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 125-126.

¹³⁷ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 126.

pessoa humana o verdadeiro sentido de toda construção filosófico-constitucional que se faça. Sem o escopo de melhorar a condição humana nenhum direito faz sentido. A cidadania vem dar contornos a esta tarefa, assegurando a existência do homem em condições mínimas de respeito entre seus iguais no tocante à sua auto-afirmação, construindo-se assim as bases de um Estado Democrático de Direito. Por fim, o trabalho, no contexto social em que se insere atualmente¹³⁸, não pode ser olvidado pelo direito. São essas três facetas que devem orientar toda a formulação principiológica e sistêmica que se faça do tema educação.¹³⁹

De forma mais objetiva e pragmática, o artigo 206 vem trazer diversos outros princípios gerais do direito Constitucional. Destacam-se daí os seguintes:¹⁴⁰

a) *Princípio da igualdade educacional* (Inc. I), que vem assegurar a igualdade de condições para que todo indivíduo tenha acesso ao sistema de educação e dele possa desfrutar. A LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – cuidou de replicar tal previsão constitucional (LDB, Art. 3º, I), podendo a igualdade no acesso e na permanência na escola ser considerada um dos mais importantes aspectos e princípio básico da educação.¹⁴¹

b) *Princípio da liberdade educacional* (Inc. I), este princípio desdobra-se em tantas vertentes quanto a própria educação possa sê-lo. Refere-se à liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar, de divulgar o pensamento; diz respeito à liberdade de cátedra, à liberdade do aluno compor parte da grade curricular com disciplinas de sua livre escolha, e se mostrará presente sempre que a educação for ameaçada, assim como a própria liberdade.

¹³⁸ Sobre a evolução histórica das questões relativas ao trabalho ver MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3-9.

¹³⁹ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 126-127.

¹⁴⁰ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 128-132.

¹⁴¹ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 86.

c) *Princípio do pluralismo pedagógico* (Inc. III), deste princípio decorre a existência conjunta de estabelecimentos de ensino públicos e privados e de tantos métodos de ensino quanto a diversidade ideológica torne possível.

d) *Princípio da gratuidade* (Inc. IV), destaque dentre os princípios constitucionais, este princípio reconhece a sociedade como maior interessado no processo educacional, de forma que cabe a ela, representada pelo Estado, arcar com os custos da educação.

e) *Princípios da democracia e da excelência* (Inc. VI), que vêm assegurar, por exemplo, a participação da comunidade acadêmica (professores, servidores e alunos) na tomada de decisões que determinam os rumos da escola. Pretendem assegurar ainda a participação em tais deliberações da comunidade onde a escola está inserida. Esse movimento democrático teria a finalidade de proporcionar que o ensino ministrado nas instituições reflita a realidade daquela localidade e sejam dotados da excelência e da qualidade afirmada na Constituição.

No rol dos direitos educacionais constitucionais, o artigo 207 inaugura os chamados *princípios especiais*, que versam acerca de temas mais específicos, como a autonomia universitária e a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.¹⁴²

A *autonomia universitária* pressupõe independência e liberdade de gestão para a formulação de normas próprias que regulem o funcionamento da instituição de ensino superior. Entretanto, não se trata de independência ou liberdade absolutas, encontra seus limites no ordenamento jurídico e nos objetivos da instituição universitária: ensino, pesquisa e extensão. Quanto ao limites legais, parte da doutrina entende que só a Constituição Federal poderia determiná-los, não estando as universidades sujeitas aos ditames da legislação ordinária; outro grupo entende que tanto a Constituição quanto a legislação federal teriam o condão de ditar as normas gerais a que as instituições universitárias estariam sujeitas. O certo é que os limites da autodeterminação mais pacificamente aceitos seriam os fins a que as instituições de ensino universitário se prestam, como dito: a pesquisa, o ensino e a extensão. A

¹⁴² HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 132.

autonomia universitária, portanto, compreende um poder de autodeterminação das instituições universitárias nos parâmetros da ordem jurídica vigente. Todavia, tal prerrogativa das universidades não impede, por exemplo, a fiscalização estatal, uma vez que não significa soberania,¹⁴³ e se restringe a questões de administração e gestão financeira e patrimonial, didáticas e científicas.¹⁴⁴

Outro princípio especial do direito educacional à luz do artigo 207 da Constituição diz respeito à natureza da instituição universitária, seu fim essencial, a tarefa que a distingue de qualquer outra instituição: a *indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*. Estas são as três dimensões em que o processo educacional se desenvolve, e mais, em que o saber é produzido, reproduzido e socializado. Fora dessa missão, a universidade não merece esse título, ou sob outro enfoque, não há atividade universitária.¹⁴⁵

Aparecem ainda como princípios constitucionais especiais as disposições referentes ao ensino básico, nos termos dos artigos 210 e 242 da CF/88, que preconizam essencialmente o ensino da diversidade cultural, com atenção ao ensino religioso de matrícula facultativa.¹⁴⁶

Finalizando a classificação empreendida por Horta, aparecem os *princípios conexos*, de espectro interno e também de alcance na esfera das relações internacionais. São eles o *princípio da integração latino-americana*, nos termos do parágrafo único do artigo 4º da CF/88, e o *princípio do bem-estar social*, previsão do artigo 193 e que não pode ser alcançado com um sistema educacional deficiente.¹⁴⁷

¹⁴³ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-69.

¹⁴⁴ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 134.

¹⁴⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 138-139.

¹⁴⁶ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 140.

¹⁴⁷ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 140-141.

A classificação feita por José Luiz Borges Horta é sintetizada no seguinte quadro¹⁴⁸:

Princípios Constitucionais da Educação	Gerais	Dever estatal	
		Participação sócio-familiar	
		Máxima finalidade ética	
		Liberdade educacional	
		Igualdade educacional	
		Pluralismo pedagógico	
		Gratuidade do ensino	
		Gestão democrática	
		Excelência	
	Especiais	Educação superior	Autonomia universitária
			Indissociabilidade – ensino, pesquisa e extensão
	Educação básica - multiculturalismo		
	Conexos	Integração latino-americana	
Bem estar social			

2.2.2 Da Legislação Infra Constitucional

Buscando estabelecer o rol protetivo do direito à educação, diversas normas foram editadas pelo legislador infraconstitucional. Dentre essas, destacam-se para os fins deste estudo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Plano Nacional de Educação, o Estatuto da Criança e Adolescente e o Decreto-Lei 1.044/69. Destes instrumentos legais cuida este tópico.

A *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* (LDB, Lei nº 9.394/96) regulamenta as linhas gerais determinadas pela Constituição Federal. Cuida em disciplinar a educação escolar, desde os primeiros anos na educação infantil até à educação superior. Define as incumbências, a jurisdição e a forma de relacionamento dos Sistemas de Ensino, regulando ainda questões como gestão democrática do ensino

¹⁴⁸ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 142.

público, autonomia das escolas, níveis e modalidades de educação e de ensino, etc. Assim, a LDB é considerada o marco sistematizador da educação no Brasil.¹⁴⁹

A LDB traz em seu artigo 3º uma quase réplica do rol de princípios constitucionais, indo um pouco além do que foi a Constituição. Dentre os princípios trazidos pela LDB, ganham relevo aqueles não previstos expressamente na Constituição Federal, mas que com ela se harmonizam perfeitamente. Dessa forma, segundo o texto da LDB, o ensino no Brasil primará pelo respeito à liberdade e apreço à tolerância, valorizará a experiência extra-escolar e promoverá a vinculação entre educação escolar, trabalho e práticas sociais.¹⁵⁰

Cumprindo determinação constitucional (CF, art. 214) e também da LDB (art. 87, §1º), o *Plano Nacional de Educação* (PNE, Lei nº 10.172/2001) estabelece objetivos e metas a serem implementados e alcançados no período de uma década. A razão de ser do PNE é minimizar a descontinuidade das políticas educacionais, em caso de troca de governo. Assim, o PNE caracteriza-se como política de Estado, e não de governo.¹⁵¹

Ainda que não integre o rol da legislação pertinente ao tema educação, a Lei nº 8.069/90, que criou o *Estatuto da Criança e Adolescente*, dispõe sobre a proteção integral da criança e da juventude, regulando detalhadamente o direito à educação, inclusive em matérias não contempladas na LDB.¹⁵²

Buscando regular questão bem particular no tema educação, o Decreto-Lei nº 1.044/69 prevê o *regime de compensação de ausências* ou *regime domiciliar de ensino*. Como visto desde a introdução a este estudo, tal decreto é de suma importância à problematização aqui apresentada e à solução proposta. A ele será dada maior atenção adiante (Item 2.3).

¹⁴⁹ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 71-72.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 3º e Incisos**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 09/02/2010, às 22h17.

¹⁵¹ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73.

¹⁵² SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 72-73.

É certo que outros dispositivos legais versam sobre o tema educação, entretanto, para o foco dado neste estudo, este é o marco legal necessário à compreensão do tema. A citação restringiu-se à legislação federal, porém cabe destacar que também estados e municípios possuem legislação própria quanto à educação naquilo que lhes seja da competência. Tal previsão, inclusive, é feita pela própria Constituição Federal (art. 211) e pela LDB (art. 9º, §1º) ao estabelecerem que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão seus sistemas de ensino em regime de colaboração, cabendo a estados, DF e municípios baixar normas complementares às nacionais, permitindo com isso que características regionais e locais sejam respeitadas.¹⁵³

2.2.3 Da Organização do Sistema Educacional Brasileiro

Na expressão do constituinte pátrio, o sistema nacional de ensino é colaborativo, tendo União, estados e municípios competências ora concorrentes, ora exclusivas, nas questões do direito à educação, refletindo, *mutatis mutandis*, a organização federativa do país. Assim, no âmbito federal, no estadual e distrital, e no municipal, os sistemas educacionais gozam da autonomia própria de suas esferas federativas, sendo, porém, interdependentes.¹⁵⁴

O artigo 23 da Constituição Federal determina ser competência de todos os entes federados *proporcionar os meios de acesso à educação*. No artigo 24, a Carta Magna vem estabelecer a competência legislativa concorrente em matéria de educação, cabendo à União a prerrogativa de editar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, como visto, estabelece as regras gerais a serem seguidas pelas instituições de ensino e que norteará as políticas educacionais implantadas pelos outros entes federados.¹⁵⁵

¹⁵³ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74.

¹⁵⁴ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 82.

¹⁵⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 155.

Na divisão das responsabilidades pela oferta da educação escolar, nos termos do artigo 211 da CF/88, caberá à União, além de normatizar e coordenar a política nacional de educação: a) organizar o sistema federal de ensino e o dos Territórios; b) financiar as instituições de ensino públicas federais; e c) exercer a função redistributiva e supletiva a fim de garantir um padrão mínimo de qualidade do ensino, o que significa a possibilidade de socorrer financeira e tecnicamente estados e municípios hipossuficientes. Aos estados a Constituição determina a atuação prioritária no ensino fundamental e médio; e aos municípios a atuação no ensino fundamental (responsabilidade compartilhada com estados) e educação infantil.¹⁵⁶

De modo geral, as incumbências pertinentes à oferta da educação, bem como a colaboração, divisão de responsabilidades e estabelecimento de normas, podem ser resumidas assim:¹⁵⁷

União	Estados	Municípios
<ul style="list-style-type: none"> - Plano Nacional de Educação*; - Sistema Federal de Ensino; - Assistência técnica e financeira a estados, DF e municípios; - Diretrizes curriculares nacionais para a educação básica*; - Sistema de informações e avaliação educacional; - Autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação de cursos superiores e instituições de ensino do seu Sistema; - Normas gerais para graduação e pós-graduação. - Ação supletiva e redistributiva. 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema Estadual de Ensino; - Formas de colaboração com municípios na oferta do ensino fundamental; - Planos educacionais integrando ações dos municípios; - Autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação de cursos superiores e instituições de ensino do seu Sistema; - Normas complementares para seu Sistema; - Ação supletiva e redistributiva 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema Municipal de Ensino; - Ação redistributiva em relação às suas escolas; - Autorização, credenciamento e supervisão de instituições de ensino de seu Sistema**; - Normas complementares para seu sistema**.

* Em colaboração com Estados e Municípios

** Incumbência do Município com Sistema próprio.

O Sistema de colaboração previsto pela Constituição e regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação visa ao fortalecimento das estruturas da educação no Brasil, de forma que cada organismo da esfera pública (União, Estados e Municípios)

¹⁵⁶ HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 157.

¹⁵⁷ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 89.

contribua para o avanço integrado das políticas educacionais. A atuação independente ou omissa de uma das instâncias compromete a harmonia do conjunto.¹⁵⁸

2.2.4 Dos Níveis e Modalidades de Educação

De acordo com o que dispõe a LDB (art. 21) a educação escolar compõem-se de dois grandes níveis: a educação básica e a educação superior. A educação básica, por sua vez, se divide em três etapas: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. A LDB prevê, além dos níveis escolares, três outras modalidades de educação: a educação de jovens e adultos, a educação profissional e a educação especial. Indo além do que foi a LDB, o Plano Nacional de Ensino, PNE, prevê outras modalidades de ensino, dentre as quais destaca-se a educação indígena.¹⁵⁹

2.2.4.1 Da educação Básica

A educação básica – que como visto se divide em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – tem por finalidade o desenvolvimento do educando, assegurando-lhe formação indispensável para o exercício da cidadania e fornecendo-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.¹⁶⁰

Dentre as disposições gerais que a LDB apresenta sobre a educação básica, destacam-se a liberdade de organização em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudo, e grupos não-seriados com base na idade, na competência ou outros critérios. A justificativa para essa liberdade de organização é o interesse em um processo de aprendizagem mais eficaz e condizente com as realidades do aluno, da escola e da comunidade. Neste sentido a previsão de que o calendário escolar adeque-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, sem, no entanto, reduzir o número de horas letivas previsto na lei; carga

¹⁵⁸ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102.

¹⁵⁹ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102-103.

¹⁶⁰ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 77.

horária esta de, no mínimo, oitocentas horas anuais, distribuídas em pelo menos duzentos dias de efetivo trabalho escolar.¹⁶¹

O inciso V do artigo 24 da LDB traz as disposições relativas à verificação de rendimento do aluno. Essa verificação será feita por avaliação contínua e cumulativa, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos, e prevalência dos resultados ao longo do período sobre os resultados de eventuais provas finais. Destaca ainda a LDB que os estudos concluídos com êxito deverão ser aproveitados.¹⁶²

Ponto de destaque e que se mostra crucial à discussão deste estudo é a disposição do artigo 24, VI, da LDB. Prevê a norma geral sobre educação no Brasil que a *freqüência mínima exigida para aprovação* do aluno é de 75% (setenta e cinco por cento) do total de horas letivas.¹⁶³

Ainda tratando das diretrizes gerais da educação básica, a LDB prevê que os valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres do cidadão, do respeito ao bem comum e à ordem democrática, deverão ser difundidos nos conteúdos curriculares.¹⁶⁴

2.2.4.1.1 Da educação infantil

Versando sobre as etapas da educação básica, a LDB (art. 29) determina que a educação infantil será ofertada em creches para crianças de até três anos, e em pré-escola para crianças de quatro a seis anos de idade. Essa primeira etapa da educação básica tem por escopo o desenvolvimento integral da criança até os seis

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigos 23 e 24.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 25/01/2010, às 11h01.

¹⁶² BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 25/01/2010, às 11h01.

¹⁶³ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 25/01/2010, às 11h01.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 27.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 25/01/2010, às 11h01.

anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social.¹⁶⁵ O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos é um dever público, com previsão constitucional (CF, art. 208, IV), sendo a creche, para todos os fins, considerada instituição educativa. Entretanto, a matrícula na educação infantil não é obrigatória, já que sua função é complementar à ação da família. Outra característica da educação infantil é a avaliação sem finalidade de promoção do aluno (LDB, art. 31), mas apenas para acompanhamento de seu desenvolvimento.¹⁶⁶

2.2.4.1.2 Do ensino fundamental

O ensino fundamental, já chamado de 1º grau, é a etapa de escolarização obrigatória para as crianças entre 6 e 14 anos nos termos do artigo 32 da LDB.¹⁶⁷ Tendo por objetivo a formação básica do cidadão, seus programas pedagógicos deverão abranger o desenvolvimento da leitura, da escrita e do cálculo; a compreensão do ambiente em que o aluno se insere, bem como o sistema político e os valores fundamentais da sociedade; sendo que tais valores deverão contribuir para o fortalecimento dos vínculos da família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância que embasam a vida social.

Prevê a LDB que nessa etapa da educação básica o ensino será primordialmente presencial, sendo permitido o ensino à distância apenas como forma de complementação do ensino presencial ou em situações de emergência. É permitida a existência de cursos no horário noturno, inclusive com carga horária diária menor, mas não dispensados da carga anual de 800 horas. Aliás, sobre a carga horária, prevê a LDB (art. 34) que no ensino fundamental a jornada escolar será de pelo menos quatro horas diárias de trabalho efetivo em sala de aula, ressalvados os casos do ensino noturno e das formas alternativas de organização autorizadas por ela própria.¹⁶⁸

¹⁶⁵ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 77.

¹⁶⁶ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103-105.

¹⁶⁷ Os pais que deixarem de matricular seus filhos poderão estar incurso nas penas do crime de abandono intelectual, nos termos do artigo 246 do Código Penal Brasileiro.

¹⁶⁸ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108-110.

2.2.4.1.3 Do ensino médio

Sobre o ensino médio, etapa final da educação básica, a LDB o qualifica como suporte indispensável para a inserção do jovem no mercado de trabalho e na consolidação de sua cidadania, de modo que ele se aprimore como pessoa humana dotada de comportamento ético, autonomia intelectual e pensamento crítico.¹⁶⁹ O currículo pedagógico seguirá as diretrizes gerais expressas na LDB, já citadas em parágrafos anteriores, merecendo destaque, por ora, que as metodologias de ensino e de avaliação deverão estimular a iniciativa do aluno, como salienta o inciso II do artigo 36. Com duração mínima fixada em três anos e 2.400 horas (800 horas anuais), a lei não determina a jornada diária mínima para o ensino médio, deixando à autonomia da escola a definição do calendário para esse nível de ensino, devendo, porém, ser adotadas medidas que ampliem a oferta diurna e noturna adequada ao aluno trabalhador.¹⁷⁰

2.2.4.2 Da Educação Superior

Como último nível da educação escolar no Brasil, o ensino superior é regido pelos princípios gerais da educação naquilo que lhe for aplicável, por exemplo, quanto ao dever do Estado em oferecer ensino gratuito nas instituições oficiais, igualdade no acesso e, principalmente, a autonomia universitária e a indissociabilidade do ensino, da pesquisa e da extensão.

É na LDB que a educação superior encontra sua base mais abrangente, por trazer, do artigo 43 ao 57, normas que regulam a estrutura e o funcionamento desse grau de ensino.¹⁷¹ O artigo 43, por exemplo, tido como um dos mais importantes dispositivos dedicados ao ensino superior, elenca seus objetivos ou finalidades. Destes objetivos, pela relação com o tema do presente estudo, destaca-se o inciso VI, que

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 35 e 36.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 02/02/2010, às 17h56.

¹⁷⁰ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional.** in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110-112.

¹⁷¹ SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de; SILVA, Eurides Brito da. **Como Entender e Aplicar a Nova LDB: Lei nº 9.934/96.** São Paulo: Pioneira, 1997. p. 76. *Apud* TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

cuida do estímulo ao conhecimento dos problemas do mundo presente, inclusive os nacionais e regionais, possibilitando assim interação com a comunidade onde a instituição está inserida.

Dentre as regras trazidas pela LDB para regulamentar o ensino superior, destaca-se ainda a contida no artigo 47, que, pela importância ao tema deste estudo, é citada *ipsis litteris*:

Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

§ 1º. As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições.

