

§ 11.

Liberdade de crença, consciência e confessional. Recusa da prestação do serviço militar de guerra (Art. 4 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 4° (*Liberdade de crença, consciência e confessional, Recusa da prestação do serviço militar de guerra*)

(1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.

(2) É garantido o livre exercício de religião.

(3) Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas.

40. BVERFGE 32, 98

(GESUNDBETER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

19/10/1971

MATÉRIA:

A esposa do reclamante faleceu, porque se recusou, por motivos religiosos, a receber uma transfusão de sangue. O reclamante professava a mesma fé de sua mulher. Por isso, deixou de persuadir a esposa a realizar a necessária transfusão, declarando ao médico que realizou o diagnóstico revelador da necessidade da transfusão que confiava em Deus e que eles fariam **orações pela saúde** (no entanto, o termo *Gesundbeter*, que alcinha a decisão, designa aqueles que oram pela saúde). O reclamante foi condenado a uma pena pecuniária por omissão de socorro. Segundo a acusação, a

omissão de socorro consistia no fato de não ter persuadido a esposa a aceitar a prescrição médica, a fim de realizar a necessária transfusão de sangue. Em sua Reclamação Constitucional, alegou que a convicção religiosa comum a ele e a esposa falecida ordenava-lhes a se limitar às orações.

O TCF admitiu e julgou a Reclamação Constitucional procedente para o efeito de revogar a condenação penal. Em sua fundamentação, valeu-se da figura dogmática do “efeito de irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*) – comumente traduzido, assim como no caso da *Drittwirkung*, como “eficácia horizontal” – do direito fundamental à liberdade de crença do Art. 4 I GG. Ela foi utilizada para afastar a tipificação da conduta do reclamante como omissão de socorro. Como pressuposto da tomada de influência do direito fundamental do Art. 4 I GG na esfera penal (ou seja: da *Ausstrahlungswirkung*), o TCF também realizou, nessa decisão, uma importante contribuição para a concretização da área de proteção da liberdade de crença, distinguindo entre liberdade interna e externa de crença (cf. abaixo B. II. 2.).

Da eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental da liberdade de crença em relação a condenação por omissão de socorro (§ 330c StGB²⁶⁶).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 19 de outubro de 1971

- 1 BvR 387/65 -

(...)

RAZÕES

A. – I.

O reclamante pertence à associação religiosa “*Evangelischer Brüderverein*” (Irmandade Evangélica). Sua mulher era também membro dessa comunidade. Após o nascimento de seu quarto filho, a esposa, que sofria com uma grave anemia, se negou a submeter-se a tratamento hospitalar de recomendação médica e, principalmente, a permitir a realização de uma transfusão de sangue. Seu marido não procurou convencer sua mulher no sentido de fazer valer a recomendação médica. Um tratamento não foi [destarte] realizado. A mulher, que até o fim permanecera plenamente consciente, faleceu.

²⁶⁶ Segundo JÜRGEN SCHWABE (op. cit.), atualmente § 323c.

1. (...).

2. Na segunda audiência principal, o Tribunal Estadual de *Ulm* condenou o reclamante pelo crime de omissão de socorro, por meio de decisão (*Urteil*) prolatada a 14 de janeiro de 1965, ao pagamento de multa no valor de 200 marcos alemães (DM), alternativamente a 10 dias de prisão.

O Tribunal Estadual verificou os seguintes fatos: (...).

(...) o médico teria reconhecido que houvera perigo de vida, e recomendara tanto ao reclamante quanto à sua mulher a internação num hospital para que pudesse ser realizada uma transfusão de sangue. Ele deixara claro que, sem tal tratamento, ela poderia morrer. O reclamante disse, então, ao médico que sua mulher ficaria boa novamente sem tratamento hospitalar se fosse pedida ajuda a Deus e se houvesse grande fé; ambos seriam pessoas de fé, ensinadas a acreditar na palavra de Deus e nela confiar. Por isso, ele mesmo seria contra um tratamento hospitalar. Depois disso, falara com sua mulher e declarara que estaria deixando a ela a decisão. Se ela quisesse, ela poderia dirigir-se ao hospital. Na Assembléia [na igreja], todavia, ensinara-se um outro caminho, pois que se encontra na Sagrada Escritura: “Se alguém estiver doente, que chame os presbíteros da Igreja para que rezem por ele, e a oração feita com fé salvará o doente²⁶⁷”. Depois disso, a mulher do reclamante declarara, então, que recusava um tratamento hospitalar e pedira, assim, que fosse chamado um irmão de sua comunidade religiosa para que rezasse com eles. Pouco tempo depois, a esposa falecera.

(...).

II. – III.

B.

A Reclamação Constitucional é procedente.

I.

O Tribunal Constitucional Federal não tem que, nos moldes da Reclamação Constitucional, examinar as decisões (*Urteile*) dos tribunais ordinários em toda a sua extensão em face de possíveis erros de aplicação jurídica (BVerfGE 7, 198 [207]; 17, 302 [304]; 18, 85 [92 *et seq.*]). No presente caso, deve-se examinar apenas se as decisões

²⁶⁷ Bíblia Sagrada, Tiago 5, 14.

impugnadas ignoraram, junto à interpretação e aplicação do dispositivo penal do § 330c StGB, os efeitos dos direitos fundamentais sobre esta norma.

II.

O exame das decisões impugnadas mostra que elas intervêm de modo inadmissível no direito fundamental do reclamante à liberdade de crença e de confissão religiosa (Art. 4 I GG).

1. (...).

2. Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto].

3. A liberdade de crença não é garantida ilimitadamente.

a) Em verdade, ela não está sujeita, nem ao limite do Art. 2 I GG, nem ao limite do Art. 5 II GG.