§ 2º. Os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino.

§ 3º. É obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância.

§ 4º. As instituições de educação superior oferecerão, no período noturno, cursos de graduação nos mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno, sendo obrigatória a oferta noturna nas instituições públicas, garantida a necessária previsão orçamentária.¹⁷²

O artigo *supra* prioriza o aspecto formal da educação escolar, prevendo quantidade mínima de dias letivos no calendário acadêmico. Declara ainda ser obrigatória a frequência de alunos e professores, sem, no entanto, fazer menção expressa sobre qual seria a frequência mínima no caso do ensino superior, prevalecendo, na prática, a regra geral da educação básica, ou seja, frequência mínima de 75%, nos termos do artigo 24, VI, da LDB.¹⁷³ A relativização dessa previsão formal aparece na exceção a frequência nos cursos a distância e na abreviação dos estudos dos alunos com excepcional aproveitamento de estudos, como se vê.

¹⁷² BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 47.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 08/02/2010, às 15h47.

¹⁷³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. “**Laico, Mas Nem Tanto**”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 130-131.

Outro aspecto que merece destaque em qualquer estudo sobre o ensino superior, mesmo em uma abordagem mais sintética como esta, é o que diz respeito a certa prerrogativa prevista na legislação. Sendo certo que o ensino superior compreende três categorias básicas de instituições de ensino - as faculdades, os centros universitários e as universidades - estas últimas gozam de uma garantia constitucional que lhes confere certa distinção em relação a qualquer outra instituição de ensino: a autonomia universitária, nos termos do artigo 207, da CF/88, e do artigo 53 da LDB, já comentada neste estudo (Item 2.2.1.1).

Essa autonomia compreende um poder de autodeterminação da universidade, sem, contudo, eximi-la da fiscalização estatal e da sujeição ao império da lei. Seu raio de atuação seria a liberdade que a universidade possui de dirigir, definir e escolher os métodos de ensino e pesquisa, e auto gerir-se em questões administrativo-financeiras, sempre respeitando as funções da universidade, quais sejam, ensino, pesquisa e extensão.¹⁷⁴ Dessa forma, fica evidente que a universidade possui certo grau de independência, entretanto, não se pode afirmar que, em função da autonomia de que goza, a universidade não se sujeita às regras e princípios que direcionam o sistema educacional brasileiro. Como já dito, a autonomia universitária não significa soberania.¹⁷⁵

2.2.4.3 Das Modalidades de Educação

Além das etapas da educação básica, a legislação educacional no Brasil prevê as chamadas modalidades de educação, que seriam, nas palavras de Abreu e Balzano, formas mais abrangentes de adequação de processos educacionais a públicos diferenciados.¹⁷⁶

¹⁷⁴ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-77.

¹⁷⁵ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional.** in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-69.

¹⁷⁶ ABREU, Mariza; e BALZANO, Sônia. RODRIGUES, Maristela Marques; GIÁGIO, Mônica (org.) **Revisão de Legislação para Secretários e Conselheiros Municipais de Educação.** Caderno 1 – Unidades 1 e 2; Caderno 2 – Unidade 3. Brasília: MEC/FUNDESCOLA, 2001. p. 31. *apud* SARI,

Uma dessas modalidades é a educação de jovens e adultos, prevista na LDB em seus artigos 37 e 38, que oferece o ensino fundamental e médio, pública e gratuitamente, àqueles que não tiveram acesso na idade adequada. Essa modalidade de ensino será organizada de modo a contemplar as características, necessidades e disponibilidades do educando, inclusive o fato de ser ele trabalhador, dispensando, por exemplo, a exigência de 4 horas diárias no ensino noturno, desde que cumpridas as 800 anuais. Essa flexibilidade justifica-se pela necessidade de atendimento diferenciado, qualificado e condizente com as peculiaridades do público-alvo.¹⁷⁷ Ponto de destaque é a previsão da LDB de que nessa modalidade de ensino os conhecimentos e habilidades adquiridos informalmente pelo educando serão aferidos e reconhecidos por meio de exames (art. 36, § 2º), o que possibilitará a devida adequação do aluno na série condizente com seus conhecimentos, em consonância com a diretriz geral do artigo 24, II, c, da LDB.

Também como modalidade de educação, a LDB prevê a Educação Especial – voltada a educandos portadores de necessidades especiais, incluídos os superdotados – e a Educação Profissional – que deverá contemplar ao aluno matriculado ou egresso do ensino fundamental, médio e superior, bem como ao trabalhador em geral, jovem e adulto. Ganha relevo nessas modalidades de educação o objetivo peculiar que cada grupo alvo exige e que é dever do Estado garantir.¹⁷⁸

2.3 DA FREQUÊNCIA ESCOLAR FACE AO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE AUSÊNCIAS PREVISTO NO DECRETO 1.044/69 E OUTRAS SITUAÇÕES

Da análise da Lei de Diretrizes e Base da Educação – LDB – percebe-se que a frequência às aulas é ponto que mereceu destacada atenção.¹⁷⁹ Tanto que cuida a referida norma, ao tratar dos critérios gerais da educação básica, em determinar carga

Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112.

¹⁷⁷ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112-113.

¹⁷⁸ SARI, Marisa Timm. **A Organização da Educação Nacional**. in LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113-114.

¹⁷⁹ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 156.

horária mínima anual (800 horas) e quantidade de dias letivos (200).¹⁸⁰ Indo ainda mais à frente nessa tarefa de estabelecer critérios objetivos e formais para considerar um estudante apto a ser aprovado em cada etapa de seus estudos, determina a norma básica da educação nacional que a freqüência às aulas deverá ter um percentual mínimo de 75% (setenta e cinco por cento).¹⁸¹ Entretanto, apesar de prezar nessa questão pelo formalismo, a legislação pátria aponta situações onde a relativização da norma se faz necessária e a exigência à freqüência mínima acaba sendo mitigada. E é justamente em prol da relativização da freqüência mínima obrigatória o teor do Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de outubro de 1969.¹⁸²

O Decreto-Lei nº 1.044 leva em consideração que a Constituição Federal assegura a todos o direito à educação, bem como que as condições de saúde nem sempre possibilitam a freqüência do educando à escola na proporção mínima exigida em lei. Em decorrência disto, oferece tratamento excepcional aos alunos portadores de certas doenças, infecções, traumatismos ou outras condições que sejam incompatíveis com a presença em sala de aula, seja por causar desconforto ao próprio aluno enfermo, seja por oferecer risco de transmissão da doença aos outros freqüentadores da escola. Essa condição, por evidente, deverá ser atestada por laudo médico elaborado por autoridade oficial do sistema educacional (art. 3º). O tratamento excepcional previsto na norma consiste na dispensa de tais alunos da freqüência mínima à escola legalmente exigida. A ausência às aulas deverá ser compensada com exercícios domiciliares acompanhados pela instituição de ensino (art. 2º).¹⁸³

Esse tratamento excepcional, como se vê, decorre de uma inaptidão física relativa, que não afeta a capacidade intelectual e emocional para o prosseguimento da atividade escolar, só que agora em novos moldes. Esclarece o Decreto-Lei que a

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24, I.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 09/02/2010, às 22h46.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24, VI.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 09/02/2010, às 22h51.

¹⁸² BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm Acesso em 09/02/2010, às 23h01.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm Acesso em 09/02/2010, às 23h01.

ocorrência da causa impeditiva da freqüência à escola deve ser isolada e esporádica, e que tenha duração que não comprometa a continuidade do processo pedagógico de aprendizagem (art. 1º).¹⁸⁴

O tratamento especial previsto no Decreto-Lei 1.044/69 foi expandido pela Lei nº 6.202/75 para alcançar as estudantes gestantes, atribuindo também a elas o regime de compensação de ausências. Pelo texto da lei, as alunas grávidas têm direito ao regime domiciliar a partir do 8º mês de gestação, durante um período de três meses; sendo que em casos excepcionais, comprovados por atestado médico, esse período poderá ser dilatado.¹⁸⁵ Mais uma vez percebe-se o intuito de contornar uma dificuldade física e o desconforto sofrido pela aluna nessas condições, prevalecendo tal situação sobre a freqüência mínima obrigatória.

No mesmo sentido de contornar uma situação específica, na qual o aluno encontra dificuldades em freqüentar as aulas normalmente, a doutoranda Letícia Martel menciona que os convocados para o serviço militar obrigatório são alcançados por um sistema de justificação de faltas.¹⁸⁶ É esta a previsão do Decreto-Lei nº 715, de 30 de julho de 1969, que alterou a Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64), e determina que todo aquele que por força das atividades da caserna seja obrigado a faltar suas atividades civis terá suas faltas abonadas para todos os efeitos.¹⁸⁷

Também com finalidade de evitar prejuízos formais ao aluno faltante, lei federal de 2004 prevê abono das faltas do representante do corpo de alunos na CONAES que tenha participado de reuniões desta comissão em horários de atividades acadêmicas.¹⁸⁸ É este o inteiro teor do artigo 7º, § 5º da Lei 10.861/04. Esta lei instituiu

¹⁸⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm Acesso em 09/02/2010, às 23h01.

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 6.202 de 17 de abril de 1975.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm Acesso em 22/01/2010, às 16h08.

¹⁸⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 131.

¹⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 4.375 de 17 de Agosto de 1964. Alterada pelo Decreto-Lei nº 715 de 30 de Julho de 1969. Artigo 60, § 4º.** Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm Acesso em 09/02/2010, às 23h48.

¹⁸⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira.** in REVISTA LIBERTAS.

o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, que possui em sua estrutura a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES, órgão colegiado de coordenação e supervisão do SINAES.¹⁸⁹ Nos termos da norma, o aluno membro dessa comissão não terá sua avaliação prejudicada por ter faltado a aulas, se a falta decorreu de presença em reunião da CONAES.

Percebe-se, portanto, que, a despeito da importância da frequência mínima obrigatória às aulas, essa exigência legal encontra limites, ou razões para mitigação, em face de dificuldades enfrentadas pelo aluno ligadas a razões de saúde, impossibilidade física, interesses militares e da Administração Pública.

2.4 DA RESTRIÇÃO RELIGIOSA ADVINDA DA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE EDUCAÇÃO NACIONAL

Apresentado em linhas gerais o sistema educacional brasileiro, com seus princípios, regras, etapas e modalidades do ensino, cumpre agora confrontar o ponto em que tal sistema contraria ou oferece resistência ao gozo do direito à liberdade religiosa em sua plenitude, o que acaba por configurar obstáculo também ao próprio direito à educação. Apesar da previsão constitucional,¹⁹⁰ restará demonstrado que não são todos os estudantes que têm de fato igualdade de condições no acesso e na *permanência* nas instituições de ensino no Brasil.

Pelo exposto neste estudo e mesmo pela experiência comum, nota-se que em certas etapas da educação necessária se faz a oferta de horário noturno para as atividades escolares. Aliás, este é mesmo um dos deveres do Estado, nos termos do que prevê a Constituição Federal¹⁹¹ e a LDB¹⁹²: “Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando”. O principal objetivo de tal determinação é o

Estudos em Direito, Estado e Religião. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 131.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 10.861 de 14 de Abril de 2004.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm Acesso em 10/02/2010, às 0h03.

¹⁹⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Artigo 206, I.

¹⁹¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Artigo 208, VI.

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 4, VI.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 23/02/2010, às 20h34.

atendimento dos estudantes trabalhadores. Assim, desde o ensino fundamental, passando pelo ensino médio, pela educação de jovens e adultos, e principalmente no ensino superior, as aulas em horário noturno são bastante comuns em todo o país.

Outra situação que deve ser levada em consideração para a compreensão do que aqui se quer evidenciar é a possibilidade de aulas aos finais de semana. A LDB prevê, como visto, uma quantidade mínima de dias letivos para a educação básica, qual seja, 200 dias.¹⁹³ Levando em conta situações especiais, umas previstas na própria legislação - caso da adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas nas comunidades rurais¹⁹⁴ - outras decorrentes de casos fortuitos - greve de professores, por exemplo - bem fácil a ocorrência da necessidade de se ter aulas aos sábados ou mesmo domingos. Fato este ainda mais freqüente no ensino superior, aliás, até esperado em razão da extensa grade curricular da maioria dos cursos.

O conflito entre o direito à liberdade religiosa e à educação e a estruturação do sistema educacional brasileiro surge em razão da lógica formal de avaliação, que maximiza a exigência da freqüência mínima de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do art. 24, VI, da LDB. Essa exigência, somada às variáveis mencionadas nos parágrafos anteriores, cria uma situação em que o pleno gozo do direito à educação e à liberdade religiosa é obstacularizado. No caso, aqueles estudantes que professem uma fé que exija deles a separação de um dia especial para atividades unicamente ligadas à religião, o dia de descanso, sofrerão para conciliar as atividades acadêmicas com as espirituais.¹⁹⁵

O Ministério da Educação (MEC) tem posição definida a este respeito. Desde 1984 o Ministério não acata como razão suficiente para um regime de compensação de

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24, I.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 23/02/2010, às 20h46.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 28, II.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 23/02/2010, às 20h49.

¹⁹⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 104.

ausências a escusa de consciência por motivos religiosos. O argumento do MEC, através da Câmara de Educação Básica, sempre foi no sentido de que, ausente norma infraconstitucional, esses estudantes não têm amparo legal para o pleito de ver compensadas suas faltas, já que a assiduidade escolar no ensino regular é imposta a todos os estudantes.¹⁹⁶ Em outras palavras, a frequência mínima obrigatória é obrigação legal imposta a todos os estudantes.

Todavia, para os alunos que vivenciam o dilema de conciliar seus deveres estudantis com os ditames de sua fé, escolher abandonar sua convicção religiosa significará romper com princípios de vida, crenças e todo contexto social da comunidade religiosa em que estão inseridos. De outro lado, optar por manter-se fiel às suas crenças pode representar a exclusão de processos seletivos como o vestibular (que normalmente são realizados durante um fim de semana inteiro), e mesmo a reprovação por ausência a provas ou por excesso de faltas nos cursos regulares. Resta evidente que tais alunos são alvo de um desnivelamento com os demais no acesso (vestibular) e na permanência na escola (aulas).

No pensar de Alexandre de Moraes, constranger a pessoa humana a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e à própria diversidade espiritual.¹⁹⁷ Do mesmo modo, não há como negar a importância do direito à educação, que, nas palavras de Carlos Roberto Jamil Cury, é um desses espaços que não perderam e nem perderão sua atualidade, principalmente por ser esta uma dimensão fundante da cidadania.¹⁹⁸ Tal quadro, portanto, importa verdadeira violência à consciência individual, atentando, inclusive, contra a dignidade humana, por expor adolescentes e jovens a um conflito entre valores tão caros: de um lado sua crença religiosa, e de outro seu direito à educação.

¹⁹⁶ BRASIL. MEC. CEB. **Parecer nº 15/99**, aprovado em 04/10/99. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 131.

¹⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 115.

¹⁹⁸ CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença**. Cadernos de Pesquisa, 2002, n. 116, p. 246, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf> acesso em 11/03/2010, às 11h43.

Afinal, qual a solução possível ao caso de alunos que por imperativos de sua fé devem guardar dias de descanso religioso e, por isso, encontram-se impedidos de freqüentar as aulas nesses períodos considerados sagrados? Nos mesmos termos, que alternativa oferecer a estes estudantes quando a data de vestibulares e provas é marcada para o dia de guarda de sua religião? Propor solução que respeite a liberdade religiosa e privilegie o direito à educação, sem com isso ferir outros valores constitucionais é o desafio que ora se enfrenta.

O regime de compensação de ausências, combinado com a oferta de horários alternativos para realização de provas e exames de acesso ao ensino superior, representa alternativa possível e constitucionalmente viável para a devida acomodação pelo Sistema Educacional Brasileiro do direito de observar dia de descanso?

3 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIA DE DESCANSO RELIGIOSO PELO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO

3.1 DOS FUNDAMENTOS RELIGIOSOS QUE ORIENTAM O RESPEITO AO DIA DE DESCANSO

O dia de descanso (*shabat*) está inserido no conceito de liberdade religiosa nas dimensões liberdade de crença e liberdade de culto. Acreditar que certo e determinado dia é sagrado é plenamente legítimo dentro da concepção de liberdade e exterioriza um aspecto do conjunto de símbolos preservados por certa religião. Importante ter este aspecto em evidência: o dia de descanso é expressão de uma crença e um símbolo religioso. Nas palavras de Aldir Guedes Soriano, o direito a observar dia de descanso garante ao cidadão o direito de guardar um dia da semana para adoração e culto, conforme sua consciência; expressando uma necessidade física, espiritual e social.¹⁹⁹

Ao falar em dia de guarda ou dia de descanso religioso, o foco está naquele dia dentre os sete da semana que a religião, por alguma razão que a teologia explica, considera sagrado e é separado para práticas religiosas específicas. Tal idéia está intrinsecamente ligada ao conceito de *shabat* ou sabá (descanso), baseado sempre na idéia do repouso semanal do homem como dádiva divina.²⁰⁰

Não se pode, contudo, ignorar que outras datas podem ter relevante significado dentro da *práxis* religiosa de determinada confissão e com isso merecer a tutela pretendida neste estudo. Como exemplo cite-se o *Ramadã* islâmico, o *Iom Kipur* judaico, ou ainda a páscoa e o natal cristãos.²⁰¹ Todavia, a natureza dessas

¹⁹⁹ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 187.

²⁰⁰ Toropov e Buckles deixam isso evidente ao comentar sobre o dia de guarda de diversas religiões. Cf. TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo.** Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p. 90, 130, 178 e 223.

²⁰¹ TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo.** Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p. 91, 134, 136 e 181.

celebrações em muito difere da do dia de descanso semanal, mesmo porque são datas voláteis no calendário anual de comemorações daquela religião, e o impacto nas questões diárias é diminuto em relação ao impacto semanal do dia de descanso.²⁰² Ademais, essas outras datas já poderiam ser, em maior ou menor escala, alvo da tutela conferida aos chamados feriados religiosos, segundo a Lei nº 9.093/95.²⁰³ Portanto, é ao dia semanal de descanso que este estudo concentra atenção maior, tendo em vista o cotidiano conflito vivido pelo indivíduo adepto de alguma minoria religiosa, principalmente, sem, contudo, afastar peremptoriamente um juízo de ponderação se for pleiteada a proteção de outro dia sagrado de alguma religião.

A escolha de qual dia da semana seria o dia de descanso religioso não reflete exatamente uma simples liberdade de escolha do indivíduo. A este respeito Soriano cita MacConnell, para quem o dia de descanso decorre de uma lei maior, de uma vontade sobre a qual o fiel não tem ingerência: a divina. Ou seja, o direito de escolher qual o dia a ser separado para o descanso religioso teria sido exercido por Deus; ao crente resta escolher obedecer ou não o preceito divino, não lhe cabendo escolher dentre os sete dias da semana qual é o dia de guarda. Dessa forma, ao reconhecer tal situação, a da força condicionante do ditame religioso, o Direito alivia o crente de um conflito de lealdade, pois o deixa em condições de conciliar sua fé com os demais aspectos de sua vida.²⁰⁴

No Brasil, o domingo é o dia de descanso da maioria; a maior religião do país - Católica - e os chamados protestantes e evangélicos em geral têm esse dia como aquele reservado à adoração divina. Já o sábado é o dia santificado para parcela minoritária da população; dentre os que adoram neste dia encontram-se judeus e

²⁰² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 104.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 9.093 de 12 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9093.htm> Acesso em 12/04/10, às 14h52.

²⁰⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 189.

adventistas. Destaca-se ainda como dia de descanso religioso a sexta-feira, dia sagrado para os muçulmanos.²⁰⁵

No contexto católico, o domingo como dia de descanso encontra seu fundamento na ressurreição de Jesus Cristo, que se deu no primeiro dia da semana, segundo o texto bíblico.²⁰⁶ Entretanto, essa determinação encontra sua força na tradição da Igreja Católica, que instituiu o “Dia do Sol” como dia de descanso religioso e culto por volta de 321 d.C através de edito do Imperador Romano Constantino.²⁰⁷

A tradição católica foi confirmada na Carta Apostólica *Dies Domini*, de 31 de maio de 1998.²⁰⁸ Nessa Carta Apostólica, o Papa João Paulo II recomenda a abstenção de atividades seculares no domingo e elenca argumentos teológicos e sociais para o respeito do primeiro dia da semana como dia de descanso religioso, aconselhando ao reconhecimento do domingo como dia de celebração pela nova criação representada no renascimento de Cristo e dia designado, na Nova Aliança, como aquele no qual o homem deve entrar no descanso (*shabat*) divino.

Apesar do histórico rompimento do mundo protestante²⁰⁹ com a Igreja Católica, o que provocou também a separação doutrinária,²¹⁰ na questão do dia de descanso permaneceu a harmonia de doutrinas. Desse modo, os protestantes têm a ressurreição de Cristo como marco de um estado de coisas espirituais diferente ao da

²⁰⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. “Laico, Mas Nem Tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 104.

²⁰⁶ BÍBLIA SAGRADA, **Bíblia de Estudo Plenitude**. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2002. Mateus 28: 1-10.

²⁰⁷ CAIRNS, Earle E. **O Cristianismo Através dos Séculos: uma história da Igreja Cristã**. 2. ed. Israel Belo de Azevedo (trad.). São Paulo: Vida Nova, 1995. p.100.

²⁰⁸ DIES DOMINI. **Carta Apostólica do Sumo Pontífice João Paulo II ao Episcopado, ao Clero e aos Fiéis da Igreja Católica Sobre a Santificação do Domingo**. Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_05071998_dies-domini_po.html. Acesso em 14/03/2010, 12h55.

²⁰⁹ Protestantismo é termo que engloba um conjunto de tradições que surgiram depois da Reforma iniciada por Martinho Lutero. Posteriormente aos movimentos reformadores originários, outros movimentos de vocação evangélico-protestante surgiram, sendo certo que o protestantismo pode ser visto como uma “colcha de muitos retalhos”. Cf. TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p.126-131.

²¹⁰ TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p.126-127.

antiga aliança de Deus com Israel. Nesse contexto, o domingo é considerado o dia de descanso, o “sábado cristão”, conforme se depreende da histórica Confissão de Fé de Westminster, declaração originária do Movimento Calvinista na Inglaterra, em 1646, que influenciou o mundo protestante²¹¹:

Deus designou particularmente um dia em sete para ser um sábado (descanso) santificado por Ele; desde o princípio do mundo, até a ressurreição de Cristo, esse dia foi o último da semana; e desde a ressurreição de Cristo foi mudado para o primeiro dia da semana, dia que na Escritura é chamado Domingo, ou dia do Senhor, e que há de continuar até ao fim do mundo como o sábado cristão.²¹²

Por esses fundamentos, e outros mais afetos a uma abordagem teológica, o domingo é respeitado como o dia de guarda pela maioria cristã no Brasil e no mundo.

Os muçulmanos crêem em Alá, que revelou os princípios da fé islâmica a Maomé, seu profeta. As palavras do Profeta compõem o livro sagrado dos muçulmanos, o *Corão*.²¹³ Quanto ao dia de descanso, o mundo islâmico tem a sexta-feira como dia sagrado, seria o *shabat* islâmico.²¹⁴ Segundo Gaarder, a fim de marcar a distinção com os judeus, Maomé teria designado a sexta-feira como dia festivo da semana em vez do sábado, que é o *shabat* judaico.²¹⁵

Por fim, como um dos dias de descanso adotado pelas religiões existentes, aparece o sábado, dia sagrado para judeus e adventistas, dentre outros grupos religiosos. Os fundamentos da guarda do sábado como dia santificado encontram-se no Pentateuco, os cinco primeiros livros da Bíblia Cristã, que correspondem à *Torá* hebraica. Fundamentada na *teoria criacionista*, segundo a qual o mundo fora criado em seis dias, ao fim dos quais, no sétimo, o criador descansara, a guarda do sábado seria um memorial da criação, tendo sido santificado por Deus e abençoado para o descanso do homem. A origem do sábado, portanto, é anterior à instituição da nação judaica e a

²¹¹ CAIRNS, Earle E. **O Cristianismo Através dos Séculos: uma história da Igreja Cristã**. Israel Belo de Azevedo (trad.) 2. ed. São Paulo: Vida Nova, 1995. p. 278.

²¹² Confissão de Fé de Westminster. Disponível em <http://www.monergismo.com/textos/credos/cfw.htm> acesso em 16/04/2010, às 10h40.

²¹³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Religião e Racismo: a Constituição e o Supremo Tribunal Federal**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 322.

²¹⁴ TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p. 178.

²¹⁵ GAARDER, Jostein. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 125.

outorga dos Dez Mandamentos; o Decálogo Sagrado veio consolidar um princípio já existente, daí porque a expressão “lembra-te do dia de sábado” contida no quarto mandamento da Lei.²¹⁶

A instituição do sábado teria um aspecto teleológico, fora criado para o descanso semanal do homem; por outro lado, revela-se seu aspecto sacrossanto, recebeu de Deus um traço sagrado e assim deve ser considerado, dia santificado, reservado para a adoração, o convívio familiar e a prática de boas obras. O sábado é um símbolo religioso do culto judaico e adventista, e o respeito a ele, traço distintivo do fiel, aliás, é visto inclusive como sinal entre Deus e seu povo, como destacado pelo profeta Ezequiel.²¹⁷

Importante característica deste período sagrado é que ele tem seu início com o pôr-do-sol da sexta-feira e prossegue até o pôr-do-sol do sábado,²¹⁸ seguindo o modo pelo qual os dias são contados nas Escrituras Sagradas desde a criação: de pôr-do-sol a pôr-do-sol; e é dessa forma que o *shabat*, na concepção judaica, ou sábado bíblico, para os cristãos sabatistas, é respeitado.²¹⁹

Apresentadas as bases doutrinárias da observância dos dias sagrados pelas religiões existentes²²⁰ fácil constatar quais grupos religiosos enfrentam maiores dificuldades para conciliar sua fé com o que o mundo moderno exige em termos de trabalho, acesso à educação, enfim, o exercício da cidadania de modo geral. A este respeito informa a Doutoranda Letícia de Campos Velho Martel, em levantamento sobre julgados a respeito do tema liberdade religiosa no STF, STJ, TRF's e TJ's, tendo

²¹⁶ LESSA, Rubens [et. al.] (ed). **Nisto Cremos: 27 ensinós bíblicos dos Adventistas do Sétimo Dia**. Hélio L. Grellmann (trad.). Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 1995. p. 331-353.

²¹⁷ BÍBLIA SAGRADA, **Bíblia de Estudo Plenitude**. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2002. Ezequiel 20:20.

²¹⁸ TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p.90.

²¹⁹ LESSA, Rubens [et. al.] (ed). **Nisto Cremos: 27 ensinós bíblicos dos Adventistas do Sétimo Dia**. Hélio L. Grellmann (trad.). Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 1995. p. 331-353.

²²⁰ Não se tem notícia de religião que adote dia de guarda semanal diferente dos aqui apresentados. Entretanto, como o fenômeno religioso não se mostra estático, pode ocorrer a fundação ou alteração de religião que adote como dia sagrado outro que não o domingo, a sexta-feira ou o sábado. Importante ter em mente ainda que certas religiões adotam datas sagradas anuais, como o *Krishna Janmashtami* do Hinduísmo, ou o Dia do Buda, segundo as tradições do Budismo. Cf. TOROPOV, Brandom; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006. p. 225 e 259.

sempre como pano de fundo da discussão o respeito ao dia de descanso religioso, que 93,10% dos casos por ela levantados envolviam membros da mesma agremiação religiosa: a Igreja Adventista do Sétimo Dia.²²¹

Certo é que ter como dia de guarda a sexta-feira ou o sábado (lembrando que a sexta à noite é considerada período sagrado no sábado bíblico ou *shabat* judaico) provoca uma série de conflitos e restrições, uma vez que o mundo em sua esmagadora maioria tem nesses dias períodos normais de trabalho, estudo e produção humana em todas as áreas. O conflito é explicado também pelas exigências religiosas na forma do respeito ao dia de descanso, do exercício da norma religiosa, com a abstenção de práticas não ligadas à religião. Isso também será vivido por aqueles que quiserem observar o domingo segundo os princípios tradicionais pregados pelas igrejas que o adotam como dia de guarda.

3.2 DO DIREITO DE OBSERVAR DIA DE DESCANSO RELIGIOSO

Os fundamentos para que o dia de descanso religioso seja respeitado encontram-se presentes nos ordenamentos jurídicos de alguns países, em tratados internacionais, e, no Brasil, encontram na Constituição de 1988, de forma indireta, a garantia máxima para o efetivo exercício de tal direito. Convém destacar a determinação da Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, Inciso VIII, *in verbis*:

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.²²²

Essa garantia, associada ao que preconiza o Inciso VI, do mesmo Artigo 5º, de que é inviolável a liberdade de crença e assegurado o livre exercício dos cultos

²²¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. “**Laico, Mas Nem Tanto**”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 120.

²²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, VIII.

religiosos,²²³ segundo uma interpretação válida, assegura, mesmo que de forma indireta, o devido respeito ao direito de observar dia de descanso.²²⁴

Sendo a liberdade religiosa direito fundamental,²²⁵ tendo em conta que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, como o quer a Constituição Federal;²²⁶ pode-se concluir que a exigência constitucional seria suficiente para que, contextualizando no caso objeto do presente estudo, nenhum aluno tivesse prejuízo por conta de ausência a aulas ou provas em dia sagrado de sua religião.²²⁷

Todavia, nunca se mostrou tão moderna a afirmativa de Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*.²²⁸

A questão ganha concreção, então, quando se observa que o Judiciário não tem sido de todo favorável àqueles que pleiteiam o respeito à liberdade religiosa e ao direito de observar dia de descanso, mesmo evocando o mandamento constitucional. A jurisdição pátria tem supervalorizado um suposto interesse coletivo em completo

²²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, VI.

²²⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 193.

²²⁵ SOUZA, Josias Jacintho; VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Liberdade Religiosa: direito humano universal**. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 143-167.

²²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, § 1º.

²²⁷ Entretanto, essa assertiva de que o *mandamus* constitucional previsto no art. 5º, § 1º garantiria a imediata aplicação do direito à liberdade religiosa na dimensão tratada nesse estudo, dependeria da justa análise teórico-doutrinária. Tarefa a ser executada em outro momento, baseada principalmente na obra de Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

desfavor das garantias individuais, como aponta estudo de Letícia Martel²²⁹ e de Sérgio Fernandes.²³⁰

Martel aponta algumas conclusões que indicam a postura ideológica que o judiciário brasileiro tem assumido. Percebeu a mestrandagem, por exemplo, que nos acórdãos analisados foi preponderante o viés tradicional do direito administrativo, que confere a jargões como *interesse público* uma posição absoluta como se a simples invocação desse axioma fosse suficiente para encerrar e fundamentar o deslinde de um problema concreto.²³¹ Em diversos outros casos o que se destaca é um *déficit de fundamentação*, pois, em algo que Martel denomina *sincretismo metodológico*, a postura teórica do magistrado não restou clara. Ao ser anunciado um conflito de princípios, por exemplo, não foi demonstrado o padrão decisório que levou a dar prevalência a este e não àquele princípio. Martel chega a classificar muitas daquelas decisões como meras invocações retóricas.²³²

Essa falta de padrão decisório provocou uma terceira constatação: não houve, em grande parte dos julgados, o devido cotejo entre precedentes. Para confirmar uma posição eram trazidos julgados anteriores que corroboravam com ela, mas ignorados outros, do mesmo tribunal, que trilhavam caminho diverso. Assim, em um mesmo tribunal, há posições antagônicas no julgamento de casos que guardam imensa similitude.²³³

²²⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 79-141.

²³⁰ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação**. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 169-204.

²³¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 117 e 132.

²³² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 118.

²³³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS.

Outra conclusão do estudo de Martel é a interpretação dada ao princípio da laicidade. Ficou patente nos Acórdãos analisados que laicidade importa uma neutralidade formal do Estado, que não permite a imposição de benefícios ou de prejuízos em virtude da afiliação religiosa.²³⁴ Paradoxalmente, porém, os julgados ignoram o impacto adverso que certas normas gerais causam sobre as minorias sem que seja oferecida qualquer prestação alternativa que minore tal impacto, representando claro prejuízo em razão da escolha religiosa.²³⁵

De seu lado, Fernandes aponta como principal característica dos julgados pátrios, principalmente no STF, a prevalência do nacional sobre o individual, transformando essa assertiva em um dogma jurídico quase intransponível, principalmente quando envolvida questão de ordem religiosa. Associa-se a essa posição a interpretação de que, por seu caráter laico, o Estado não poderia favorecer algum grupo religioso, ignorando, todavia, que laicidade, em essência, representa a proteção da multiplicidade ou das variações existentes na sociedade. Ignorar isso é, na verdade, favorecer a maioria política, que, destaca o professor, não precisa de garantias; as minorias sim. Fernandes encerra sintetizando a diferença entre Brasil e Estados Unidos. Aqui a liberdade religiosa é defendida de modo mais explícito na Constituição, o STF, porém, tem adotado postura que supervaloriza a laicidade, não levando em conta a necessidade de proteção do indivíduo em face do Estado; postura diversa da que tem sido tomada na Suprema Corte dos Estados Unidos. Fernandes conclui que no Brasil o indivíduo e as crenças minoritárias são vistos com desconfiança, a liberdade religiosa se transforma em tolerância à religião somente.²³⁶

Estudos em Direito, Estado e Religião. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 119.

²³⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 120.

²³⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 121.

²³⁶ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 189-197.

Em razão da interpretação jurisdicional que ignora os direitos fundamentais do indivíduo e a previsão constitucional que assegura a não discriminação em função da opção religiosa, é que ganham relevância e fundamental importância, enquanto paradigmas, normas internacionais que têm dispensado atenção ao respeito ao dia de descanso religioso. Normas que o Brasil terá de internalizar, se quiser manter-se no rol dos países que de fato garantem o livre exercício da liberdade religiosa.

3.2.1 Do Direito de Observar Dia de Descanso no Direito Comparado

Sem a pretensão de apontar o tratamento dado em todos os Estados ao redor do mundo à questão do respeito ao dia de descanso, este estudo busca apresentar exemplos que demonstrem que sua proposta se alinha à moderna tendência democrática nas questões entre Estado e religião quando existe a preocupação com a liberdade religiosa das minorias.²³⁷

3.2.1.1 Estados Unidos

Berço das liberdades individuais, os Estados Unidos, por meio da Primeira Emenda à sua Constituição, adotam desde 1791 uma política de separação entre Igreja e Estado (cláusula de estabelecimento) e de não interferência governamental nos credos e práticas religiosas de seus cidadãos (cláusula do livre exercício).²³⁸ Entretanto, as previsões da Primeira Emenda apresentam uma baixa densidade normativa, dependendo, para a eficaz produção de efeito, de interpretação do Judiciário quanto ao seu alcance e significado. Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos desempenha

²³⁷ Sendo certo, porém, que este estudo adota uma postura liberal no tocante aos fundamentos da liberdade religiosa, já que este direito seria expressão da autonomia individual, não compactuando com qualquer idéia que sugira caber ao Estado a escolha da religião de seus cidadãos. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes. **Argumentos Liberais e Antiliberais da Liberdade Religiosa.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29-31.

²³⁸ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 174.

fundamental papel, pois, nas palavras do presidente daquela corte entre 1930 e 1941, Charles Evans Hughes: “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”.²³⁹

Provocada um sem número de vezes a se manifestar sobre a liberdade religiosa, a Suprema Corte já analisou casos que envolviam objeção de consciência à guerra, sacrifício de animais, uso de alucinógenos em rituais religiosos, ensino do criacionismo nas escolas públicas, leis que estabeleciam o domingo como dia de descanso obrigatório (leis dominicais), etc.²⁴⁰ A jurisprudência daquela corte tem demonstrado que a Primeira Emenda tem sido interpretada sob uma ótica do individualismo moral, em que o interesse individual prevalece sobre o nacional.²⁴¹

No que concerne ao tema central deste estudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Thornton v. Caldor, v.g.*, declarou inconstitucional lei do estado de Connecticut que exigia dos empregadores a acomodação da agenda de trabalho para permitir a observância do dia de sábado por seus empregados. O caso foi discutido entre 1984 e 1985²⁴² e, segundo Soriano, é apontado por MacConnell como exemplo da hostilidade, indiferença, incompreensão e falta de simpatia da antiga jurisprudência da Suprema Corte em relação à religião, pois supervalorizava o princípio da separação entre Igreja e Estado contido na Cláusula do Estabelecimento.²⁴³

Soriano cita outro caso emblemático nas cortes estadunidenses, que caminhou em sentido contrário ao *supra* mencionado. Em *Sherbert v. Verner*, de 1963, a Suprema Corte reconheceu o direito a indenização a pessoa desempregada se a

²³⁹ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 174-175.

²⁴⁰ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 175.

²⁴¹ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 171.

²⁴² Cf. <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=472&invol=703>, acesso em 24/03/2010, às 14h28.

²⁴³ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 189.

razão da recusa em trabalhar no sábado decorre de sua convicção religiosa.²⁴⁴ Ao examinar o recurso de Sherbert, que pleiteava o recebimento de seguro-desemprego, a Suprema Corte considerou que ela estava sendo forçada a escolher entre sacrificar um direito para manter sua fé, ou violar sua consciência religiosa para ter um emprego,²⁴⁵ dilema que contraria a Cláusula do Livre Exercício.²⁴⁶

O caso *Sherbert v. Verner* ganhou relevância por originar o chamado *Sherbert Compelling Interest Test*, ou Teste do Interesse Obrigatório. Por meio deste “teste”, o juiz verifica se a norma geral constitui obstáculo substancial ao livre exercício de crença religiosa individual. Havendo colisão, cumpre ao Estado demonstrar a necessidade da aplicação da lei e que não há nenhum outro modo menos gravoso de alcançar o objetivo pretendido. Não caberia, portanto, ao indivíduo provar a pertinência de sua convicção religiosa, mas ao Estado demonstrar a necessidade da restrição imposta.²⁴⁷

Por meio de três perguntas básicas, verifica-se se a lei que cria a dificuldade ou empecilho ao livre exercício da crença religiosa deve ser aplicada: 1) a lei está a serviço de um interesse público que não pode ser afastado? 2) a lei atende ao fim pretendido? 3) o fim pretendido não pode ser alcançado por outro meio menos gravoso? O *Sherbert Compelling Interest Test* fundamentou diversas outras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos criando um padrão decisório, inclusive em casos em que a crença vinha desvinculada de denominação religiosa, assegurando o livre exercício da religião ao indivíduo isoladamente.²⁴⁸

²⁴⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 190.

²⁴⁵ Conflito que guarda muita proximidade com a problemática apresentada neste estudo.

²⁴⁶ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 177.

²⁴⁷ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 178.

²⁴⁸ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 178.