O Art. 4 I GG declara como invioláveis a liberdade de crença, de consciência e de confissão religiosa (cf. BVerfGE 12, 1 [4]). Ele é, em relação ao Art. 2 I GG, *lex specialis*. O entendimento de que a liberdade de crença seria limitada pelos direitos de outrem, pela ordem constitucional e a lei moral seria inconciliável com a relação de subsidiariedade

do Art. 2 I GG em face da especificidade dos direitos de liberdade individualmente considerados, tal qual reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal em jurisprudência consolidada (cf. entre outras: BVerfGE 6, 32 [36 *et seq.*], 20, 50 [55 s.] com maiores referências).

A liberdade de crença também não é limitada pelo Art. 5 II GG. Depõem contra essa tese já o teor e lócus [sistemático] do Art. 4 GG. (...).

b) A outorga de liberdade do Art. 4 I GG tem origem, como todos os direitos fundamentais, no conceito de ser humano da *Grundgesetz*, ou seja, no ser humano como personalidade autônoma, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social. Esse vínculo social do indivíduo reconhecido pela *Grundgesetz* faz também com que direitos fundamentais que são garantidos sem reserva fiquem sujeitos a determinadas limitações mais externas. Todavia, os limites da liberdade de crença podem ser estabelecidos – assim como no caso da liberdade artística (cf. BVerfGE 30, 173 [193]) – tão somente pela própria Constituição. Porque a liberdade de crença [o dispositivo constitucional que a garante] não contém reserva em favor do legislador ordinário, não pode ser relativizada nem pela ordem jurídica em geral, nem por uma cláusula indeterminada, que, sem um ponto de partida constitucional e sem suficientes mecanismos da devida segurança jurídica [princípio Estado de direito], dão vazão a uma ameaça dos bens [jurídico-constitucionais] necessários à existência da comunidade político-estatal. Ao contrário, um conflito a ser avaliado no contexto da garantia de liberdade de crença deve ser solucionado segundo o ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e sob a observância da unidade desse sistema axiológico fundamental. Como parte desse sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade de crença corresponde ao mandamento de tolerância, com base especialmente na dignidade humana garantida no Art. 1 I GG, que, enquanto mais alto valor, domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; cf. também BVerfGE 30, 173 [193]).

Tais razões excluem a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa. A eficácia horizontal do direito fundamental garantido pelo Art. 4 I GG vem aqui na forma de axioma, que pode influenciar o tipo e a extensão da sanção estatal lícita. Para o direito penal, isto significa:

Quem, em dada situação concreta, em razão de sua convicção religiosa, se decide por um fazer ou não fazer pode entrar em conflito com os padrões morais dominantes

na sociedade e com os deveres jurídicos neles fundados. Se esse alguém, por meio de tal comportamento, de acordo com a interpretação tradicional, realizar uma conduta tipificada penalmente, deve-se perscrutar, à luz do Art. 4 I GG, se, de acordo com as circunstâncias especiais do caso, a aplicação da pena ainda corresponderia, por excelência, ao sentido da cominação penal estatal. Um tal acusado não se insurge contra a ordem jurídica estatal por carência de uma mentalidade cordata, em consonância com a ordem jurídica; também ele quer manter intacto o bem jurídico protegido pela ameaça da pena. Ele se vê, porém, em uma situação limite, na qual a ordem jurídica geral se encontra em conflito com o mandamento da fé pessoal, sentindo-se no dever de seguir, no caso, o mandamento mais elevado da fé. Ainda que esta decisão possa ser objetivamente condenável segundo conceitos axiológicos geralmente dominantes na sociedade, ela não chega a ser tão reprovável a ponto de justificar a utilização contra o acusado da arma mais poderosa disponível à sociedade, qual seja, do direito penal. A sanção criminal não é – independentemente de sua dimensão – sob nenhum aspecto (retribuição, prevenção, ressocialização do condenado) uma sanção adequada. O dever resultante do Art. 4 I GG de todo o Poder Público de respeitar a crença religiosa séria, nos mais amplos limites, deve ter como conseqüência o abrandamento do direito penal, toda vez que o conflito concreto – entre um dever jurídico existente segundo as convicções dominantes e um mandamento religioso – provocar, no acusado, uma tal aflição espiritual, que, em face da cominação penal, que o identifica como violador da lei, a sanção passe a representar uma reação social exagerada e, por isso, violadora de sua dignidade humana.

4. A aplicação destes critérios no caso particular tem como resultado que o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual ignoraram a eficácia horizontal do Art. 4 I GG no momento da interpretação e aplicação do § 330c StGB. Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa. (...).

(...).

5. (...).

6. Uma vez que as decisões impugnadas já violam o Art. 4 I GG, não há mais a necessidade de um exame segundo o parâmetro do Art. 2 I GG.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager,
Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Brox, Dr. Simon

41. BVERFGE 24, 236
(AKTION RUMPELKAMMER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/10/1968

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão conjunta sobre duas Reclamações Constitucionais. O primeiro reclamante era o “Movimento Católico da Juventude Rural”, uma associação organizada em todo o território federal alemão, mas não dotada de personalidade jurídica. Em 1965, a juventude católica promoveu em toda a Alemanha a assim alcunhada “**Campanha quarto de despejo**” (*Aktion Rumpelkammer*), que em suma coletava papel e pano velho para vendê-los a atacadistas. O dinheiro auferido pela venda era destinado à juventude rural de países pobres. A campanha foi amplamente anunciada dos púlpitos da igrejas.

O segundo reclamante era empresa de coleta de material velho que durante e graças à campanha da Igreja quase fora à bancarrota. Ajuizou uma ação cominatória contra a reclamante, que foi condenada a não preparar e anunciar sua campanha a partir dos púlpitos. O Tribunal Estadual de *Düsseldorf* fundamentou sua decisão com base na verificação da situação de concorrência entre a empresa e o movimento, concluindo que a propaganda feita no púlpito seria imoral ou desleal.

Enquanto o objeto da primeira Reclamação Constitucional era a decisão do Tribunal Estadual de *Düsseldorf* com o fundamento de que este violava os direitos fundamentais da reclamante derivados dos Art. 2 e 4 GG, o objeto da segunda era a possível Reclamação Constitucional da reclamante, uma espécie de Reclamação “conexa” preventiva, próxima da figura jurídico-processual brasileira do “Recurso Adesivo” (*Anschlussberufung* para a segunda instância e *Anschlussrevision* para a terceira instância).

O TCF julgou inadmissível a segunda Reclamação Constitucional ajuizada pela empresa que se sentia prejudicada pela Campanha do Movimento Católico. Ele o fez por dois motivos: primeiramente, porque o reclamante não teria alegado substancialmente a violação por órgão do poder público (no caso, pelo Tribunal Estadual de *Düsseldorf*) de direito fundamental seu (demonstrada por um prejuízo próprio, atual e imediato). Em segundo lugar,

não há a possibilidade de uma tal Reclamação conexa ou adesiva pelo simples fato de ser essa figura, própria do direito processual recursal, não aplicável no caso da Reclamação Constitucional que, conforme demonstrado no Capítulo de Introdução, não é recurso, mas ação extraordinária.

A primeira Reclamação Constitucional foi, por sua vez, admitida e julgada procedente. A decisão do Tribunal Estadual de *Düsseldorf* foi revogada e o processo devolvido para novo julgamento do feito.

1. O direito fundamental previsto no Art. 4 I e II GG cabe, não somente a igrejas e comunidades religiosas e ideológicas, mas também a associações que tenham por objetivo, não toda a vida religiosa, mas apenas o cuidado parcial da vida religiosa ou ideológica de seus membros.
2. O Art. 4 II GG garante também o direito de promover coletas em prol de propósitos eclesiais ou religiosos. O mesmo vale para uma ação de ajuda pontual no âmbito da vida religiosa habitual, como a propaganda realizada no púlpito.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de outubro de 1968

– 1 BvR 241/66 –

no processo relativo à Reclamação Constitucional proposta pelo Movimento Católico da Juventude Rural (*Katholische Landjugendbewegung Deutschlands*) (...)

RAZÕES

I.

1. (...).

No início de 1965, a reclamante promoveu, em todo o território federal, a “Campanha Quarto de Despejo” (*Aktion Rumpelkammer*). Ela coletava roupas usadas, trapos e papel velho e vendia todo o material a atacadistas. Com isso, a reclamante alcançou rendimento de vários milhões de marcos alemães, que foi destinado à juventude rural em países subdesenvolvidos. Cada uma das ações foi por ela divulgada por meio de anúncios no púlpito das igrejas católicas e notas pela imprensa.

2. (...) o Tribunal Estadual condenou a reclamante a deixar de fazer a preparação de sua coleta de material usado em *Breitenbrunn*, por meio de propaganda realizada no púlpito. (...).

3. – 5.(...).**II.**

1. A Reclamação Constitucional do reclamante não é admitida. (...).

(...).

2. A Reclamação Constitucional da reclamante é admitida.

(...).

III.

A Reclamação Constitucional da reclamante é procedente. A decisão impugnada viola o direito fundamental da reclamante ao livre exercício religioso (Art. 4 II GG), porque ela não contemplou suficientemente, no momento da interpretação e aplicação do conceito “imoralidade” [no caso: “deslealdade”] da concorrência, a existência e alcance daquele direito fundamental.

1. (...).

2. a) O direito fundamental ao livre exercício da religião (Art. 4 II GG) está incluído no conceito de liberdade de crença e de confissão (Art. 4 I GG). Esse conceito abrange, pois, indiferentemente de se tratar de confissão religiosa ou de ideologia não religiosa ou desligada da religião, não apenas a liberdade interior de crer ou não crer, ou seja, de confessar uma fé, de mantê-la em segredo, de renunciar a uma crença anterior e dedicar-se a uma outra fé, mas também, da mesma forma, a liberdade das liturgias, de anunciar, de propaganda (BVerfGE 12, 1 [3 s.]). Neste ponto, o livre exercício da religião é apenas elemento da liberdade de crença e de confissão religiosa, que cabe tanto ao indivíduo como à associação religiosa ou filosófica (BVerfGE 19, 129 [132]). No mínimo desde a Constituição de Weimar, a liberdade de exercício da religião substancialmente emerge da liberdade de confissão religiosa (...).

Uma vez que o “exercício da religião” tem significado central para toda crença e toda confissão, esse conceito precisa ser, em face de seu conteúdo histórico, interpretado extensivamente. (...).

De acordo com sua interpretação extensiva, fazem parte do exercício da religião não somente os procedimentos litúrgicos e a prática e a observância dos usos religiosos, como culto religioso, coleta de contribuições, orações, recebimento dos sacramentos, procissão, hastear as bandeiras das igrejas e tocar os sinos, mas também a educação religiosa, festas laicas e atéias, bem como outras manifestações da vida religiosa e filosófica.

b) O direito fundamental previsto no Art. 4 I e II GG cabe não somente a igrejas e comunidades religiosas e filosóficas, mas também a associações que tenham por objetivo, não toda a vida religiosa, mas apenas o cuidado parcial da vida religiosa ou ideológica de seus membros. (...).

(...).

c) As coletas organizadas pela reclamante por motivos religiosos caritativos e o anúncio no púlpito por ela realizado fazem parte do exercício de religião garantido pelo Art. 4 II GG.