Em outro caso, que guarda proximidade com a temática apresentada no presente estudo, a uma comunidade religiosa (os *Amish*) foi assegurado o direito de não manter seus filhos na educação formal, pois a partir de certa idade os filhos deveriam ser educados em casa, segundo aquela cultura religiosa, o que contrariava a legislação estadual que impunha frequência obrigatória à escola até os dezesseis anos de idade. A Suprema Corte decidiu que a educação (na verdade sua sistemática formal), interesse do Estado, não poderia prevalecer sobre a consciência religiosa dos *Amish*.²⁴⁹

Soriano aponta que nos Estados Unidos, a partir de 1972, com a emenda ao *Civil Rights Acts* de 1964, o direito à liberdade religiosa ganhou maior eficácia. Houve o estabelecimento de um programa de proteção às minorias religiosas, vedando as discriminações religiosas nas relações de trabalho e exigindo uma acomodação razoável da religião do trabalhador por parte do empregador. Soriano informa ainda que está em discussão proposta de lei de liberdade religiosa no ambiente de trabalho.²⁵⁰

Não se pode, contudo, ignorar o golpe que a liberdade religiosa sofreu naquele país após os eventos de 11 de setembro de 2001. Indivíduos pertencentes a grupos religiosos minoritários, principalmente muçulmanos, passaram a ser considerados suspeitos somente pela fé que professavam, não se fazendo distinção entre fanáticos criminosos e religiosos fiéis.²⁵¹

Em síntese, percebe-se que no ordenamento jurídico estadunidense inexistente lei que verse explicitamente acerca do direito de observar dia de descanso. Todavia, esse direito vem sendo assegurado judicialmente por meio da aplicação do *Sherbert Compelling Interest Test*, que, inclusive, foi ratificado pelo Congresso em 1993 com a

²⁴⁹ FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 179-180.

²⁵⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 190-191.

²⁵¹ Sobre o tratamento dado a minorias religiosas nos E.U.A no período pós 11 de setembro ver DORNELES, Carlos. **Deus é Inocente, a Imprensa Não.** São Paulo: Globo, 2002.

aprovação do *Religious Freedom Restoration Act*, ato reproduzido em diversos estados daquela federação.²⁵²

3.2.1.2 Espanha, França, Alemanha e Itália

Reproduzindo brevemente lição de Machado, Soriano demonstra como Espanha, França, Alemanha e Itália conduzem o reconhecimento ao gozo do dia de descanso, evidenciando que o tema, ainda que mais intimamente ligado ao direito das minorias, tem ganhado destaque e merecido atenção, tanto dos tribunais, quanto das casas legislativas.

Sem fazer menção à existência de legislação que regulamente o direito à observância de dia de descanso, Soriano informa que na Espanha, o Tribunal Constitucional não permitiu a despedida de um empregado adventista do sétimo dia que se recusava a trabalhar no sábado; na França, o Tribunal de Cassação reconheceu o dever do empregador de fazer ajustes a fim de acomodar a liberdade religiosa do trabalhador; já o Tribunal Federal do Trabalho alemão se manifestou no sentido de que deve haver um juízo de razoabilidade ou de ponderação entre o direito à liberdade religiosa do empregado e o direito de iniciativa privada do empregador.²⁵³

A Itália, em 1988, deu grande passo na direção de assegurar a eficácia do direito à liberdade religiosa em favor das minorias. Firmando uma *intesa* ou *intense*²⁵⁴ com a Igreja Adventista do Sétimo Dia, o Estado italiano reconheceu o direito dos fiéis desta agremiação religiosa de observarem seu dia de descanso, o sábado bíblico. A

²⁵² FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação.** in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 183-184.

²⁵³ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.192.

²⁵⁴ Soriano esclarece que *intesa* ou *intense* é o acordo firmado entre um Estado e uma confissão religiosa diferente da Igreja Católica. O acordo entre Estado e Igreja Católica é chamado concordata. Cf. SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.192.

intesa foi posteriormente votada pela Câmara e pelo Senado italiano e promulgada pelo Presidente da República em 22 de novembro de 1988.²⁵⁵

3.2.1.3 Portugal

De Portugal vem o exemplo mais concreto de como o legislador cuidou em resguardar a liberdade religiosa de forma mais objetiva. O respeito ao dia de descanso não foi explicitado na Constituição Lusitana, entretanto, recebeu acolhida na legislação infraconstitucional daquele país. A Lei nº16/2001, Lei da Liberdade Religiosa, versa sobre o tema em seu artigo 14 nos seguintes termos:

Art. 14. Dispensa do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso.

1 – Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam, nas seguintes condições:

- a) Trabalharem em regime de flexibilidade de horário;
- b) Serem membros de igreja ou comunidade religiosa inscrita que enviou no ano anterior ao membro do Governo competente em razão da matéria a indicação dos referidos dias e períodos horários no ano em curso;
- c) Haver compensação integral do respectivo período de trabalho.

2 – Nas condições previstas na alínea “b” do número anterior, são dispensados da frequência das aulas nos dias da semana consagrados ao repouso e culto pelas respectivas confissões religiosas os alunos do ensino público ou privado que as professam, ressalvadas as condições de normal aproveitamento escolar.

3 – Se a data de prestação de provas de avaliação dos alunos coincidir com o dia dedicado ao repouso e ao culto pelas respectivas confissões religiosas, poderão essas provas ser prestadas em segunda chamada, ou em nova chamada, em dia em que não levante a mesma objecção. (sic)²⁵⁶

O legislador português mostrou-se atento às adequações necessárias para que as minorias religiosas possam obter efetivo gozo da liberdade religiosa. A lei portuguesa não só reconheceu o direito de observar dias de descanso, segundo as prescrições religiosas, como revela, inclusive, coragem ao enfrentar o tema, pois se atreveu a regular também as relações privadas.²⁵⁷

²⁵⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.192.

²⁵⁶ PORTUGAL. **Lei de Liberdade Religiosa.** Lei nº 16, de 22 de Junho de 2001. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/LLR.pdf>. Acesso em 24/10/2010, às 15h05.

²⁵⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à Liberdade Religiosa Sob a Perspectiva da Democracia Liberal.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 191-192.

3.2.1.4 Direito Internacional

É importante lembrar ainda que acordos internacionais de direitos humanos têm dispensado atenção ao tema do respeito ao dia de descanso religioso. Como já apresentado neste estudo, a liberdade religiosa foi contemplada na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, que assegura a liberdade de manifestar religião ou crença por meio da prática e do culto.²⁵⁸ Nesse contexto insere-se o direito de observar dia de descanso religioso, vez que configura expressão do culto de determinadas religiões.

Indo além do que foi a Declaração da ONU, outros documentos internacionais buscaram determinar a importância e o alcance da liberdade religiosa. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, confere às pessoas integrantes de uma minoria religiosa o direito de professar e praticar a sua própria religião, pelo culto, prática e cumprimento dos ritos.²⁵⁹

Tratando especificamente acerca da liberdade religiosa, editou a ONU, em 1981, a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença. Do teor do documento extrai-se textualmente:

Art. 6º. Em conformidade com o artigo 1º da presente Declaração (...) o direito à liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença incluirá as seguintes liberdades:

[...]

h) A de observar dias de descanso e comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou crença.²⁶⁰

O Documento da ONU busca assegurar a eficaz proteção à liberdade religiosa, abordando questões práticas, como é o caso do respeito aos dias de descanso.²⁶¹

²⁵⁸ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acesso em 29/11/09, às 22h13.

²⁵⁹ ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis**. 1966. Disponível em espanhol em http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp?year=1969, acesso em 29/11/09, às 12h26. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

²⁶⁰ ONU. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença**. Resolução nº 36/55. Disponível em <http://irla.org/index.php?id=298>, acesso em 29/11/09 às 11h25.

Importante relembrar também a Convenção Americana de Direitos Humanos, editada pela Organização dos Estados Americanos, na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969. Ainda que não se refira especificamente sobre dia de descanso, este documento assegura a liberdade de manifestar religião ou crença e apresenta parâmetros razoáveis para a imposição de limites à liberdade religiosa.²⁶²

Esses documentos internacionais elencados, dos quais o Brasil é signatário, são parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro por expressa previsão da Constituição Federal, que em seu art. 5º, § 2º prevê a existência de direitos fundamentais também nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sendo tais acordos aprovados nos termos do § 3º, do mesmo artigo 5º, entram no ordenamento pátrio com força de emenda constitucional.²⁶³

Seja em face do que dispõe a Constituição Federal, ou dos Acordos Internacionais dos quais o Brasil é parte, ou ainda seguindo o exemplo dado por outras nações, o respeito ao dia de descanso encontra fundamentação jurídica suficiente para sua devida aplicabilidade. Todavia, como visto, a ausência de norma infraconstitucional tem sido levantada como razão para o impedimento do pleno gozo da liberdade de observar dia de descanso.²⁶⁴

Diante disto, visando muito mais dar incontestemente eficácia ao que já dispõe a Constituição Federal do que demonstrar a existência material do direito em questão, o que corrigiria, inclusive, equivocadas interpretações jurisdicionais dadas ao tema, este estudo lança-se agora à tarefa de apresentar a solução ao problema já evidenciado.²⁶⁵

²⁶¹ SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 54.

²⁶² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007p. 367. e SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 109.

²⁶³ Sobre a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente sobre aqueles que versam sobre direitos e garantias fundamentais, ver REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101-103.

²⁶⁴ Cf. BRASIL. MEC. CEB. *Parecer nº 15/99, aprovado em 04/10/99*. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 131.

²⁶⁵ Deixando claro, outra vez, que o tema poderia ser enfrentado tomando por base o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, conforme proposta de Ingo Wolfgang Sarlet, procurando demonstrar que o

3.3 DO DIA DE DESCANSO COMO FUNDAMENTO PARA A CONCESSÃO DO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE AUSÊNCIAS E OUTRAS ALTERNATIVAS

Tendo em vista a previsão constitucional que confere à liberdade religiosa *status* de direito fundamental;²⁶⁶ que a educação, de igual modo, é reconhecida no atual sistema jurídico pátrio como direito humano fundamental;²⁶⁷ que ninguém poderá ser privado de direitos em razão de crença religiosa;²⁶⁸ que a legislação educacional exige frequência escolar mínima de 75% para fins de aprovação;²⁶⁹ que o sistema educacional brasileiro ignora a existência de grupos religiosos que, segundo suas crenças, devem respeitar dias sagrados de descanso religioso;²⁷⁰ premente se mostra a necessidade de alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação a fim de que seja reconhecido o direito de alunos de se ausentarem das aulas em dia considerado sagrado por sua fé, sendo tais faltas compensadas por meio de regime alternativo de cumprimento das atividades escolares e acadêmicas, e do mesmo modo, seja oferecida alternativa para prestação de provas e exames de acesso ao ensino superior que sejam marcados para data que coincida com o período de descanso religioso.

3.3.1 Da Legitimidade Ativa e do Processo Legislativo Próprio

Com finalidade semelhante à proposta do presente estudo, já foram editadas leis estaduais que visavam garantir o respeito ao dia de descanso de minorias religiosas. Basicamente, essas leis versavam sobre realização de concursos públicos e vestibulares em dia de descanso, apresentando a alternativa da incomunicabilidade do

direito à liberdade religiosa tem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CF/88. A este respeito ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, VI.

²⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 6º.

²⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, VIII.

²⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Artigo 24, VI**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 08/04/2010, às 15h08.

²⁷⁰ Cf. BRASIL. MEC. CEB. *Parecer nº 15/99, aprovado em 04/10/99*. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira**. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 131.

candidato, compensação de faltas e justificativa de ausência a provas.²⁷¹ Alvos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, algumas dessas normas já foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. Sem chegar a perscrutar o mérito da matéria, o STF se via forçado a declarar a inconstitucionalidade formal das normas estaduais por ferirem a legitimidade ativa; sendo verdade, todavia, que a Corte Máxima brasileira, nos casos a ela levados, não se lançou ao debate acerca da garantia constitucional da liberdade religiosa, atrevendo-se no máximo a evocar o caráter laico do Estado, sem, no entanto, enfrentar o tema com o afincamento necessário.²⁷²

Como exemplo, em julgamento datado de 2003, o Supremo examinou a ADI nº 2.806-5, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul contra a Lei Estadual nº 11.830/2002, que estabelecia horário diferenciado para a realização de provas de concursos públicos por motivo de crença religiosa. O STF julgou a lei formalmente inconstitucional por vício de iniciativa, já que invadia competência do Chefe do Executivo ao dispor sobre o Regime Jurídico dos Servidores.²⁷³

Ante o exemplo das frustradas e contestadas iniciativas anteriores de se buscar garantir o pleno gozo da liberdade religiosa, é importante que toda iniciativa legislativa siga os ditames do rito processualístico cabível, para que nenhuma mácula formalística corrompa a aplicação do direito material. Dessa forma, a alteração legislativa que ora se propõe deve ser iniciada por quem a Constituição Federal confere legitimidade.

Dito a grosso modo, a Constituição Federal estabelece um quadro onde as competências legislativas são repartidas entre os entes da Federação, cabendo à União a competência para estabelecer normas de caráter geral e aos estados-membros restaria cuidar das minúcias, normas específicas de caráter suplementar.²⁷⁴ Por isso é

²⁷¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 104.

²⁷² FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. **Religião na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: uma comparação**. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 194-195.

²⁷³ BRASIL. STF. ADI 2.806-5/RS.

²⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 282.

que não se confundem as funções legislativas da União e dos estados quando o artigo 24, IX da Constituição diz que esses entes legislarão de forma concorrente em matéria de educação.²⁷⁵ Tal assertiva se confirma ante a disposição do artigo 22, XXIV, da CF/88, que diz competir à União legislar privativamente sobre diretrizes e bases da educação.²⁷⁶ Assim, a lei aqui proposta com a finalidade de alterar a LDB teria que forçosamente ser editada no âmbito da União, teria de ser uma lei federal.

Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo.²⁷⁷ O artigo 61 da Constituição Federal prevê que terão legitimidade para a iniciativa de leis os membros do Congresso Nacional (parlamentares), o Chefe do Poder Executivo, o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores, o Ministério Público (via Procurador-Geral da República) e os cidadãos.²⁷⁸ As constituições estaduais acabam por reproduzir esse quadro, adequando-o às suas peculiaridades.

Nos exemplos de legislações estaduais que tentaram estabelecer o respeito ao dia de guarda, um dos principais motivos para a declaração da inconstitucionalidade foi a não observância da legitimidade ativa. Por constituírem proposta mais ampla do que a apresentada neste estudo, aquelas normas, normalmente de iniciativa de membro do Legislativo estadual, acabavam por usurpar em algum ponto prerrogativas privativas do Chefe do Executivo. O processo legislativo estadual, nesses casos, não reproduziu o modelo constitucional obrigatório previsto no art. 61, § 1º, que estabelece ser de iniciativa privativa do Presidente da República leis que:

- I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
- II - disponham sobre:
 - a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
 - b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
 - c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

²⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 24, IX.

²⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 22, XXIV.

²⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 582.

²⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 582.

- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.²⁷⁹

Ocorre que a proposta de *lege ferenda* que ora se apresenta não parece ferir competência que seja exclusiva do Presidente da República, pois não se enquadra em nenhum dos incisos do § 1º do artigo 61, da CF/88. Assim, excluídos o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Ministério Público, por possuírem competência legislativa muito específica e delimitada,²⁸⁰ poderiam propor lei com o objetivo de promover alterações na LDB o Presidente da República, os membros do Congresso Nacional e os cidadãos.²⁸¹

O artigo 59 da Constituição Federal elenca as espécies normativas que encontram lugar no ordenamento jurídico pátrio. Não há maiores dificuldades em determinar qual seria a espécie normativa apta a promover alteração na LDB, até por um processo de exclusão. A matéria não visa alterar dispositivo constitucional, o que justificaria a edição de uma emenda à Constituição; não recebe previsão específica da Constituição Federal para ser tratada por lei complementar; não tem caráter de urgência e relevância para ser regulada via medida provisória; não haveria necessidade para a extraordinariedade da atividade legislativa via lei delegada, apesar da possibilidade; e não teria força normativa suficiente se editada como decreto legislativo ou resolução. Desse modo, a LDB seria modificada via lei ordinária.²⁸²

²⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 61, § 1º.

²⁸⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 582-583, 586-588.

²⁸¹ Sobre a iniciativa popular de leis importa saber que, nos termos do artigo 14, III c/c artigo 61, § 2º, ambos da CF/88, ela se dará pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

²⁸² Sobre as espécies normativas e suas características ver MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 597-634.

Assim que, em linhas gerais, mediante processo que iniciaria na Câmara dos Deputados, se proposto pelo Presidente da República ou por iniciativa popular,²⁸³ e no Senado, se iniciativa de um membro ou comissão daquela Casa, a lei ordinária deveria ser aprovada por maioria simples em cada Câmara do Congresso Nacional, nos termos do artigo 47 da CF/88, para então ser levada à promulgação pelo Presidente da República. Havendo ainda a possibilidade do projeto de lei não ir a votação em plenário, se o regimento interno de cada Casa do Congresso assim dispensar, ficando a discussão restrita a análise e votação nas Comissões de Educação e Constituição e Justiça.²⁸⁴

3.3.2 Dos Titulares da Norma

A liberdade religiosa, assim como qualquer outro direito fundamental, é garantia levantada em defesa do indivíduo.²⁸⁵ Sarlet relembra ter a Constituição Federal de 1988 atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*), evidenciando o princípio da universalidade dos direitos fundamentais.²⁸⁶ Portanto, ainda que um crente possa unir-se a outros que professem a mesma fé para o exercício de um dos aspectos da liberdade religiosa, a liberdade de culto, o direito continuará sendo prerrogativa individual, mesmo sendo a religião dimensão social da vida humana. Dessa forma, qualquer pessoa, em princípio, pode pleitear o reconhecimento de seu direito de observar dia de descanso.

Em posição que confirma as conclusões deste estudo, Sarlet leciona que:

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua

²⁸³ Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 64 e 61, § 2º.

²⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 589-591.

²⁸⁵ Apesar de haver posição doutrinária que entenda haver direitos fundamentais de titularidade coletiva, os direitos sociais principalmente. Sarlet refuta essa posição afirmando que os direitos sociais são assim classificados não em função da titularidade, mas porque são direitos a prestações sociais do Estado na consecução da justiça social. A este respeito ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre, 2009. p. 214-218.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre, 2009. p. 209-210.

vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade (...).²⁸⁷

Por evidente, ao falar em igualdade, Sarlet pretende realçar seu aspecto material, nos moldes que serão analisados na parte final desse trabalho. Assim, mostra-se razoável o reconhecimento do fenômeno religioso relativo aos dias de descanso, e o indivíduo que pugne pelo exercício deste aspecto da liberdade religiosa deverá ser contemplado pela previsão legislativa que ora se propõe.

Questão prática que se levanta é saber se aquela crença é legítima ou decorre, por exemplo, do desejo de se ver contemplado por algo que pode ser considerado benefício. Em outras palavras, poderia algum indivíduo inventar crença em dia de descanso a fim de se livrar de algum dever acadêmico? Como evitar possíveis abusos do direito?

No exemplo português (item 3.2.1.3), a Lei da Liberdade Religiosa exigiu para a concessão do previsto na norma ser o indivíduo membro de igreja que previamente tenha indicado seus períodos considerados sagrados, conforme se depreende da alínea “b” do citado artigo 14.²⁸⁸ Tal previsão, ainda que justificável sob o ponto de vista pragmático da melhor aplicabilidade da norma, feriria, segundo a melhor interpretação da Constituição Brasileira, a prerrogativa individual, pois, a princípio, a crença é particular, inerente à personalidade de cada cidadão, e não deveria haver a exigência de filiação a alguma agremiação religiosa formal para o seu exercício e o exercício dos direitos que daí decorram. Não se pode negar, todavia, que ao menos uma comunicação prévia do aluno à instituição de ensino se mostra medida mínima necessária, a fim de facilitar a programação pela instituição das medidas alternativas.

É certo, porém, que deve haver atenção a possíveis desvirtuamentos da norma proposta. No enfrentamento da acomodação do direito de observar dia de

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre, 2009. p. 210.

²⁸⁸ *in verbis*: Art. 14. Dispensa do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso. 1 – (...) nas seguintes condições: b) Serem membros de igreja ou comunidade religiosa inscrita que enviou no ano anterior ao membro do Governo competente em razão da matéria a indicação dos referidos dias e períodos horários no ano em curso; (...). cf. PORTUGAL. **Lei nº 16, de 22 de Junho de 2001, Lei de Liberdade Religiosa**. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/LLR.pdf>. Acesso em 15/04/2010, às 13h19.

descanso frente a outros direitos fundamentais espera-se encontrar os parâmetros suficientes para que os fins pretendidos não sejam subvertidos e ocorra abuso de direito, até para não ser necessário o recurso utilizado pela norma lusitana.

3.3.3 Do Conteúdo da Norma

Pelo exposto neste estudo, os contornos da proposta legislativa apresentada já podem ser mais ou menos visualizados. Servem como parâmetro as normas internacionais que versam sobre o tema, principalmente a Lei nº16/2001, Lei da Liberdade Religiosa, de Portugal, e o Decreto-Lei 1.044/69 que traz o teor do regime de compensação de ausências. São três os pontos cruciais que a norma educacional deverá abordar: compensação de faltas, horário alternativo para realização de provas e horário alternativo para realização de exames de acesso ao ensino superior.

3.3.3.1 Do Regime de Compensação de Ausências

Uma primeira implicação da questão do dia de descanso é a ausência a aulas no dia considerado sagrado. A solução possível proposta neste estudo é o *regime de compensação de ausências*, em termos semelhantes aos previstos no Decreto-Lei nº 1.044/69. O regime de compensação de ausências é aquele em que alunos portadores de doenças graves e gestantes são dispensados da frequência mínima obrigatória, sendo seu aproveitamento escolar mensurado por meio de trabalhos domiciliares e provas.²⁸⁹

Considerar o direito de observar dia de descanso como razão para a concessão do regime de compensação de ausências é medida salutar e condizente com as garantias constitucionais. O estudante ficaria dispensado tão somente de freqüentar a disciplina cujas aulas ocorram exclusivamente no dia de descanso e, uma vez que não teria a possibilidade de qualquer contato com a matéria, receberia acompanhamento da instituição de ensino para a realização de trabalhos referentes

²⁸⁹ Cf. BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm c/c BRASIL. **Lei nº 6.202 de 17 de abril de 1975**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm Acesso em 12/04/2010, às 15h03.

àquela disciplina e realizaria as provas em momento que não contrariasse suas convicções religiosas.

Sendo a disciplina ministrada em mais de um dia da semana, o prejuízo ao direito à liberdade religiosa e à educação do estudante é minimizado com o regime parcial de compensação das faltas. O aluno deverá compensar apenas sua ausência nas aulas que aconteçam no dia de descanso, já que poderá, nos outros dias de aula, ter pleno contato com a matéria. Essa compensação, portanto, seria parcial, apenas quanto aos dias em que as aulas recaiam no período sagrado. Dessa forma, a legislação deverá garantir que o aluno tenha essas faltas compensadas por meio de outras atividades, o que não o isentará de freqüentar os outros dias de aula e realizar provas e trabalhos a fim de atestar o aprendizado.

Frise-se ainda que as atividades aplicadas pela instituição de ensino com a finalidade de compensar as ausências devem ser proporcionais à matéria e aos dias de aula perdidos pelo aluno. O que, na prática, será aferido com a simples observação do horário escolar ou acadêmico e da ementa da disciplina, e a verificação se o dia ou dias da aula correspondem aquele que o aluno indicou como o dia de descanso de sua fé.

3.3.3.2 Do Horário Alternativo para Realização de Provas

Em outra frente, solução de simplicidade prática é o oferecimento de opção de horários para a realização de provas que sejam marcadas para o dia de descanso. As chamadas provas de segunda chamada são comuns no sistema educacional brasileiro e partem da premissa de que outros eventos e circunstâncias podem impedir a presença do aluno na data e horário marcado para a prova. No contexto da liberdade religiosa, o impedimento é facilmente previsível e também contornável com o oferecimento de datas e horários alternativos para a realização da prova.

Importante destacar, porém, que no caso de instituições privadas, o aluno não deve ser penalizado com algum tipo de encargo financeiro, sob o argumento de que deve ele arcar com os custos da prova, pois isso configuraria também restrição ao pleno gozo da liberdade religiosa e do direito à educação, já que a ausência na primeira

data/horário se deu pelo exercício regular de um direito, legal e constitucionalmente previsto.

3.3.3.3 Do Horário Alternativo para Realização de Exames de Acesso ao Ensino Superior

De modo semelhante ao das provas escolares, a oferta de alternativa de horário para a realização das avaliações para ingresso no ensino superior é medida que a legislação ora proposta deve prever.²⁹⁰ Em se tratando de instituições privadas, o problema é minimizado, pois o atual quadro da educação superior oferece relativa quantidade de vagas e, mesmo por isso, as instituições já oferecem diversas alternativas para a realização do exame vestibular, até mesmo com agendamento prévio.²⁹¹ Tal quadro fático, entretanto, não isenta as instituições privadas da aplicação da norma, caso necessário. É no vestibular das instituições públicas, alvo da maior procura, e nas provas do ENEM, que o problema se agiganta e a liberdade religiosa, muitas vezes, tem sido relegada a plano inferior.

Instituto que visa estabelecer igualdade entre os candidatos a fim de que o acesso ao ensino superior se dê em condições mais ou menos isonômicas, o vestibular das instituições públicas apresenta uma maior complexidade para que se promova uma adequada acomodação dos princípios constitucionais ora enfrentados frente a outros de igual forma relevantes. A questão da acomodação da liberdade religiosa frente a outros valores constitucionais, incluindo o princípio da igualdade, será enfrentada adiante (item 3.4.4.3). Por ora cumpre dizer que a LDB deverá ser alterada também para garantir alternativa de horário para realização das provas por estudantes que levantem objeção de consciência religiosa aos dias e horários marcados.

O MEC já vem demonstrando maior flexibilidade e tentado acomodar a liberdade religiosa dos estudantes. Em 2009, buscando atender esses estudantes, o MEC anuiu com o direito de observar dia de descanso e permitiu a realização da prova

²⁹⁰ Atualmente, o acesso à educação superior se dá por meio do exame vestibular e do aproveitamento das notas no ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio. Cf. SOARES, Maria Susana Arrosa. **O Acesso à Educação Superior e sua Cobertura Demográfica.** in SOARES, Maria Susana Arrosa (org.). **Educação Superior no Brasil.** Brasília: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, 2002. p.107-111.

²⁹¹ DINIZ, Janguê. **Educação Superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 33-34.

do ENEM em horário alternativo, permanecendo tais alunos, até o horário propício, em regime de incomunicabilidade, a fim de não ser comprometida a lisura do certame.²⁹²

A jurisprudência divide-se acerca da razoabilidade da aplicação da incomunicabilidade do candidato durante realização de vestibulares. Letícia Martel, em sua relevante pesquisa sobre o tema,²⁹³ noticia que em parte dos julgados a concessão da incomunicabilidade foi vista como privilégio injustificado ao vestibulando e atentaria contra o caráter laico do Estado.²⁹⁴ Já em outra decisão, entendeu-se que o Estado deve tomar atitudes para concretizar direitos como liberdade de culto, objeção de consciência, igualdade material, etc. assim, a incomunicabilidade dos candidatos se mostrava adequada e proporcional.²⁹⁵

Este estudo defende a incomunicabilidade como solução razoável, ainda que não ideal, pelos argumentos da acomodação dos direitos fundamentais frente a outros valores, que serão focados na parte final do trabalho. O horário alternativo para realização de vestibulares, associado à incomunicabilidade, representa exato modelo de prestação alternativa nos moldes previstos pela Constituição Federal.²⁹⁶

Na prática, a incomunicabilidade consiste na presença do aluno no horário geral marcado para a prova, sua separação dos demais e confinamento em salas especiais onde não tenha qualquer possibilidade de contato com a prova, e, após o decurso do período considerado sagrado, a permissão para fazer a mesma prova que os outros candidatos fizeram. Esses alunos terminam por ficar concentrados em função da prova por um período bem maior que os demais. Cumpre destacar, portanto, que aquilo que à primeira vista parece ser um privilégio, consiste em ônus. Ônus, entretanto, que os alunos sujeitam-se a suportar em razão da escolha religiosa feita.

²⁹² Cf. <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,sabaticos-poderao-fazer-o-enem-depois-do-por-do-sol,400946,0.shtm> Acesso em 12/04/10, às 14h14.

²⁹³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”**: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 112-113.

²⁹⁴ BRASIL. TRF1. REO 90.01.01978-1/GO. Rel. Juiz Hércules Quasímodo. Segunda Turma. 06/11/1990. Este é o julgado mais antigo acerca do dia de guarda.

²⁹⁵ BRASIL. TRF1. Agl 2001.01.00.050436-4/PI. Rel. Des. Jirair Aram Meguerian. 21/08/2002.

²⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 5º, VIII.

A incomunicabilidade, todavia, não contempla a todos os estudantes. Os judeus, especialmente os ortodoxos, encontram grande dificuldade de conciliar seus deveres religiosos com as atividades seculares, já que o modo de observarem o período de descanso religioso se mostra mais rigoroso que o de outras religiões.²⁹⁷ Da análise dos limites da liberdade religiosa frente a melhor acomodação dos direitos fundamentais sobressai os parâmetros que delimitam a solução para o problema. De pronto, todavia, é preciso partir da premissa de que o direito a observar dia de descanso por tais alunos deve ser respeitado e uma alternativa deve ser oferecida.²⁹⁸ Por não encontrar, ou não estar disposto a conceder, alternativa que atenda o direito desses alunos, o Estado não pode quedar-se inerte e ferir com isso, ainda que de forma oblíqua, direitos fundamentais como os envolvidos na discussão.

3.4 DA ACOMODAÇÃO DO DIA DE DESCANSO FRENTE AOS LIMITES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTROS VALORES CONSTITUCIONAIS

Como preconiza o professor e Ministro do STF Gilmar Mendes, o exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, revelando-se imprescindível a definição do âmbito ou núcleo de proteção do direito fundamental que se quer proteger e, se for o caso, a fixação precisa de suas restrições ou limitações.²⁹⁹ É desses limites ou restrições a direitos fundamentais e a devida adequação da liberdade religiosa e da observância de dia de descanso, e possíveis colisões do direito ora defendido com outros valores constitucionais relevantes, que este estudo passa a cuidar.

Conforme dito anteriormente (item 1.4.2), inevitável o confronto entre o exercício da liberdade religiosa na dimensão do respeito ao dia de descanso com

²⁹⁷ Cf. <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,sabaticos-poderao-fazer-o-enem-depois-do-por-do-sol,400946,0.shtm> Acesso em 12/04/10, às 14h14.

²⁹⁸ Dentre outros argumentos, aqui reside uma das razões pelas quais este estudo conclui não ser a incomunicabilidade a melhor solução. Talvez seja a primeira alternativa possível, principalmente tendo ciência de que no quadro atual não existe nenhuma outra que respeite a liberdade religiosa no contexto apresentado; todavia, ainda não representa a plenitude do respeito que a liberdade religiosa merece.

²⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210-211.

outros valores e a verificação de possíveis restrições constitucionalmente adequadas. A finalidade da volta ao tema dos limites à liberdade religiosa é demonstrar que, segundo uma proposta hermenêutica específica dos direitos fundamentais,³⁰⁰ a norma aqui propugnada mostra-se adequada frente um juízo de ponderação realizado segundo uma interpretação constitucional calcada na proporcionalidade e na razoabilidade.³⁰¹

3.4.1 Dos Limites e Restrições a Direitos Fundamentais

A primeira tarefa no exercício de interpretar norma consagradora de direito fundamental é determinar quais são os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção, ou seja, delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental.³⁰² A definição do âmbito de proteção de determinado direito exige uma interpretação sistemática, que considere outros direitos e disposições constitucionais; de modo que, muitas vezes, a definição do âmbito de proteção, a definição daquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem proteger de modo especial, somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.³⁰³ Sendo certo ainda que todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse chamado âmbito de proteção, o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais somente são passíveis de aferição diante da compreensão das limitações e restrições a que estão sujeitos. Desse modo, estudar os direitos fundamentais é estudar suas limitações.³⁰⁴

Compreender perfeitamente as restrições ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais exige a adoção, ou pelos menos a ciência, de uma teoria dos limites aos direitos fundamentais, entre as quais se destacam a teoria externa e a teoria interna.³⁰⁵

³⁰⁰ Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 229-232.

³⁰¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 247.

³⁰² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 124.

³⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 211-212.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 386.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 388.

Sem pretender o aprofundamento na análise sobre qual das teorias melhor explica o problema das restrições a direitos fundamentais, cumpre fazer a devida distinção básica entre elas.

A *teoria interna* define o direito fundamental em si e seu eventual limite como algo uno; haveria um conteúdo do direito fundamental, que, por estabelecer o raio de alcance do direito, já determinaria concomitantemente seus limites.³⁰⁶ Explicando a teoria interna, Sarlet esclarece que o direito “já nasceria” com seus limites, que na verdade seriam aferidos no confronto com outros bens e valores constitucionais; seriam, por assim dizer, limites imanentes. Portanto, a característica determinante da compreensão dos limites a direitos fundamentais, segundo a teoria interna, é não haver separação entre o direito e seus limites,³⁰⁷ ganhando relevo o conceito de limites imanentes.³⁰⁸

A *teoria externa*, por sua vez, explica que haveria, *ab initio*, um direito propriamente dito, *prima facie* ilimitado, mas que se tornaria limitado pelo advento das restrições impostas pela própria Constituição ou por esta autorizadas.³⁰⁹ Sarlet esclarece que a teoria externa divide seu objeto em dois: haveria, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, suas restrições; e reafirma: existiria inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado.³¹⁰

³⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 224.

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 388-389.

³⁰⁸ Reproduzindo lição de Vieira de Andrade, Freitas afirma que os limites imanentes pressupõem interpretação das normas fundamentais que permita, desde logo, a limitação do âmbito de proteção da norma, dele excluindo aquelas hipóteses fáticas incompatíveis ainda que não expressamente ressalvadas na definição textual do direito. Cf. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87.

³⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 224.

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 389.

Determinar a prevalência de uma teoria sobre outra é tarefa da qual não cuida este estudo. Não obstante, visando a praticidade da abordagem para os fins que aqui se pretende, sem enfrentar as questões jusfilosóficas envolvidas, os direitos fundamentais serão considerados princípios, visão que mais se coaduna com a teoria externa,³¹¹ e se alinha à doutrina do Alemão Robert Alexy, para quem as normas instituidoras de direitos fundamentais são essencialmente princípios e as possíveis restrições são resultado da ponderação efetivada pelo legislador constitucional; assim, há diferença entre o direito fundamental *prima facie* e o direito fundamental definitivo, que é aquele resultante da ponderação.³¹²

Complementa essa opção teórica o fato de que, segundo uma adequada hermenêutica dos direitos fundamentais, o conteúdo exato da norma constitucional só ganha contornos definidos no caso concreto.³¹³ De modo que se mostra mais objetiva para os fins propostos neste estudo a tentativa de classificação dos tipos de restrições dos direitos fundamentais, sem contudo ignorar a importância da compreensão dos chamados limites imanentes, conforme propõe a teoria interna.

3.4.1.1 Dos Tipos de Restrições a Direitos Fundamentais

Segundo Christine Peter da Silva, dentre as diversas propostas de classificação de restrições aos direitos fundamentais, a de Canotilho sintetiza a doutrina dominante. Haveria três tipos de restrições: restrições constitucionais imediatas (estabelecidas diretamente pelas normas constitucionais); restrições estabelecidas por lei (admitidas de forma expressa pelas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais - reserva da lei restritiva); e os limites imanentes ou limites

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 226.

³¹² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 168-172.

³¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 240.

constitucionais não-escritos (decorrentes da interpretação sistemática da Constituição buscando a salvaguarda de outros direitos e bens).³¹⁴

O Professor Gilmar Mendes adota a classificação de Canotilho com alguma variação terminológica: haveria limitação por expressa disposição constitucional (restrição imediata), mediante lei ordinária fundamentada na própria Constituição (restrição mediata) e ainda a possibilidade de restrição mesmo sem expressa previsão constitucional.³¹⁵

Sarlet não se afasta desta compreensão, para ele os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição, ou ainda, segundo uma terceira alternativa, a restrição seria advinda de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Em todo caso, como se vê, toda restrição de direito fundamental exige sempre um fundamento constitucional.³¹⁶

De fácil compreensão é a classificação das *restrições constitucionais imediatas*, ou *restrições diretamente constitucionais*, que são aquelas previstas diretamente pela Constituição, ou seja, o próprio texto constitucional impõe, na própria definição da garantia, ou em disposição autônoma, um limite expresso ao exercício do direito individual assegurado.³¹⁷ Christine Peter³¹⁸ destaca como pertencentes a essa categoria as disposições dos incisos XII, XV e XVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando asseguram que o sigilo das correspondências poderá ser violado por ordem judicial para fins de instrução criminal, por exemplo, ou a livre locomoção no

³¹⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 128.

³¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 227-241.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391-392.

³¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 223.

³¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 130-131.

território nacional só é assegurada em tempo de paz, ou, ainda, que a liberdade de associação só é garantida se o fim for lícito.

Sob outro viés, não se pode olvidar que durante o regime excepcional do estado de defesa ou do estado de sítio algumas restrições são previstas expressamente pelo texto constitucional; assim, por exemplo, o direito de reunião ou a liberdade de comunicação poderão sofrer maior restrição nesses períodos.³¹⁹ O que importa concluir é que, quanto às restrições constitucionalmente imediatas, o texto constitucional assegura a proteção a determinados bens jurídicos, mas também apresenta situação fática onde tal proteção é mitigada.

Há direitos fundamentais que são limitados por norma infraconstitucional, são as chamadas *restrições legais, reserva de lei restritiva* ou *restrições imediatas*. São aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldado em expressa autorização constitucional.³²⁰ Essas *restrições indiretamente constitucionais* decorrem da previsão constitucional de que certos direitos poderão ser restringidos por norma infraconstitucional.

As *restrições legais podem ser simples*, quando a norma constitucional não determina qualquer condição para a limitação, utilizando-se de expressões tais como “o direito será exercido na forma da lei” ou “nos termos da lei”; ou podem ser *restrições legais qualificadas*, que são aquelas que trazem condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados, como, por exemplo, no caso da liberdade do exercício de profissão, que deverá atender as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Art. 5º, inc. XIII), ou da restrição da publicidade dos atos processuais a fim de defender a intimidade das partes ou o interesse social (art. 5º, inc. LX).³²¹ Na restrição legal, portanto, o legislador ordinário restringe a eficácia da norma fundamental por que para isso a Constituição o autoriza.

³¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 228.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 228.

³²¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 131-132.

Por fim, há *direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal*, ou seja, nesses casos não cuidou o Constituinte em determinar algum tipo de limite ao direito fundamental no texto constitucional e nem fez previsão de que o legislador ordinário pudesse estabelecer tal restrição. Todavia, por evidente, também quanto a esses direitos há a possibilidade de conflitos com outros valores constitucionais ou mesmo o perigo do abuso de direito.³²²

Como bem destaca Sarlet, não é possível ao Constituinte, tampouco ao legislador ordinário, prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais.³²³ A possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, portanto, legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito fundamental não submetido a uma reserva legal expressa.³²⁴

A solução constitucionalmente viável nesses casos de restrição não expressa será analisada em tópico *infra* (item 3.4.3) acerca da colisão e da concorrência de direitos fundamentais. De antemão, vislumbra-se a proximidade que a solução guardará com o conceito de limites imanentes, conforme apresentado na teoria interna dos limites aos direitos fundamentais, de forma que opta-se por apresentar os limites imanentes que a teoria interna elenca, sem que com isso se esteja negando as outras teorias interpretativas, mas muito mais como tentativa de condensar os diversos entendimentos que colaboram com a proposta deste estudo.