Junto à avaliação do que no caso concreto deva ser tratado como exercício de religião e ideologia, não pode deixar de ser considerado como as organizações religiosas e filosóficas vêm a si próprias (auto-entendimento). É certo que o Estado laico tenha, em princípio, que interpretar os conceitos constitucionais a partir de aspectos neutros, universais, válidos abstratamente e não vinculados confessional ou ideologicamente (BVerfGE 10, 59 [84 s.]; 12, 45 [54]; 19, 1 [8]; 19, 226 [238 *et seq.*]; 19, 268 [278 *et seq.*]). Porém, numa sociedade pluralista, onde a ordem jurídica pressupõe justamente o auto-entendimento religioso e ideológico, como ocorre com a liberdade de culto, o Estado violaria a autonomia e auto-suficiência das igrejas e das organizações religiosas e filosóficas em sua própria esfera, garantidas pela *Grundgesetz*, se ele não considerasse, na interpretação do exercício da religião resultante de uma determinada confissão religiosa ou ideologia (BVerfGE 18, 385 [386 s.]), o seu [respectivo] auto-entendimento.

Com base no auto-entendimento das igrejas católica e evangélica, o exercício da religião abrange não apenas o campo da fé e do culto religioso, como também a liberdade para o desdobramento e, tomando influência no mundo [real], o que corresponde às suas tarefas religiosas e diaconais (...).

(...).

d) (...).

Irrelevante para a análise da “ação quarto de despejo” como atividade de exercício religioso é, ainda, a afirmação de que, em razão das coletas beneficentes, 90% dos coletores de material usado teriam sido obrigados a encerrar suas atividades [em razão da concorrência por assim dizer “desleal” dos coletores voluntários]. Sem levar em conta que, segundo a avaliação do Tribunal Estadual considerada, aqui abalizada pelo Tribunal Constitucional Federal, a coleta realizada pela reclamante era permitida no volume por ela praticado e que não se sabe se a diminuição da atividade econômica da coleta de pano velho não se deva a alterações estruturais macro-econômicas, [mesmo assim, mesmo se

fosse o caso] uma modificação na estrutura deste ramo empresarial precisaria ser tolerada como conseqüência inevitável das coletas beneficentes. Um direito subjetivo constitucional do empresário à preservação do volume de negócios e à salvaguarda de demais possibilidades lucrativas não existe na economia de livre concorrência.

e) Se a coleta realizada pela reclamante fosse, assim, parte do exercício de religião assegurado pelo Art. 4 II GG, o Tribunal Estadual precisaria ter observado também a eficácia horizontal desse direito fundamental sobre o julgamento da propaganda realizada no púlpito como constituindo “concorrência desleal”²⁶⁸ (*“Sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung”*).

(...). Junto à interpretação do conceito de “contrariedade aos bons costumes” (*“Sittenwidrigkeit”*) [da dogmática brasileira representado pelo adjetivo “desleal”] do ato de concorrência, o Tribunal Estadual precisaria ter, portanto, avaliado o tipo especial de concorrência entre um empresário e um “concorrente” que age no contexto do exercício religioso a partir do bem jurídico de maior valor, qual seja: o do livre exercício da religião, não podendo julgar os fatos verificados como concorrência desleal. Revoga-se a decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual no que se refere à condenação da reclamante (§ 95 II BVerfGG).

2. (...).

3. (...).

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, o Juiz Dr. Böhmer está doente
(Dr. Müller), Dr. Brox, Dr. Zeidler.

42. BVERFGE 33, 23

(EIDESVERWEIGERUNG AUS GLAUBENSGRÜNDEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

11/04/1972

MATÉRIA:

O reclamante foi condenado pelo Tribunal Estadual de *Düsseldorf* a uma pena pecuniária prevista na lei processual penal alemã (§ 70 I StPO) por ter se recusado, enquanto testemunha, a prestar juramento. A **recusa de prestação de juramento** teve **motivação religiosa** (daí a alcunha da decisão: *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*). Por isso, ajuizou sua Reclamação Constitucional alegando violação do Art. 4 I GG.

²⁶⁸ Se o tivesse feito, a conclusão seria o afastamento desta subsunção típica, ou seja, a conduta não configuraria concorrência desleal.

O TCF julgou, em decisão não unânime (5:2), procedente a Reclamação: considerou que faz parte da área de proteção do direito fundamental de crença e consciência também o agir de acordo com as regras estabelecidas pela religião, por mais exóticas que sejam. Como se trata de um direito fundamental outorgado sem reserva, a intervenção consubstanciada na aplicação da pena só poderia ser justificada com base na proteção de um bem jurídico constitucional atingido concretamente no caso pelo exercício da liberdade religiosa. Não é o caso: por trás do propósito da regra processual (reforçar o compromisso de verdade de depoimentos testemunhais) não se encontra um bem jurídico com essa dignidade. No mais, na interpretação e aplicação do § 70 I StPO qualquer juízo ou tribunal deveria trazer à pauta o parâmetro do Art. 4 I GG (eficácia horizontal). Como isso não ocorreu, os tribunais do feito violaram a liberdade de crença e consciência do reclamante.

Os autos do processo tiveram que retornar ao Superior Tribunal de *Düsseldorf* para nova decisão sobre as custas processuais. O Estado de *Nordrhein-Westfalen* foi condenado ao pagamento das custas processuais, por ter tido a Reclamação Constitucional êxito.

1. O juramento prestado sem a invocação de Deus não tem, segundo a concepção do constituinte, nenhuma base religiosa ou, de um outro modo, transcendente.
2. Uma convicção de fé que rejeite, por motivos religiosos, também o juramento de testemunha prestado sem a invocação de Deus é protegida pelo Art. 4 I GG.
3. O § 70 I StPO [Código de Processo Penal] deve ser interpretado conforme a Constituição no sentido de se considerar também o direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG como motivo legal, que autoriza à recusa da prestação de juramento.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 1º de abril de 1972

- 2 BvR 75/71 -

(...)