3.4.1.2 Dos Limites Imanentes a Direitos Fundamentais Segundo a Teoria Interna

Segundo a teoria interna, nem todos os modos de exercício, nem todas as formas pensáveis do direito estão abrangidas na previsão normativa, tendo os limites imanentes papel de tornar evidentes quais situações fáticas não se englobam na

³²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 240.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 393.

³²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 240.

definição textual do direito.³²⁵ Esses limites não são expressamente previstos no texto constitucional, mas são aceitos pela doutrina para justificar o estabelecimento de restrições a alguns direitos,³²⁶ já que são expressões de valores constitucionais que não podem ser anulados.

Um primeiro limite seria a *cláusula de comunidade*, que tem por sentido ser essencial que o direito fundamental seja garantido por uma comunidade estatal, e este direito só poderá ser invocado se não oferecer risco ao interesse e à existência dessa comunidade. A crítica a esse princípio reside na possibilidade de fragilização dos direitos fundamentais, já que todo suposto bem comunitário teria prevalência sobre direitos individuais, o que abriria espaço ao arbítrio e ao abuso, já que o poder público teria forte instrumento de subversão da liberdade do indivíduo.³²⁷

Outro limite imanente aos direitos fundamentais são os *direitos titulados por outros sujeitos*. Sua essência está contida na máxima de que o reconhecimento recíproco por todos e por cada um do direito à igual liberdade de todos e de cada um impõe limitações à liberdade de cada um e de todos. Este princípio ganha praticidade ao ser associado ao princípio da igualdade, já que sendo este de observância obrigatória pelo Poder Público, os direitos dos outros adquirem *status* de limites imanentes gerais. Os direitos tutelados por outros sujeitos representam um limite de *não-perturbação* ou uma essencial reciprocidade nas relações sociais, cabendo ao Estado a função de prevenir atuações suas, e de particulares, lesivas a direitos de terceiros. Trazendo a lume doutrina de Novais, Freitas esclarece que na verdade as soluções obtidas seriam muito mais fruto do inasfastável juízo de ponderação exigido pela interpretação das questões constitucionais do que propriamente invocação abstrata da teoria da limitação por força dos direitos dos outros.³²⁸

³²⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 83-88.

³²⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 132.

³²⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88-89.

³²⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89-93.

A teoria interna dos limites a direitos fundamentais apresenta ainda como limite imanente as *leis gerais*, que seriam aquelas não especificamente dirigidas contra um direito fundamental, mas que se constituem em proibições que, sem ter por objeto específico a alteração da norma jusfundamental, produzem, entretanto, efeitos restritivos da liberdade. É certo, todavia, que mesmo nesses casos, a lei geral não tem o condão de anular a previsão constitucional, sob o risco de a norma infraconstitucional subverter a supremacia da norma constitucional. Como princípio adequador deste limite imanente está a contra-teoria do *efeito recíproco*, que significa que as leis gerais restritivas devem ser interpretadas a partir do significado que o direito fundamental afetado alcança no Estado democrático, razão pela qual o próprio efeito da lei geral sofre limitação do direito fundamental que limita, eis a reciprocidade. Mais uma vez, no entanto, caberá à ponderação trazer o sentido mais condizente com o sistema constitucional.³²⁹

A *ordem pública*, segundo a síntese que Freitas faz do pensamento de juristas do peso de Hely Lopes Meireles e Jorge Miranda, seria a situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura às instituições e a toda a sociedade. É o conjunto de condições necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos. Na condição de limite imanente, a ordem pública é invocada sempre que o exercício de um direito fundamental individual colocar em risco um chamado interesse público.³³⁰

Entretanto, o conceito de supremacia do interesse público deve ser visto com ressalvas, principalmente por que deve ser entendido como mecanismo que visa assegurar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, deve assegurar que o exercício do direito fundamental por um indivíduo não represente perturbação aos direitos fundamentais de outros. De outro modo, dar a esse suposto interesse público supremacia absoluta representará desafio à supremacia da constituição. Dessa forma, a limitação imposta pelo Estado em nome da ordem pública tem a finalidade única de

³²⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93-100.

³³⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100-118.

garantir a coexistência pacífica, ordeira e viável de diversas liberdades, não podendo representar absoluta e inquestionável subordinação do individual ao social, mesmo porque sobre a ordem pública atua o mesmo princípio do efeito recíproco estudado a pouco, que afasta o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, dando lugar à ponderação.³³¹

Outro limite imanente ao exercício de direitos fundamentais é o *abuso de direito*, que traz a idéia de má intenção do sujeito em prejudicar outrem ou, ao menos, no sentido de não pretender com o exercício do direito algum interesse sério, ou seja, não visa ao cumprimento da intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado; fica subentendido no bojo da proibição do abuso de direito o princípio da boa-fé. Assim, por aplicação desse limite imanente, vedam-se determinadas formas de exercício do direito fundamental que possam se colocar a serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico daquele direito. O abuso de direito representa, segundo expressão de Menezes Cordeiro, a idéia de desfuncionalidade jurídica.³³²

Freitas traz exemplo de abuso de direito que mais adequado não poderia ser a este estudo: a invocação da crença religiosa com a finalidade de eximir-se de obrigação legal a todos imposta com recusa de prestação alternativa fixada em lei caracteriza abuso de direito. Conclui-se que a vedação do abuso opera como postulado da função social dos direitos, no sentido de que seu exercício não se transfigure em ofensa à convivência social e à finalidade do próprio direito.³³³

Por fim, como último limite imanente apresentado pela teoria interna dos limites a direitos fundamentais, estão as *relações especiais de sujeição*, que podem ser compreendidas como condições de vida especiais, regidas por uma legalidade materialmente diversa e peculiar a cada um dos círculos de relações especiais de poder; são situações da vida que alcançam um círculo de pessoas que estão inseridas

³³¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100-118.

³³² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118-126.

³³³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118-126.

em uma ordem jurídica muito diversa da que alcança à generalidade das pessoas; seriam exemplo o aluno e suas obrigações escolares, e o militar. Sem aprofundar na crítica necessária, visível que mesmo nessas situações deverá haver uma concordância de forma a que nem os direitos fundamentais sejam sacrificados às relações especiais de sujeição e nem estas sejam inviabilizadas pela observância dos direitos fundamentais. Assim, a relação especial de poder deve se constituir de uma peculiaridade tal que justifique a limitação do direito fundamental, mas somente na medida requerida e compatível com o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Outra vez sobreleva-se em importância o juízo de ponderação.³³⁴

3.4.2 Dos Limites aos Limites a Direitos Fundamentais

A limitação de direitos fundamentais não pode ocorrer de forma irrestrita.³³⁵ Como barreira às restrições que queira se impor, atuando assim como garantes da eficácia dos direitos fundamentais, estão os limites aos limites dos direitos fundamentais.³³⁶ Mesmo não havendo na Constituição Federal manifestação expressa quanto aos limites aos limites dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência acolhem a tradição internacional (principalmente alemã e portuguesa) e na prática destacam a proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial como principais parâmetros restritivos dos limites aos direitos fundamentais.³³⁷

Gilmar Mendes denomina esses limites como imanentes, pois decorrentes da lógica constitucional, com a função de proteger um núcleo essencial do direito fundamental, estando a clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade a serviço do balizamento da ação do legislador em sua tarefa de restringir direitos

³³⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 126 e ss.

³³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 241.

³³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 395.

³³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 395.

fundamentais.³³⁸ Segundo Freitas, o sistema constitucional dos direitos fundamentais só admite ação limitadora ou restritiva que seja estritamente necessária e indispensável à própria concretização e preservação de tais direitos e demais bens constitucionalmente protegidos.³³⁹

O primeiro e, talvez, principal limite à ação restritiva dos direitos fundamentais é o *princípio da proteção do núcleo essencial*. Tal princípio destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.³⁴⁰ Sarlet destaca não haver expressamente no texto constitucional referência ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, entretanto, informa que a jurisprudência o tem acolhido com frequência.³⁴¹ Freitas defende a proteção constitucional do núcleo essencial dos direitos fundamentais com base na interpretação conjunta de alguns dispositivos constitucionais, como o art. 4º, II, que afirma a prevalência dos direitos humanos ante quaisquer outros valores, em conjunto com o art. 60, § 4º, IV, que assegura a proteção aos direitos fundamentais contra possíveis mudanças no texto constitucional. Mais importante, todavia, é a tarefa de determina-se qual seja efetivamente o núcleo essencial do direito fundamental.³⁴²

A despeito da existência de teorias que buscam explicar o fenômeno do núcleo essencial dos direitos humanos,³⁴³ importa dizer que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como afirma Sarlet ao reproduzir o magistério de Virgílio Afonso

³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 241.

³³⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 185.

³⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 243.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 403.

³⁴² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195.

³⁴³ A este respeito ver FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 192-201, e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 243-246.

da Silva, é definido a partir da relação entre diversas variáveis,³⁴⁴ ganhando destacada relevância para a hermenêutica de direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade, constituindo princípio de primordial importância na tarefa de interpretar-concretizar todo e qualquer direito³⁴⁵ e mesmo qualquer matéria jurídica,³⁴⁶ já que a proporcionalidade configura proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas e contra lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.³⁴⁷ Assim, o núcleo essencial é determinado pelo exercício de ponderação de valores, baseado na aplicação da proporcionalidade, com o fim de evitar que a restrição imposta ao direito fundamental o prive de um mínimo de eficácia ou o torne sem significado para a vida social;³⁴⁸ esta idéia alinha-se ao que Gilmar Mendes e Christine Peter denominam âmbito de Proteção do direito fundamental (item 3.4.1).

Feita a devida conexão do princípio da proteção do núcleo essencial com a proporcionalidade, cumpre dizer que o *princípio da proporcionalidade*, enquanto princípio limitador da ação restritiva dos direitos fundamentais, desponta como instrumento metódico de controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de eventual aplicação a atos de sujeitos privados, atuando no plano da proibição de excesso ou mesmo a chamada proibição de insuficiência dos deveres de proteção que o Estado tem frente aos direitos fundamentais.³⁴⁹

Na lição de Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade envolve a apreciação da *necessidade* e da *adequação* da providência legislativa. Adequado é o

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 404.

³⁴⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 135-138.

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 245.

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 402-404.

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396-397.

meio se com sua utilização o evento pretendido pode ser alcançado, e é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.³⁵⁰ Sarlet, de seu lado, desdobra o princípio da proporcionalidade em três elementos: a) *adequação* ou *conformidade*, no sentido da viabilidade da medida, ou seja, da possibilidade de alcance do fim almejado por aquele determinado meio; b) *necessidade*, que é a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o objeto da restrição, que envolve o exame da igualdade de adequação dos meios, que determinaria a existência ou não de meio alternativo que igualmente alcançasse o fim pretendido ou de forma menos restritiva; c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que exige um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados, em outras palavras, a justa medida.³⁵¹ Melhor conclusão não poderia haver que as palavras de Sarlet:

(...) A aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compreensão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante (não necessariamente outro direito fundamental), ou seja, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima (...).³⁵²

Infere-se disto que a proporcionalidade exige uma justificação constitucional de qualquer medida restritiva.

Mendes apresenta outra limitação implícita aos limites a direitos fundamentais. Trata-se da proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Qualquer restrição a direito fundamental deve decorrer de leis que observem os requisitos da generalidade e da abstração, respeitando-se com isso a igualdade material entre os indivíduos.³⁵³

³⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 248.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 397-398.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 398.

³⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 276.

Freitas, por sua vez, elenca a dignidade da pessoa humana como limite dos limites, uma vez que qualquer afetação desvantajosa, limitadora ou restritiva, não poderá retirar do direito fundamental aquele conteúdo que o identifica com o bem social que se espera estabelecer com o sistema de direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana o vetor maior desse sistema.³⁵⁴

3.4.3 Da Colisão e da Concorrência entre Direitos Fundamentais

Como já aventado na discussão feita até agora acerca do âmbito de proteção e do núcleo essencial de um direito fundamental, falar em restrição de direito fundamental, muitas vezes, significa tratar da concorrência e da colisão com outros direitos.³⁵⁵ Acontece *concorrência* de direitos fundamentais, basicamente, quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.³⁵⁶ *Colisão* de direitos fundamentais ocorre quando existe um conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares ou mesmo entre o direito do titular e bens jurídicos da comunidade.³⁵⁷ Desse entrelaçamento de núcleos essenciais de direitos diversos ou mesmo opostos, que recebem ambos a devida tutela do sistema protetivo constitucional, resultará a adequada aplicação dos direitos envolvidos.

Adentrando na básica, mas necessária análise do fenômeno da *concorrência* de direitos fundamentais, imprescindível dizer que há pelos menos duas formas de concorrência. Há concorrência no cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento do titular é alcançado pela proteção de diversos direitos fundamentais. Também existirá concorrência na acumulação de direitos, que se dá quando um determinado bem jurídico leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. Na concorrência não se verifica oposição entre direitos, mas

³⁵⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 220-223.

³⁵⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 135-138.

³⁵⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 109.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 280.

confluência deles, e a questão seria qual a norma de direito fundamental a ser aplicada naquele caso e qual a restrição a que o titular daquele direito estaria submetido.³⁵⁸

No caso de concorrência, Canotilho, em lição reproduzida por Christine Peter, propõe solução na qual a norma mais específica prevaleceria sobre a mais genérica, nos casos em que há uma concorrência apenas aparente; ou, sob outro parâmetro interpretativo, não haveria necessidade de se estabelecer uma escala de valor entre os direitos fundamentais envolvidos, mas bastaria verificar se há reserva de lei para um dos direitos e qual a pretensão do indivíduo mais direta e imediata. Dessa forma, havendo dois direitos fundamentais em concorrência, o legislador, se obrigado a traçar limites, deverá observar a norma fundamental mais forte e assim fazer uma restrição menos incisiva, mas estabelecer uma restrição que tenha por base a proteção das duas garantias envolvidas. De uma forma ou de outra, em se tratando de concorrência entre direitos fundamentais, deverá ser buscada solução que vise a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, tarefa facilitada pelo fato de que o intérprete não tem que optar por apenas uma das normas.³⁵⁹ No caso da proposta deste estudo, em favor do estudante crente concorrem liberdade religiosa e educação, sofrendo esta última pequena incisão na norma que defende sua qualidade, a fim de que a liberdade religiosa seja respeitada.

Quanto à *colisão* de direitos fundamentais, ela é *autêntica* quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular; e é *imprópria* no caso do exercício de um direito fundamental colidir com outros bens constitucionalmente protegidos.³⁶⁰ Conforme outra terminologia doutrinária, fala-se em *colisão em sentido estrito* quando ocorre colisão de direitos fundamentais entre si; e *colisão em sentido amplo* aquela que envolve os direitos fundamentais e outros princípios e valores que tenham por escopo a

³⁵⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 109-110.

³⁵⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 109-111.

³⁶⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.111.

proteção de interesses da comunidade,³⁶¹ tais como saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública, e outros.³⁶²

Mendes esclarece ainda acerca da existência de *conflitos aparentes*, relacionados a uma colisão de direitos que na verdade guarda conduta que encontra-se fora do âmbito de proteção do direito fundamental. Como exemplo, ele considera a poligamia como não incluída no âmbito de proteção da liberdade religiosa,³⁶³ assim, não poderia ser levantada como fundamento de uma suposta colisão de direitos. No entender do jurista, portanto, só há autêntica colisão quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental.³⁶⁴

A doutrina indica duas possíveis formas de solução quando da ocorrência de colisão de direitos fundamentais. A primeira seria o estabelecimento de uma hierarquia entre as normas; a segunda diz respeito a um juízo de ponderação de valores.³⁶⁵ A primeira solução, a da hierarquização, pode desnaturar os princípios fundamentais e contrariar assim a unidade constitucional, ainda que se possa admitir que na ordem constitucional haja normas de diferentes pesos, valores que se destacam frente a outros, como a dignidade da pessoa humana e a vida.³⁶⁶ Segundo Christine Peter, o risco que se deve evitar é o de desmedido sacrifício de princípios,³⁶⁷ devendo a

³⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 281.

³⁶² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.112.

³⁶³ Ainda que em sua obra o citado autor fale que “parece inadmissível”, o risco é ficar implícito que pode o Estado dizer o que é e o que não é prática religiosa razoável. Não pode o intérprete descartar o fundamento religioso e considerar determinada prática religiosa como infundada, sem com isso apresentar elementos jurídicos suficientes a impedir aquela forma de culto, a laicidade seria afrontada. Muito mais que crítica ao magistério do douto professor, este é um alerta sempre necessário, já que tênue é a linha que separa a suposta proteção da laicidade da intolerância, do preconceito e do arbítrio infundado.

³⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 280.

³⁶⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.113-114.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 283.

³⁶⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.113.

hierarquização ser aplicada em casos especialíssimos.³⁶⁸ Desse modo, a ponderação se mostra a melhor solução; todavia, não uma ponderação simplificada, mas, tomando a doutrina acolhida e desenvolvida a partir da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, analisada por Mendes, uma *concordância prática* em que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.³⁶⁹

Apresentados os pressupostos básicos dos limites e restrições a direitos fundamentais, bem como dos limites a limites, cumpre realizar o enfrentamento destes institutos tendo como móvel condutor a proposta de acolhimento do respeito a dia de descanso como razão suficiente para concessão do regime de compensação de ausências e outras alternativas. Tal enfrentamento acabará revelando os contornos de possíveis limitações em caso de ser a proposta de *lege ferenda* aqui defendida utilizada de forma não condizente com seus objetivos ou mesmo de modo abusivo. Restando demonstrada a adequação das medidas propostas, de forma oblíqua ficará evidenciada que a prática atual, de não acolhimento do dia de descanso como razão para concessão de tratamento alternativo, não se coaduna com o sistema protetivo dos direitos fundamentais.

3.4.4 Do Dia de Descanso Frente Outros Valores Constitucionais

A proposição básica deste estudo é a concessão do regime de compensação de ausências àqueles alunos que por imperativo de consciência religiosa devem se abster de práticas tidas como seculares, entre elas a freqüência a aulas, no dia sagrado de sua fé; pela mesma razão, seja oportunizado momento alternativo para realização de provas ou de exames de acesso ao ensino superior que recaiam também no dia de descanso. Importa analisar, porém, se tais soluções para essa forma de exercício da liberdade religiosa esbarram no exercício de outros direitos fundamentais ou outros valores aos quais a Constituição confere proteção. Sendo certo, todavia, que hercúlea seria a tarefa de prever ou indicar todas as situações em que pudesse ocorrer colisão

³⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 283.

³⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 286.

de direitos fundamentais,³⁷⁰ serão destacadas aqui aquelas de maior evidência, até mesmo porque já levantadas pela jurisprudência, como a laicidade e o princípio da igualdade.³⁷¹

Também oportuna e necessária se faz a abordagem de possíveis limites a eventuais formas desvirtuadas de exercício daquilo que aqui é proposto. Dessa análise restará demonstrado que a solução apresentada por esse estudo se revela *prestação alternativa* proporcional e razoável à obrigação a todos imposta de frequência escolar mínima de 75%, alinhando-se ao que prevê o artigo 5º, VIII da Constituição Federal de 1988.