RAZÕES

A. - I.

Em uma ação penal movida perante o Tribunal Estadual de *Düsseldorf*, o reclamante, um pastor evangélico, depusera como testemunha. Apelando ao seu direito fundamental de liberdade de crença e de consciência, recusou-se a prestar o juramento de testemunha,

uma vez que, segundo as palavras de Cristo no Sermão da Montanha (Mateus 5, 33-37), todo juramento lhe seria proibido. Pela decisão (*Beschluss*) de 18 de outubro de 1965, o Tribunal Estadual de *Düsseldorf*, considerando o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV da Constituição do Reich Alemão de 11 de agosto de 1919 (WRW), declarou injustificada a recusa à prestação do juramento e condenou o reclamante, conforme § 70 I StPO, à pena pecuniária de 20 marcos alemães (20 DM), alternativamente a dois dias de prisão, bem como ao pagamento das despesas causadas pela recusa.

O Superior Tribunal Estadual de *Düsseldorf* rejeitou a reclamação ordinária (*Beschwerde*) interposta contra essa decisão: (...).

II.

O reclamante, por meio da Reclamação Constitucional, volta-se contra as decisões do Tribunal Estadual e do Superior Tribunal Estadual de *Düsseldorf* alega a violação de seu direito fundamental, garantido pelo Art. 4 I GG, de liberdade de crença e de consciência. (...).

III.

(...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

Ainda que o juramento de testemunha, quando prestado sem a invocação de Deus conforme o § 66c II StGB, seja, segundo a ordem axiológica da *Grundgesetz*, uma corroboração inteiramente secular da veracidade de um testemunho, sem base religiosa ou de outro modo transcendente, a convicção religiosa oposta do reclamante é, apesar disso, protegida pelo Art. 4 I GG. O reclamante tinha, pois, o direito de se recusar à prestação do juramento. Ele não podia ser prejudicado, estando no exercício de seu direito fundamental, com a condenação a uma pena pecuniária e ao pagamento das despesas causadas.

I.

(...)

II.

O reclamante é protegido pelo direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG, em sua convicção religiosa, que não permite sua avaliação pela Constituição e

pela lei ordinária, considerando o atual juramento, mesmo em sua forma laica, ainda como uma ação de base religiosa, proibida por Deus segundo o teor do Sermão da Montanha. Ele não se recusa a prestar o juramento de testemunha sem “motivo legal” nos termos do § 70 I StPO, não podendo, portanto, nem mesmo indiretamente por meio da imposição de pena administrativa (*Ordnungsstrafe*), ser impedido de comportar-se segundo os mandamentos de sua fé.

1. A liberdade de crença, conforme o Art. 4 I GG, garante ao indivíduo um espaço jurídico no qual está em posição de estabelecer o estilo de vida correspondente à sua convicção (BVerfGE 12, 1 [3]). Disto faz parte, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma fé, mas também o direito do indivíduo de orientar todo o seu comportamento segundo os ensinamentos da sua crença, agindo segundo sua convicção religiosa íntima (BVerfGE 32, 98 [106]). Do mandamento endereçado ao Estado de neutralidade ideológica e religiosa (BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]) e do princípio da paridade das igrejas e confissões religiosas (BVerfGE 19, 1 [8]; 24, 236 [246]) depreende-se que a representatividade ou a relevância social de uma determinada atitude religiosa não faz diferença. Como expressão específica da dignidade humana garantida pelo Art. 1 I GG, o Art. 4 I GG protege justamente também a convicção religiosa mais rara, que se distancie dos ensinamentos das igrejas e das comunidades religiosas. Ao Estado é defeso privilegiar determinadas confissões religiosas (BVerfGE 19, 206 [216]) ou avaliar a crença ou não-crença de seus cidadãos (BVerfGE 12, 1 [4]).

O direito de liberdade de crença assegurado pela *Grundgesetz* não é relativizado nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada de ponderação de bens jurídicos. Seus limites podem ser estabelecidos somente pela própria Constituição, isto é, de acordo com a ordem axiológica constitucional e levando em conta a unidade do sistema axiológico fundamental (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 93 [108]). Especialmente a estreita relação entre a liberdade de crença e a dignidade humana, enquanto mais alto valor do sistema dos direitos fundamentais, exclui a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa (BVerfGE 32, 98 [108]). Característico de um Estado que tem a dignidade humana como o mais alto valor constitucional e que garante a liberdade de consciência e de crença sem reserva legal, e do qual o titular jamais poderá ser abstratamente privado (*“unverwirkbar”*), é, pelo contrário, que ele permita também

às minorias (*Außenseiter und Sektierern*) o livre desenvolvimento de sua personalidade segundo suas convicções religiosas subjetivas, desde que estas não entrem [até o ponto em que não entrem] em contradição com outros valores da *Grundgesetz* e que não decorram prejuízos sensíveis para a coletividade e direitos fundamentais de terceiros de seu comportamento.

2. a) O reclamante nega-se, em razão de convicção religiosa própria baseada na Bíblia, a prestar o juramento de testemunha. Ele alega que, segundo o seu conhecimento religioso, todo juramento é proibido pela palavra divina. Já o ato de jurar como tal representa, do seu ponto de vista, um auto-amaldiçoamento, ligado a idéias de magia, no caso de quebra do juramento, o que é incompatível com a doutrina cristã. Esta conduta religiosa encontra um certo respaldo no texto bíblico (Mateus 5, 33-37), sendo defendida por um segmento da nova teologia (referências em *Hildburg Bethke*. “Eid, Gewissen, Treuepflicht” – “Juramento, consciência, dever de lealdade” [1965], especialmente *Gollwitzer*, p. 7; *Fürst*, p. 68 *et seq.*; *Bauernfeind*, p. 79 *et seq.*). Já só por isso, ela [tal conduta religiosa] não pode deixar de ser considerada com base no Art. 4 I GG. É vedado ao Estado avaliar tais convicções religiosas de seus cidadãos ou mesmo [principalmente] as classificar como “certas” ou “erradas”.

b) A recusa de prestar o juramento pelo reclamante deixa o âmbito da crença interior por princípio fechada ao acesso estatal e entra em conflito com um dever, o qual a comunidade estatal impõe, em princípio, a todos os cidadãos no interesse da eficaz administração da Justiça. O legislador vê no juramento de testemunha, especialmente no processo penal, como meio indispensável, em regra, para encontrar a verdade, pressupondo, portanto, ao contrário de outras leis processuais (cf., por exemplo, § 391 ZPO), o princípio da prestação obrigatória do juramento.