3.4.4.1 Das Restrições Expressas à Observância de Dia de Descanso

A liberdade religiosa é assegurada objetivamente no ordenamento jurídico brasileiro pelas determinações constantes no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII, da CF/88, basicamente. Pode-se perceber que o texto constitucional autoriza o legislador ordinário promover restrições à liberdade religiosa nas dimensões liberdade de culto, no tocante à proteção aos locais de culto, na forma da lei, e quanto à assistência religiosa em presídios e locais de internação coletiva. Quanto aos fundamentos que conferem proteção ao direito de observar dia de descanso (*vide* item 3.2), temática que importa a este estudo, não existe a determinação de limites e nem de restrições expressas. Ao dizer que a liberdade de crença é inviolável, o constituinte não previu expressamente qualquer limite. Gilmar Mendes faz menção à liberdade religiosa como sendo um daqueles direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal.³⁷²

Todavia, a previsão do inciso VIII do artigo 5º merece algumas considerações. Ao dizer que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 393.

³⁷¹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. “**Laico, Mas Nem Tanto**”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *in* REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 90-141.

³⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 240.

religiosa (...) salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, o constituinte deixa transparecer que a crença religiosa poderá sofrer sim algum tipo de restrição imposta pelo legislador ordinário. A obrigação legal a todos imposta seria então a restrição aceitável. Tal compreensão alinha-se à idéia de *lei geral*, que segundo a teoria interna dos direitos fundamentais, seria espécie de limite imanente, como já visto (item 3.4.1.2).³⁷³ O efeito da lei geral nos direitos fundamentais, todavia, deverá resultar da harmonização dos interesses envolvidos, segundo uma concordância prática baseada na proporcionalidade.³⁷⁴ Repetindo a crítica feita, a lei geral não pode subverter a supremacia da norma constitucional; deve essa regra geral sujeitar-se à teoria do *efeito recíproco*, recebendo no caso concreto a interpretação que melhor se coadune com os direitos fundamentais.³⁷⁵ Desse modo, a lei geral não teria o condão de impedir a observância de dia de descanso sem um fundamento constitucional para tanto.

A previsão da LDB de frequência mínima obrigatória de 75%³⁷⁶ seria autêntico exemplo de lei geral, pois ainda que não especificamente dirigida contra um direito fundamental, constitui-se em restrição ao seu exercício; mesmo sem ter por objeto específico a alteração da norma jusfundamental, produz efeito restritivo da liberdade.³⁷⁷ A norma educacional, todavia, não pode anular a supremacia constitucional e impedir a observância do dia de descanso pelos estudantes, como se tal forma de exercício estivesse fora do núcleo de proteção da liberdade religiosa. Deve haver a devida adequação do dever preconizado na norma geral com o direito assegurado na Constituição, afinal, nenhuma prestação alternativa foi prevista pela LDB a esse dever geral, o que inviabiliza, na prática, o exercício do direito, já que a liberdade religiosa pressupõe uma relação direta entre crença e ação, de modo que não adianta

³⁷³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93-100.

³⁷⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.100.

³⁷⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93-100.

³⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Artigo 24, VI**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm Acesso em 01/05/2010, às 21h36.

³⁷⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

ter ampla liberdade para se crer, se os mandamentos impostos pela crença não puderem ser amplamente seguidos.³⁷⁸

A proposta deste estudo configura-se em perfeita prestação alternativa à obrigação da frequência escolar mínima obrigatória, alinhando-se ao entendimento do Ministro do STJ Humberto Martins, para quem a lei poderá (deverá) prever prestações substitutivas de dever universalmente imposto quando óbices de natureza religiosa e de consciência obstarem a prática do dever primário.³⁷⁹

Entendido o sentido da norma geral restritiva, a forma adequada de restringir-se o exercício do direito de observar dia de descanso, portanto, é mediante a aplicação do juízo de ponderação nos casos em que haja colisão com outros valores tutelados constitucionalmente, seja entendendo isto como limite imanente ao exercício da liberdade religiosa ou tratando a liberdade religiosa como direito fundamental sem expressa previsão de reserva legal.

3.4.4.2 Do Dia de Descanso Frente ao Princípio da Laicidade

Entre os valores constitucionais que supostamente poderiam ser afrontados pela concessão de tratamento diferenciado a grupos religiosos que observem dia de descanso está a laicidade. Exemplo emblemático dessa visão é o voto do ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei estadual que estabelecia tratamento diferenciado para adventistas do 7º dia em vestibulares e concursos públicos.³⁸⁰ Em rápida incursão pelo mérito da matéria, o eminente Ministro defendeu que o Estado não poderia se *subordinar* aos dias de guarda religiosos, justamente por seu caráter laico.³⁸¹ Seguindo essa mesma

³⁷⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 300.

³⁷⁹ MARTINS, Humberto. **Liberdade Religiosa e Estado Democrático de Direito.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 107.

³⁸⁰ BRASIL. STF. ADI 2.806-5 RS.

³⁸¹ A lei foi declarada formalmente inconstitucional por vício de iniciativa, por ferir atribuição do Chefe do Executivo, invadir competência privativa da União e interferir na autonomia universitária; Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”:** cinco tópicos sobre liberdade religiosa e

compreensão do que seja a laicidade, o TRF/1ª Região, em julgamento de recurso ordinário de um adventista que pleiteava horário diferenciado para realização de prova de vestibular, entendeu que fazer tal concessão seria favorecer determinada fé, o que a Constituição Federal proíbe, já que o Estado brasileiro é laico e separado da religião.³⁸²

Tais posicionamentos confirmam observação do filósofo francês Michel Villey, citado por Capez, segundo a qual:

Há uma clara e indesejável tendência nos sistemas jurídicos contemporâneos de conferir à laicidade um conteúdo de antagonismo à religião, deturpando-a em puro laicismo, no qual a fé é desprezada e totalmente substituída pelo racionalismo profano.³⁸³

Esclarece Capez que o termo *laico* (do grego *laikós*) não designa algo ou alguém não religioso ou contrário à fé, mas tão somente indica um objeto ou ser que não tem como vocação o ministério religioso.³⁸⁴ A laicidade já foi definida como um “regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos”.³⁸⁵ Estado laico, portanto, é um Estado não confessional, sem religião oficial ou obrigatória, e não exatamente um Estado sem fé e opositor das convicções religiosas dos indivíduos.³⁸⁶

O real sentido, objetivo, da laicidade, enquanto princípio de separação entre Igreja e Estado, foi sintetizado pelo constituinte soviético de 1936, que destacou no artigo 124 da Constituição daquele Estado, *in verbis*: “A fim de assegurar a liberdade de consciência ao cidadão, a Igreja na URSS está separada do Estado e a escola da

laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 106-107.

³⁸² BRASIL. TRF/1ª Região. REO 01011978/GO.

³⁸³ CAPEZ, Fernando. **A Laicidade do Estado Brasileiro.** in Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 304, 15 de setembro de 2009. p. 54.

³⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **A Laicidade do Estado Brasileiro.** in Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 304, 15 de setembro de 2009. p. 54.

³⁸⁵ BLANCARTE, Roberto. **O Porquê de um Estado Laico.** in LOREA, Roberto Arriada (org.). **Em Defesa das Liberdades Laicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

³⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **A Laicidade do Estado Brasileiro.** in Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 304, 15 de setembro de 2009. p. 54.

Igreja”.³⁸⁷ Em prol do indivíduo o Estado se afasta da Igreja, este é o sentido da laicidade.³⁸⁸ A laicidade, portanto, visa impedir abusos cometidos em favorecimento de religião majoritária de modo a prejudicar aqueles que não adotem a religião escolhida pelo Estado; o que, aliás, já ocorreu no Brasil, quando a liberdade de culto só era permitida à religião oficial, por exemplo.³⁸⁹

Essa neutralidade estatal, contudo, não deve pressupor indiferença. O Estado deve garantir que os indivíduos possam exercer de forma plena sua religiosidade. Tanto é assim que a Constituição Federal tutela a liberdade religiosa em seus diversos aspectos,³⁹⁰ e estão previstos no Código Penal Brasileiro crimes contra o sentimento religioso.³⁹¹ Ao legislar sobre tais questões o Estado não está deixando de ser laico, como, em tese, não o está ao estabelecer o domingo como dia de descanso preferencial, vez que sabido que tal determinação tem origem na tradição religiosa.³⁹² A atuação do princípio da laicidade não é em benefício de certa religião em prejuízo às demais, nem da total incomunicabilidade entre Estado e igrejas,³⁹³ mas do direito individual do cidadão em ter respeitada sua liberdade de ter e manifestar sua crença.

³⁸⁷ PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 115.

³⁸⁸ É como ensina Machado: “O jogo de poder, ao início, afirmaria os direitos da igreja em relação ao Estado; penderia, depois, pela afirmação oposta, supremacia dos direitos do Estado em relação à igreja e culminaria na afirmação dos direitos dos cidadãos em relação a ambos”. Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 9-10 *apud* WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 28.

³⁸⁹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 78-85.

³⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º VI, VII, VIII**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1.940, Código Penal Brasileiro. Artigo 208**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 16/05/2010, às 17h35.

³⁹² Cf. WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 236. e MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007. p. 543.

³⁹³ Basta lembrar que a Constituição consagra também o *princípio da colaboração*, pelo qual o Estado e as religiões trabalham de forma conjunta pelo bem-comum e o interesse público. Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 19, I. 4**. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Sobre o princípio da Colaboração ver MARTINS, Humberto. **Liberdade Religiosa e Estado Democrático de Direito**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109.

A concessão de alternativa para freqüência escolar e realização de provas e vestibulares não contraria o princípio da laicidade em sua cláusula da separação entre Igreja e Estado, pois tal princípio não pressupõe indiferença estatal e absoluta abstenção dos poderes públicos em tema de religião.³⁹⁴ O Estado, ao contrário, tem um dever de agir em prol das liberdades fundamentais. Não é outra a lição de Sarlet, para quem constitui obrigação dos órgãos estatais atuarem no sentido da concretização dos direitos fundamentais. Essa atuação positiva do Estado funda-se no princípio da proporcionalidade (enquanto instrumento de controle da omissão estatal), que exige do Estado em sua tarefa de proteção dos direitos fundamentais um agir suficiente, apto a impedir violações, ou seja, o Estado não pode frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção exigidos ou mesmo deixando de atuar.³⁹⁵ Afinal, segundo análise da proporcionalidade das medidas de proteção,³⁹⁶ a proposta deste estudo não oferece ameaça ou risco à laicidade, já que não representa adoção por parte do Estado de religião específica, mas tão somente apresenta medida alternativa que torna viável a crença em dias de descanso religioso e o também constitucional exercício do direito à educação.

Tal conclusão encontra respaldo jurisprudencial em outras decisões dos tribunais pátrios, como decisão do TRF/4ª Região que reconheceu o direito de um aluno matriculado no curso noturno realizar, no turno da manhã, aquelas disciplinas que fossem ministradas no período de descanso religioso; no entender da Desembargadora Relatora do caso, era preciso conciliar o direito à liberdade religiosa com o direito à educação.³⁹⁷ Pinheiro traz informação de Weingartner Neto sobre decisão do mesmo

³⁹⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 307.

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 366-367.

³⁹⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 400.

³⁹⁷ BRASIL. TRF/4ª Região. Processo nº 2003.70.00.017703-01. Decisão citada por PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de**

TRF/4ª Região (Resolução nº 15/2003) que estabeleceu, após provocação de servidor judeu que pretendia ausentar-se do serviço público durante o período sagrado do *Yom Kipur*, o direito ao exercício dos cultos religiosos e do respeito às respectivas datas sagradas, com posterior compensação da ausência.³⁹⁸

Concluindo com pensamento que se adere às idéias de Maria Bucchianeri Pinheiro, a cláusula de separação não impede a adoção, em alguns casos, de condutas positivas por parte do Estado para que se anulem sobrecargas fáticas ou normativas que onerem de forma especial a determinadas crenças, com isso posicionando as religiões na ideal situação de igualdade no livre mercado das idéias religiosas,³⁹⁹ afinal, a cláusula de separação é instrumento da liberdade, devendo ceder quando a própria liberdade estiver em risco.⁴⁰⁰

3.4.4.3 Do Dia de Descanso Frente ao Princípio da Igualdade

Outro valor constitucional que poderia colidir com a liberdade de observar dia de descanso é o princípio da igualdade/isonomia. Martel noticia julgado em que este princípio foi um dos móveis condutores da decisão,⁴⁰¹ pois, no entender dos julgadores, o pleito do jurisdicionado, um sabatista candidato ao cargo de juiz, o colocaria em situação de vantagem diante dos demais.⁴⁰² Guardadas as diferenças fáticas, fácil

descanso e orações. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 307.

³⁹⁸ Cf. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 307.

³⁹⁹ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 306.

⁴⁰⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 289.

⁴⁰¹ BRASIL. STJ. RMS 16.107/PA. Rel. Min. Paulo Medina. Sexta turma. 31.05.2005.

⁴⁰² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”:** cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS.

imaginar que tal argumento também seria aplicável no caso de exames vestibulares de instituições públicas, afinal, criaria tratamento diferente para cidadãos na mesma condição. Entretanto, como se verá, esse “privilégio” é apenas aparente, não existe de fato, e o tratamento diferenciado coaduna-se com o que a Constituição prevê como expressão da igualdade.

Não é preciso grande retórica para deixar evidente que o conceito de igualdade previsto na Constituição Federal tem o escopo de nivelar as pessoas, evitando tratamentos desiguais para pessoas que estejam na mesma situação. É como aduz Moraes: todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, porém, o tratamento desigual em razão de justa, objetiva e razoável justificativa, a chamada discriminação positiva, é o que o constituinte previa, “pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça”.⁴⁰³ Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro relembra as ditosas palavras de Rui Barbosa em *Oração aos Moços*, onde com simplicidade e clareza singular o Águia de Haia ensina que “a igualdade e a desigualdade são ambas direitos, conforme as hipóteses”.⁴⁰⁴

O Ministro do STJ Humberto Martins ensina que dentre os princípios decorrentes da liberdade religiosa está o da *igualdade religiosa subjetiva*, que em seu conteúdo veda a criação de privilégios, benefícios ou vantagens pela adoção de credo religioso, mas também proíbe que se prejudique, persiga ou que se prive de qualquer direito um indivíduo por força de sua opção religiosa.⁴⁰⁵ Esta posição completa-se com a *teoria do impacto desproporcional ou adverso*, já acolhida em diversos países, que

Estudos em Direito, Estado e Religião. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 109.

⁴⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31-32.

⁴⁰⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295.

⁴⁰⁵ MARTINS, Humberto. **Liberdade Religiosa e Estado Democrático de Direito.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 106.

invalida ou excepciona leis e atos da Administração que são aparentemente neutros, mas que quando aplicadas prejudicam as minorias.⁴⁰⁶

Acrescenta-se a essas premissas o fato de que a escolha de determinado dia para realização de um exame vestibular, por exemplo, não se fundamenta na concretização de qualquer direito fundamental ou de qualquer interesse estatal relevante o suficiente para justificar restrição ao direito fundamental de observar dia de descanso, mas tão somente na conveniência burocrático-administrativa.⁴⁰⁷ Pelo exposto, conclui-se que em situação de desvantagem e restrição está o estudante que por imperativo de sua fé não possa realizar prova de vestibular no dia de descanso religioso. Oferecer alternativa a este estudante, portanto, não o coloca em situação de privilégio, mas de diferenciação constitucionalmente aceitável e recomendável, pois concretiza o princípio da igualdade ao anular o impacto adverso.

Bucchianeri Pinheiro destaca a necessidade de se entender que *privilégio* e *diferenciação* não são sinônimos; e relembra magistério de Jorge Miranda:

Um tratamento *privilegiado* para uns e *discriminatório* para outros conduziria ao arbítrio; um tratamento *diferenciado*, pelo contrário, repele o arbítrio, desde que assente numa cuidadosa ponderação de situações e valores.⁴⁰⁸

O respeito ao dia de descanso não representa privilégio, mas autorizada e justificável diferenciação, já que este tratamento funda-se em uma política que visa aliviar os grupos (indivíduos) beneficiados de uma sobrecarga que os coloca numa situação de inferioridade/desigualdade em relação aos demais movimentos

⁴⁰⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. “**Laico, Mas Nem Tanto**”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 121.

⁴⁰⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 303.

⁴⁰⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295.

religiosos,⁴⁰⁹ pois ao escolher certo dia para realização de uma prova e não oferecer data ou horário alternativo, o Estado está enviando mensagem de predileção por determinado grupo religioso ou de intolerância pela crença de outros, o que fere a neutralidade axiológica que o Estado deve manter em matéria religiosa.⁴¹⁰

Salutar analisar ainda, do ponto de vista fático, se a alternativa proposta de fato representa privilégio. No tocante aos exames de acesso ao ensino superior, a incomunicabilidade foi apresentada como alternativa. Relembrando o modo como se dá tal solução, o estudante se apresenta juntamente com os demais, é recolhido a uma sala onde fica incomunicável até o momento de realizar o exame, e só após todo esse tempo poderá fazer a prova. Pergunta-se: tal medida configura privilégio ou ônus? Sobre a incomunicabilidade manifestou-se o Ministro do STF Marco Aurélio Melo, em julgamento de Mandado de Segurança em que um sabatista pleiteava horário alternativo para realização de concurso, no sentido de que ela não oferece prejuízo à Administração e que o único a correr riscos era o próprio impetrante.⁴¹¹ Portanto, o privilégio que se imagina, na verdade inexistente.

Quanto ao regime de compensação de ausências, o tratamento desigual tem justificativa que se alinha à proteção dos direitos fundamentais, que não é faculdade do Estado, antes, obrigação.⁴¹² De modo que, em casos excepcionais, conferir tratamento especializado a grupos religiosos diferentes, visando a remoção de obstáculos fáticos,

⁴⁰⁹ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 293.

⁴¹⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 277-278.

⁴¹¹ BRASIL. STF. SS 2.144-DF. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. 18/04/02. Decisão citada por MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”:** cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 106.

⁴¹² PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 292.

representa a consagração da idéia de liberdade em sentido material, ou, em outros termos, a garantia de situações sociais de liberdade.⁴¹³ Sendo relevante destacar que o estudante não se furtará ao exercício das atividades escolares ou acadêmicas e deverá prestar provas da mesma forma que os demais. Além de tudo, é como ensina Mendes, o Estado tem a tarefa de implementar condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.⁴¹⁴

3.4.4.4 Da Restrição em Casos de Desvio ou Abuso de Direito

Sempre haverá a possibilidade de que normas ou princípios sejam utilizados por quem, a princípio, não seria deles titular. No caso do objeto deste estudo, não é difícil imaginar que alunos queiram se valer do benefício da compensação de ausências a fim de não freqüentarem aulas, imaginando que isso configuraria privilégio desejável. Assim, mister responder: seria a norma aqui proposta inadequada pelo fato de existir a possibilidade de indivíduos dela se valerem para legitimar condutas não acolhidas? Da aplicação dos limites e restrições a direitos fundamentais virá a resposta e o padrão de ponderação exigido nesses casos.

De pronto é preciso lembrar que a proposta deste estudo não assegura *abono* de faltas, mas compensação. O aluno deverá realizar atividades para compensar sua ausência e ainda prestar provas como os demais. Isso pode reduzir o ímpeto dos que queiram desvirtuar o núcleo essencial da norma.

Em caso de invocação desmedida do direito a observância de dia de descanso, é necessário o juízo de ponderação, a ver a razoabilidade do pedido. É preciso sempre entender se a forma de exercício pleiteada conforma-se ao âmbito de

⁴¹³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 293-294.

⁴¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 203.

proteção do direito.⁴¹⁵ Assim, não parece razoável o pedido de um estudante em ausentar-se das aulas em dia que não se tem notícia seja considerado sagrado por nenhum grupo religioso. Ainda que o direito a liberdade religiosa seja prerrogativa individual, em certos aspectos ele é de exercício coletivo, releva-se sua dimensão social,⁴¹⁶ que deverá no mínimo indicar um padrão de conduta possível. Ainda que fosse considerada a crença individual daquela única pessoa, é necessário, com base na razoabilidade/proporcionalidade, entender os fundamentos religiosos da crença, ver se de fato possui solidez ou trata-se de mera invocação oportunista. Tendo por norte, sempre, a liberdade individual, para que tal análise não represente descabida ingerência na crença individual.

Também seria um tanto fora do âmbito de proteção do direito de observar dia de descanso a indicação de mais de um dia por parte do estudante. Como visto, dia de descanso religioso, é aquele, dentre os sete da semana, que aquela religião, por razões teológicas, entende ser sagrado. A escolha de um ou outro dia como sagrado é tema de celeumas históricas, ou seja, escolher um dia como o santificado importa a exclusão de outro.⁴¹⁷ Dessa forma, não muito razoável seria o pleito de um aluno que tivesse por sagrado dois ou mais dias de semana, justamente por contrariar o próprio conceito de *shabat*, conforme aplicado pela teologia e pelas religiões, e tornar a concordância

⁴¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210-213.

⁴¹⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274.

⁴¹⁷ Cf. GAARDER, Jostein. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 125. e BACCHIOCCHI, Samuele. **Do Sábado Para o Domingo: Uma investigação histórica do surgimento da observância do domingo no cristianismo primitivo**. Roma: The Pontifical Gregorian University Press, 1977. Disponível para download em: http://www.4shared.com/get/103637481/468f1df8/Do_Sbado_Para_o_Domingo_-_Samu.html Acesso em 01/05/2010, às 20h53. Essa dissertação aponta as causas da mudança do dia de descanso do sábado para o domingo, e seu autor foi o primeiro não-católico a se formar na *Pontifical Gregorian University*, em Roma, tendo recebido uma medalha de ouro do Papa Paulo VI por conquistar a distinção acadêmica *summa cum laude* pela tese.

prática⁴¹⁸ do direito de difícil acolhida, vez que impossibilitaria a vida escolar e acadêmica.

O exposto não significa que as práticas apresentadas não possam ser tidas por legítimas, mas deverá, necessariamente, haver um juízo de ponderação para a verificação de sua razoabilidade, se de fato representam pressuposto fático contemplado na norma.⁴¹⁹ No mais das vezes, no caso concreto, o confronto com outros valores constitucionais será suficiente a indicar os casos de pleito legítimo e aqueles fraudulentos, pois se determinará até onde pode ir o conteúdo do direito fundamental, se está sendo violado ou supervalorizado.⁴²⁰

A despeito de todo o exposto, uma norma não pode ser considerada inadequada pela possibilidade de eventuais usos indevidos dela. Se assim fosse, todo o ordenamento jurídico estaria sob suspeição. Ademais, a medida proposta se justifica, e tem sua proporcionalidade confirmada, pelo princípio geral da boa-fé, enquanto princípio norteador do direito. Afinal, havendo abuso ou fraude, estes é que deverão ser comprovados, e não a norma ser extirpada ou colocada sob suspeição pela presunção de que alguns dela quererão se valer de forma ilegítima, de outro modo, aqueles que dela hoje necessitam serão mais uma vez prejudicados.

3.4.5 Da Presente Proposta de *Lege Ferenda* Enquanto Política de Acomodação ou de Concordância Prática

O professor Gilmar Mendes, ao tratar da hermenêutica constitucional aplicada aos direitos fundamentais, leciona que nem todas as normas referentes a direitos individuais têm o propósito de restringir ou limitar poderes ou faculdades; muitas

⁴¹⁸ Conceito analisado no tópico final deste estudo (item 3.4.5).

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 211.

⁴²⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 272.

vezes cumprem função de *completar, densificar, concretizar* direito fundamental.⁴²¹ Esse poder conferido ao legislador ordinário denomina-se *poder de conformação*, pois o legislador, além do dever de preservar o núcleo essencial do direito fundamental, deve lhe conferir conteúdo e eficácia.⁴²² Conteúdo e eficácia que deverão ser assegurados, inclusive, em situações de conflitos de direitos, por meio de juízo de ponderação nos moldes do que já foi apresentado em tópicos anteriores, de modo a que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhem realidade, o que a doutrina alemã denomina *concordância prática*.⁴²³

Em seu magistério, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro fala em *política estatal de acomodações*, que seriam, em princípio, intervenções do Estado a fim de afastar barreiras e sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé, ou ainda, na referência ao que ensina Jónatas Machado, seria a garantia da real liberdade religiosa de todos os cidadãos, particularmente daqueles cujo livre exercício da religião é tornado excessivamente oneroso pelo funcionamento do que denominam *mercado das idéias religiosas*.⁴²⁴

A proposta de *lege ferenda* defendida neste estudo coaduna-se com esses dois conceitos – de concordância prática e de acomodação. Enquanto norma que visa assegurar concordância prática da liberdade de observar dia descanso com o direito à educação, a presente proposta vem justamente concretizar o direito fundamental

⁴²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 214.

⁴²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 216-217.

⁴²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 286.

⁴²⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações**. in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 290-291.

(liberdade religiosa e educação), não se revelando empecilho ou lesão a outros valores constitucionais.⁴²⁵

Bucchianeri Pinheiro destaca três requisitos indispensáveis à aplicação de uma política de acomodação,⁴²⁶ aos quais esta proposta também alinha-se perfeitamente: a) existência de direito fundamental derivado do princípio da liberdade religiosa⁴²⁷ cujo exercício esteja sendo obstado (é o exato caso da liberdade de observar dia de descanso); b) a natureza e a relevância dos interesse públicos subjacentes ao ato que estaria causando a referida restrição na liberdade religiosa (em princípio o interesse público envolvido é a qualidade da educação, por isso a exigência da frequência mínima de 75% e o exame de acesso ao ensino superior. Entretanto, tais exigências são instrumentais, não podem estar acima ou impedir o exercício do direito primário à liberdade religiosa e à educação, além do que, os princípios norteadores do sistema educacional estariam sendo atendidos⁴²⁸); c) a natureza e a relevância dos interesses do poder público que seriam ofendidos caso fosse aberta uma exceção (acomodação) que anulasse a imposição sobre a liberdade religiosa feita pelo ato estatal impugnado (já se demonstrou que interesses ou valores como laicidade ou igualdade não são afetados em sua essência pelo acolhimento da proposta desse

⁴²⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 303.

⁴²⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 297.

⁴²⁷ A Professora Bucchianeri Pinheiro classifica a liberdade religiosa como princípio, vez que dela se originam outros direitos com natureza de normas, teria, portanto, destacada *natureza normogenética*. A este respeito: PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 273-274.

⁴²⁸ Nos termos do artigo 206 da CF/88, destacam-se os princípios da igualdade educacional, da liberdade educacional, do pluralismo pedagógico, da democracia e da excelência. Ver item 2.2.1.1

estudo.). A acomodação só não ocorrerá se interesses públicos relevantes fundamentem uma restrição aos direitos de liberdade.⁴²⁹

A presente proposta, portanto, não só atende à óbvia necessidade de acomodação dos casos relativos a observância de dias sagrados, mas também confere concreção a dois direitos fundamentais, liberdade religiosa e educação, sem que a harmonização de ambos exija limitação de nenhum deles.⁴³⁰ Sob outro viés, atende ao dever constitucional de legislar, que obriga o legislador a expedir atos normativos “conformadores” e concretizadores de alguns direitos,⁴³¹ invalidando assim o impacto adverso sofrido por esses estudantes com a norma geral da frequência mínima obrigatória;⁴³² respeitando, inclusive, a proporcionalidade, na dimensão da proibição de insuficiência dos deveres de proteção que o Estado tem frente aos direitos fundamentais.⁴³³

⁴²⁹ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 298.

⁴³⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Respeito, pelo Poder Público, aos Dias de Guarda Religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações.** in MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 299-302.

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 202.

⁴³² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **“Laico, Mas Nem Tanto”:** cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. in REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião.** Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009. Ano 1, número 1. p. 121.

⁴³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396-397.

CONCLUSÃO

O presente trabalho lançou-se ao estudo dos direitos fundamentais e de sua eficácia. Analisando especificamente a liberdade religiosa, buscou-se evidenciar confronto entre as disposições do sistema educacional brasileiro, constantes principalmente na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e o exercício da liberdade religiosa e do próprio direito à educação, tendo por móvel condutor o direito a observar dia de descanso. A proposta defendida teria natureza de prestação alternativa a uma obrigação legal a todos imposta, dando ao problema solução constitucionalmente adequada, segundo um juízo de ponderação dos direitos fundamentais envolvidos.

O conceito de liberdade religiosa é complexo por natureza. Engloba a liberdade de consciência, que confere ao indivíduo a autonomia de guiar-se por convicções próprias em todas as áreas de sua vida, acreditando naquilo que entende ser correto. Abarca também a liberdade de crença, segundo a qual o indivíduo pode acreditar nos fenômenos religiosos que lhe pareçam sagrados, segundo a posição teológica que se lhe mostre mais adequada. Outra faceta da liberdade religiosa predispõe a liberdade de manifestar a crença por meio dos ritos, costumes e práticas características da religião, é a liberdade de culto. Por fim, a liberdade de organização religiosa permite que indivíduos que professem a mesma crença se unam para o estabelecimento de instituição religiosa com administração e corpo doutrinário livres de perseguição e embaraço. Essas quatro dimensões permitem entender o fenômeno da liberdade religiosa em sua plenitude.

O dia de descanso religioso é fenômeno fundamentado no conceito de *shabat*, que a teologia compreende como aquele dia dentre os sete da semana que possui natureza especial e por isso deve ser separado para o descanso físico e espiritual do homem, servindo também para a mais intensa comunhão do crente com seu Deus. Quanto às dimensões da liberdade religiosa, o dia de descanso insere-se na liberdade de crença e na liberdade de culto. Segundo interpretação dos incisos VI e VIII

do artigo 5º da Constituição Federal, e ainda o que prevê outros documentos internacionais aos quais o Brasil se filiou, o indivíduo deve ter ampla liberdade de observar certo e determinado dia como separado para o descanso religioso, sem que com isso, ou por isso, seja privado de algum direito.

A educação é um desses espaços nobres da atuação humana, ao qual qualquer Estado preocupado com seu próprio progresso deve dedicar atenção. No Brasil, a educação escolar é obrigatória a partir dos seis anos de idade, e tanto quanto possível, o Estado deve concentrar esforços para torná-la acessível a todos os cidadãos. De modo geral, as questões educacionais no Brasil são regidas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. É em uma determinação constante da LDB que reside o problema enfrentado neste trabalho. A norma educacional pátria preconiza em seu artigo 24, VI, que a frequência escolar mínima obrigatória deve ser de 75%, não podendo o aluno ser aprovado se não for cumprido esse requisito. Sendo certo que em alguns casos essa determinação poderá não ser atendida, a lei prevê situações onde tal exigência pode ser minimizada, como no regime de compensação de ausências destinado a estudantes com doenças infecto-contagiosas ou gestantes, segundo previsto no Decreto-Lei nº 1.044/69 e na Lei nº 6.202/75.

Ocorre que aqueles estudantes que professem uma fé que exija deles o respeito e a observância de um dia de descanso religioso encontram dificuldades de cumprir a exigência da LDB, já que semana após semana enfrentam o dilema das aulas que recaem justamente no dia sagrado de sua crença; ou ainda, quando provas e exames vestibulares são marcados para dia que coincide com o descanso religioso. O Ministério da Educação, apesar de vir mostrando maior flexibilidade em alguns pontos dessa questão, tem posição firmada de que a opção religiosa não é suficiente para a concessão de um regime de compensação de ausências, por exemplo, pela falta de previsão legal expressa. A proposta desse estudo vem tentar preencher essa lacuna que retira a eficácia dos fundamentais direitos à liberdade religiosa e à educação.

Verifica-se que a exigência da frequência escolar mínima obrigatória configura restrição à liberdade de observar dia de descanso. As restrições a direitos fundamentais devem necessariamente decorrer de previsão constitucional, ser

autorizada pela Constituição, ou emanar da necessidade de adequação de outros valores que também devam ser protegidos, limites imanentes. A restrição oriunda da frequência obrigatória mínima poderia ser justificada como exigência de uma política que visa garantir a qualidade da educação. Entretanto, não se vislumbra razão objetiva suficiente para que a liberdade religiosa seja subvertida pelo sistema educacional; ainda mais pelo fato da norma referida, a da frequência mínima, ter caráter instrumental, ou seja, não é um fim em si mesma, mas está a serviço da educação. De modo que se verifica que os dois princípios constitucionais envolvidos – liberdade religiosa e educação – acabam violados, quando, na verdade, deveriam se completar por meio da devida acomodação que lhes respeite a eficácia. De outro modo, aceitar que a previsão da LDB seja suficiente para limitar o exercício da liberdade de observar dia de descanso, significa aceitar que norma infraconstitucional se sobreponha a valores constitucionais, ferindo, por conseguinte, o núcleo essencial da liberdade religiosa.

Sob outro enfoque, percebe-se que a frequência escolar mínima obrigatória tem natureza de dever geral imposto a todos os estudantes, sem, no entanto, fazer previsão de prestação alternativa, o que inviabiliza o exercício da liberdade de observar dia de descanso, contrariando a Constituição em seu artigo 5º, VIII. Também pode-se entender que a frequência mínima advém de uma *relação especial de sujeição*, que são aquelas situações da vida que alcançam um círculo de pessoas que estão inseridas em uma ordem jurídica específica. Todavia, mesmo nessas situações deverá haver uma concordância de forma a que nem os direitos fundamentais sejam sacrificados às relações especiais de sujeição e nem estas sejam inviabilizadas pela observância dos direitos fundamentais.

A proposta desta monografia, portanto, é no sentido de que seja editada lei federal que promova alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a fim de contemplar os estudantes religiosos com o regime de compensação de ausências, e alternativas para a realização de provas que sejam marcadas para o dia de descanso religioso. Tal proposição mostra-se necessária e adequada, já que o Estado não oferece alternativa para a realização do direito da minoria e a medida proposta o

tornará possível, atingindo de modo menos gravoso a própria liberdade religiosa dos estudantes e outros valores, como a igualdade, revelando-se, portanto, proporcional e justa medida.

Ainda que fossem válidos certos argumentos de que a norma aqui proposta fere princípios como laicidade e igualdade, do entrelaçamento entre os núcleos de proteção desses princípios restaria justificada a proteção que deve merecer o direito de observar dia de descanso. Afinal, ignorar este fenômeno religioso significa esvaziar o núcleo essencial da liberdade religiosa para certos grupos que têm no *shabat* marca distintiva de sua crença. Todavia, reforça-se o entendimento de que proteger a liberdade de observar dia de descanso não fere a laicidade, pois o Estado não estará privilegiando qualquer grupo religioso, mas tão somente oportunizando condições para que a religiosidade dos indivíduos seja manifestada. Da mesma forma, a igualdade não recebe afronta, pois na medida de sua desigualdade os desiguais são tratados de modos diferentes, assim, todos podem professar sua fé amplamente e nenhum grupo recebe a mensagem estatal de desaprovação de suas crenças.

A conclusão que naturalmente se apresenta é que a proposta deste estudo alinha-se perfeitamente à política de acomodação dos direitos fundamentais, já que dá concreção à liberdade de observar dia de descanso e a harmoniza com o exercício do direito à educação, invalidando o impacto adverso sofrido pelos estudantes que têm que conciliar sua fé com seus deveres escolares e acadêmicos. Reconhecer o fenômeno do respeito ao dia de descanso retira o canteiro do ignominioso conflito entre fé e cidadania, e retira o Estado brasileiro da odiosa inércia omissiva que o impede de ser um Estado Democrático em plenitude, como a Constituição deseja. Com isso resta homenageada a mais nobre, frutificativa, civilizadora e pacífica liberdade social: a liberdade religiosa.⁴³⁴

⁴³⁴ Assim classificada por Rui Barbosa. Cf. SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 9.

REFERÊNCIAS

BACCHIOCCHI, Samuele. **Do Sábado Para o Domingo: Uma investigação histórica do surgimento da observância do domingo no cristianismo primitivo**. Roma: The Pontifical Gregorian University Press, 1977. Disponível para download em: http://www.4shared.com/get/103637481/468f1df8/Do_Sbado_Para_o_Domingo_-_Samu.html

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BÍBLIA SAGRADA. **Bíblia de Estudo Plenitude**. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm

BRASIL. **Lei nº 10.861 de 14 de Abril de 2004**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm

BRASIL. **Lei nº 4.375 de 17 de Agosto de 1964**. Alterada pelo Decreto-Lei nº 715 de 30 de Julho de 1969. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm

BRASIL. **Lei nº 6.202 de 17 de abril de 1975**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm

BRASIL. **Lei nº 9.093 de 12 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9093.htm>

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 20 de Dezembro de 1996.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: Doutrina, edição comemorativa, 20 anos.** Brasília: STJ, 2009.

CAIRNS, Earle E. **O Cristianismo Através dos Séculos: uma história da Igreja Cristã.** 2. ed. Israel Belo de Azevedo (trad.). São Paulo: Vida Nova, 1995.

CAPEZ, Fernando. **A Laicidade do Estado Brasileiro.** in Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 304, 15 de setembro de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONCEIÇÃO, Selma Regina Aragão. **Direitos Humanos: Do mundo antigo ao Brasil de todos.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Confissão de Fé de Westminster. Disponível em <http://www.monergismo.com/textos/credos/cfw.htm>

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma.** São Paulo: Edipro, 1998.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença.** Cadernos de Pesquisa, 2002, n. 116, p. 246, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>

DIES DOMINI. **Carta Apostólica do Sumo Pontífice João Paulo II ao Episcopado, ao Clero e aos Fiéis da Igreja Católica Sobre a Santificação do Domingo.** Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_05071998_dies-domini_po.html.

DINIZ, Janguê. **Educação Superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DORNELES, Carlos. **Deus é Inocente, a Imprensa Não.** São Paulo: Globo, 2002.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LESSA, Rubens [et. al.] (ed). **Nisto Cremos: 27 ensinamentos bíblicos dos Adventistas do Sétimo Dia**. Hélio L. Grellmann (trad.). Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à Educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOREA, Roberto Arriada (org.). **Em Defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à Educação na Realidade Brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espínola. **Acordo Brasil-Santa Sé: uma análise jurídica**. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Eveline Bouteiller (trad.). São Paulo: Manole, 2004.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de Novembro de 1969**. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm

ONU. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, Resolução nº 36/55, de 25 de Novembro de 1981**. Disponível em <http://irla.org/index.php?id=298>

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948**. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, de 16 de Dezembro de 1966**. Disponível em espanhol em http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp?year=1969

PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

PORTUGAL. **Lei nº 16, de 22 de Junho de 2001. Lei de Liberdade Religiosa**. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/LLR.pdf>.

REVISTA LIBERTAS. **Estudos em Direito, Estado e Religião**. Ano 1, número 1. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS, 2009.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Maria Susana Arrosa (org.). **Educação Superior no Brasil**. Brasília: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, 2002.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TOROPOV, Brandon; BUCKLES, Padre Lucke. **O Guia Completo das Religiões do Mundo**. Martha Malvezzi Leal (trad.). São Paulo: Madras, 2006.

TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crença, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WITTMANN, Lauro Carlos; GRACINDO, Regina Vinhaes (coord.). **O Estado da Arte em Política e Gestão da Educação no Brasil: 1991 a 1997**. Brasília: ANPAE, Campinas: Autores Associados, 2001.

<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,camara-baixa-belga-proibe-uso-da-burca-em-publico,544843,0.htm>

<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,sabaticos-poderao-fazer-o-enem-depois-do-por-do-sol,400946,0.shtm>

http://www.rfi.fr/actubr/articles/121/article_15317.asp