Mesmo que aqui o direito infraconstitucional, em si considerado, exija do reclamante a prestação do juramento de testemunha, seu direito fundamental superior de poder, de acordo com seu reconhecimento religioso, recusar-se ao juramento e de não ser indiretamente – por meio de uma pena – compelido a um fazer que contrarie esse seu reconhecimento [religioso], não está submetido a nenhuma limitação derivada do sistema axiológico da própria *Grundgesetz*²⁶⁹.

²⁶⁹ Limite do chamado hodiernamente de “direito constitucional de colisão” (*kollidierendes Verfassungsrecht*).

Tal limitação não é, principalmente, uma consequência do Art. 136 WRW c.c. Art. 140 GG. A relação entre esse dispositivo da Constituição de Weimar recepcionada na *Grundgesetz* e o direito fundamental da liberdade de crença não justifica a interpretação “a contrario” do Art. 136 IV WRW, realizada pela decisão ora impugnada do Superior Tribunal Estadual, no sentido de que todos podem ser coagidos, pelas leis vigentes, à prestação do juramento em sua forma não religiosa. O constituinte desligou a liberdade de crença e de consciência do artigo da Constituição de Weimar relativo à Igreja, acolhendo-o sem reserva legal diretamente no rol de direitos fundamentais vinculantes encontrado no topo da Constituição (cf. BVerfGE 19, 206 [219 s.]; 24, 236 [246]). O Art. 136 WRW deve ser, por isso, interpretado à luz da, em comparação com a anterior (cf. Art. 135 WRV), consideravelmente ampliada abrangência do direito fundamental à liberdade de crença e de consciência. Ele foi superado pelo significado e pelo peso intrínseco do Art. 4 I GG no contexto da ordem constitucional da *Grundgesetz* (cf. também *Herzog*, em: *Maunz, Dürig, Herzog, Grundgesetz*, Art. 4, nota marginal 117; *Bahlmann, Der Eidzwang als verfassungsrechtliches Problem* – “A obrigação de juramento como problema constitucional”, Escrito em homenagem a Adolf Arndt, p. 37 [47 *et seq.*]). Que obrigações civis podem ser impostas com poder coercitivo estatal na acepção do Art. 136 I WRW em face do direito de liberdade do Art. 4 I GG, só pode ser verificado sob o domínio da *Grundgesetz* segundo o padrão da decisão axiológica [constitucional] encerrada no Art. 4 I GG.

Um obstáculo de natureza sistemático-constitucional que restrinja o âmbito da garantia do Art. 4 I GG, que exclua a aceitação [da justificativa] da escolha religiosa do reclamante no caso [da recusa] da [prestação] do juramento de testemunha, não pode ser depreendido também do fato de os Art. 56 e 64 II GG obrigarem o Presidente Federal e outros órgãos constitucionais a prestar um juramento oficial (*Amtseid*). Tais obrigações surgem a partir da decisão voluntária de aceitar a eleição para a investidura de um órgão constitucional, na qual o Estado é, de modo acentuado, diretamente representado, e, por isso, pressupõe, em princípio, a total identificação do eleito com os valores estabelecidos na Constituição. Ao contrário, todo indivíduo é obrigado a depor perante um juízo [ou tribunal] como testemunha e, de acordo com a lei, jurar dizer a verdade em seu depoimento. A obrigação de prestar juramento pode ser imposta com os meios de coação previstos na lei (cf. § 70 StPO e § 390 ZPO). Em todos os casos nos quais um tribunal determina a prestação do juramento por uma testemunha que se recusa a fazê-lo por motivos religiosos, surge um conflito que o cidadão em questão não pode evitar. Essa

diferença fundamental entre o juramento de testemunha e o juramento oficial já exclui a possibilidade de tratar de maneira igual ambas as formas de juramento (...).

c) O reclamante pode exigir, com fulcro no Art. 4 I GG, que seja liberado da obrigação altamente pessoal de juramento, porque sua convicção religiosa proíbe esta ação. Outros interesses coletivos com *status* constitucional ou direitos fundamentais de terceiros não serão, por isso, feridos.

(...).

O interesse da comunidade estatal numa funcional administração da Justiça que tem seu lugar no sistema axiológico da *Grundgesetz* (cf. Art. 92 GG) e que - uma vez que toda atividade jurisdicional serve, em última instância, à proteção dos direitos fundamentais, não deve ser pouco valorizada - não é atingido pela aceitação, no caso concreto, de uma decisão baseada na fé que vai de encontro à admissibilidade do juramento. O reforço da veracidade de um depoimento testemunhal, tida pelo legislador como meio indispensável da instrução probatória, não precisa ser necessariamente alcançado justamente na forma de um juramento, com a utilização da palavra “jurar”²⁷⁰

(...).

(...).

3. (...).

Na medida em que o legislador não regulou a autorização para a recusa do juramento de testemunha por motivos religiosos de forma a corresponder com o Art. 4 I GG, manifesta o direito fundamental seu efeito direto e, se necessário, corretivo no direito processual penal vigente (cf. BGHSt – 19, 323 [330]). Assim, o § 70 I StPO deve ser interpretado conforme a Constituição para o efeito de se considerar como “razão legal”, que autoriza à recusa da prestação de juramento, não somente os casos enumerados pelo Código de Processo Penal (§§ 60 ao 63 e 66e StPO), mas também que, no caso concreto, o direito fundamental do Art. 4 I GG dispensa da obrigação de jurar em um depoimento (cf. BVerfGE 25, 296 [305] sobre um direito de recusa de prestar testemunho derivado diretamente do Art. 5 I GG). (...).

(...).

²⁷⁰ J. SCHWABE (*op. cit.*, p. 132) anotou neste ponto: “Hoje §§ 66d, 155 StGB”.

III.

(...)

IV.

A presente decisão foi prolatada com 5 votos a 2.

(*ass.*) *Seuffert, Dr. v. Schlabrendorff, Dr. Rupp, Hirsch,
Dr. Rinck, Dr. Rottmann, Dr. Wand*

Opinião discordante do Juiz Dr. *v. Schlabrendorff* sobre a decisão do
Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal de 11 de abril de 1972

- 2 BvR 75/71 -

No que tange à questão da recusa de prestação de juramento por testemunha, não
consegui anuir à decisão a que chegou a maioria do Senado. Minha opinião divergente
baseia-se nos seguintes pontos:

1. – 6. (...).

Eu sintetizo: A [necessidade de] proteção da coletividade é mais elevada do que o
pequeno ônus sofrido pela convicção defendida pelo reclamante.

(*ass.*) Dr. *v. Schlabrendorff*

43. BVERFGE 93, 1

(KRUFIX)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo

(indiretamente)

16/05/1995

MATÉRIA:

Segundo o claro teor do § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola
Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO)
“em toda sala de aula deve ser colocado um **crucifixo**” (*Kruzifix*). Por ocasião
da iniciação escolar (1^a. Série) da Reclamante nº 3, havia em sua sala de
aula um crucifixo completo (cruz e corpo de cristo) de 80 cm de
comprimento por 60 cm de largura, colocado logo acima e ao meio do

quadro negro. Após muitas discussões entre os pais da Reclamante e a Administração da escola, estes chegaram a um acordo provisório: troca do crucifixo com corpo por uma cruz sem corpo de tamanho menor colada lateralmente, acima da porta de entrada. Com a iniciação dos dois filhos menores e troca de ano o conflito veio novamente à tona.

Os pais das crianças (Reclamantes 3 a 5) ajuizaram, no mês de fevereiro de 1991, em nome próprio e em nome de seus filhos, uma ação contra o Estado da Baviera requerendo a retirada dos crucifixos, com pedido de medida liminar. Com base no supra citado § 13 I 3 VSO, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar. Em sua fundamentação lê-se, entre outros, que pela colocação de cruzeiros em salas de aula não teriam sido violados nem o direito dos pais de educar os filhos nem os direitos fundamentais dos filhos. O § 13 I 3 VSO não teria o objetivo de fazer da cruz um instrumento de ensino ou objeto da aula geral. A cruz serviria tão somente a apoiar os pais junto à educação religiosa de seus filhos, o que não seria problemático do ponto de vista constitucional. Os limites do quadro constitucionalmente permitido de elementos ideológico-religiosos na educação escolar não teriam sido ultrapassados. O princípio da não identificação religiosa no ambiente estudantil requer observância diferente do que ocorreria “no âmbito puramente secular”, porque na área da educação as idéias ideológico-religiosas teriam mais significado do que nunca. O conflito entre a liberdade religiosa negativa (dos alunos reclamantes) e positiva (dos demais alunos) precisaria ser solucionado em observância do mandamento de tolerância e segundo o princípio da concordância. Por isso, os reclamantes não poderiam exigir que sua liberdade negativa de confissão religiosa tivesse uma prevalência absoluta em relação à liberdade positiva de confissão religiosa daqueles estudantes que foram educados em um determinado contexto confessional e que querem praticá-lo na escola. Ao contrário, poderia ser esperado dos reclamantes tolerância e respeito em relação às convicções religiosas dos outros, quando, na escola, se confrontarem com seu exercício religioso.

A Reclamação ordinária (*Beschwerde*) dos reclamantes, interposta junto à Corte (Superior) Administrativa do Estado da Baviera, não foi provida. Faltariam tanto a ameaça de dano irreversível (*periculum in mora*) quanto reais chances de êxito da ação principal.

A Reclamação Constitucional foi ajuizada pelos pais dos alunos e pelos próprios alunos contra as decisões dos tribunais administrativos. Elas foram julgadas procedentes. Houve, entretanto, três opiniões divergentes (uma das quais, da Juíza *Haas*, divergente também da opinião minoritária com a publicação de seu segundo voto, cf. abaixo). As decisões impugnadas ferem, segundo o TCF (ou a maioria do Primeiro Senado), os direitos fundamentais dos reclamantes 1 e 2 do Art. 4 I; 6 II 1 GG, além do Art. 19 IV GG, por ter a Corte (Superior) Administrativa negado a causa do pedido liminar. Os principais fundamentos foram reproduzidos abaixo.

1. A colocação de uma cruz ou crucifixo nas salas de aula de uma escola pública de ensino obrigatório, que não é escola confessional, fere o Art. 4 I GG.
2. O § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental da Baviera é incompatível com o Art. 4 I GG e nulo.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995
– 1BvR 1087/91 –**

A.

A Reclamação Constitucional diz respeito à colocação de cruzes ou crucifixos nas salas de aula.

I.

1. Segundo o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) de 21 de junho de 1983 (GVBl., p. 597), deve ser colocada uma cruz em cada sala de aula das escolas fundamentais públicas. (...).
2. – 3. (...).

II. – III. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

C.

A Reclamação Constitucional é procedente. (...)

I.

(...)

II.

As decisões impugnadas ofendem (também) os direitos fundamentais dos Art. 4 I c.c. 6 II 1 GG, dos reclamantes 1 e 2 e o direito fundamental do Art. 4 I GG, dos reclamantes 4, 5 e 6. Elas se baseiam no § 13 I 3 VSO, que, por sua vez, é incompatível com a *Grundgesetz* e nulo.

1. O Art. 4 I GG, protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. O Art. 4 I GG, deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos. Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença, aos atos nos quais esta se manifesta, e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta. Por essa razão, o Art. 4 I GG revela sua eficácia assecuratória de liberdade justamente em áreas da vida não deixadas à auto-organização social, mas que são tomadas, por precaução, pelo Estado (BVerfGE 41, 29 [49]). Isso leva também em conta o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV, o qual proíbe expressamente que alguém seja coagido à participação em atividades religiosas.

O Art. 4 I GG não se limita, porém, a impedir que o Estado se imiscua nas convicções, atos e manifestações religiosas do indivíduo ou de comunidades religiosas. Ele lhe impõe, antes, também o dever de lhes garantir uma gama de atividades, na qual a personalidade pode se desenvolver em seu âmbito ideológico e religioso (cf. BVerfGE 41, 29 [49]), e de lhes proteger contra ataques ou obstáculos perpetrados por seguidores de outras orientações religiosas ou de grupos religiosos concorrentes. O Art. 4 I GG não

fornece ao indivíduo e às comunidades religiosas, entretanto, uma pretensão ao auxílio estatal para a expressão de sua convicção religiosa. Pelo contrário, do Art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às diferentes religiões e confissões. O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro nas questões religiosas. Ele não pode, por isso, ameaçar a paz religiosa da sociedade. Esse mandamento encontra seu fundamento não apenas no Art. 4 I GG, mas também no Art. 3 III, Art. 33 I, assim como no Art. 140 GG c.c. Art. 136 I e IV e Art. 137 I WRV. Tais dispositivos não admitem a introdução de formas jurídicas religiosas estatais e proibem que se privilegie determinadas confissões assim como a exclusão de outros crentes (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; jurisprudência consolidada). Isto não se dá em razão da representatividade numérica ou da relevância social de uma crença (ver BVerfGE 32, 98 [106]). O Estado tem que, pelo contrário, observar um tal tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas que seja orientado pelo princípio da igualdade (cf. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Também naqueles casos em que o Estado colabora com tais comunidades ou as incentiva, não pode haver identificação com determinadas comunidades religiosas (cf. BVerfGE 30, 415 [422]).

O Art. 4 I GG abrange, associado ao Art. 6 II 1 GG, o qual garante aos pais o cuidado com a educação de seus filhos como direito natural, também o direito à educação dos filhos em seus aspectos religioso e ideológico. É assunto dos pais a transmissão aos seus filhos daquelas convicções relativas a questões religiosas ou ideológicas que consideram como sendo corretas (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]). A isso corresponde o direito de manter a criança afastada de convicções religiosas que lhes parecerem equivocadas ou lesivas.

2. O § 13 I 3 VSO intervém nesse direito fundamental, assim como as decisões impugnadas, as quais se baseiam naquela regra.

a) O § 13 I 3 VSO prescreve a colocação de cruzes em todas as salas de aula das escolas fundamentais da Baviera. O conceito de cruz abrange, segundo a interpretação dos tribunais do processo originário [de conhecimento], a cruz com e sem o corpo de Cristo. No exame da norma deve-se incluir, por isso, ambos os significados. Os reclamantes requereram no seu pedido de medida liminar, em verdade, somente a retirada de crucifixos. O Tribunal Administrativo admitiu expressamente, contudo, que ali também poderiam

ser consideradas as cruzes sem o corpo de Cristo, e julgou improcedente o pedido também nesse sentido mais amplo.

Aliada à obrigação escolar geral, as cruzes nas salas de aula fazem com que os estudantes, durante as aulas, em razão da vontade do Estado, [sempre] se deparem com este símbolo, sem que tenham a possibilidade de evitar a confrontação com um símbolo [de religião da qual não são adeptos], sendo obrigados destarte a estudar [por assim dizer] “sob a cruz”. Por isso, a colocação de cruzes nas salas de aula é diferente da confrontação freqüente no dia a dia com símbolos religiosos das mais variadas orientações religiosas. De um lado, esse tipo de confrontação [ora mencionado] não é provocado pelo Estado, mas conseqüência da propagação de diferentes convicções e comunidades religiosas na sociedade. De outro lado, esse tipo de confrontação não encerra o mesmo grau de inevitabilidade. Ainda que o indivíduo não tenha controle sobre se encontrará símbolos ou manifestações nas ruas, no transporte público ou ao entrar em prédios, trata-se, porém, em regra, de encontros fugazes, e, mesmo no caso de uma confrontação mais longa, esta não se baseia em uma coerção imponible, em caso de necessidade, por meio de sanções.

Em razão da duração e da intensidade, o efeito das cruzes nas salas de aula é ainda maior que o seu efeito nas salas de tribunal. Já em relação à coerção de participar de uma lide sob a cruz, contrariando convicções religiosas ou ideológicas pessoais, o Tribunal Constitucional Federal vislumbrou uma intervenção na liberdade de crença de um litigante judeu, que enxergava ali uma identificação do Estado com a fé cristã (cf. BVerfGE 35, 366 [375]).

(...).

b) A cruz é símbolo de uma determinada convicção religiosa e não apenas uma expressão da cultura ocidental co-marcada pelo Cristianismo.

As muitas tradições cristãs por séculos acabaram mesmo entrando nos fundamentos culturais gerais da sociedade, dos quais também os opositores do Cristianismo e os críticos de sua herança histórica não podem se desvencilhar. Destes devem ser distinguidos, porém, os conteúdos específicos da religião cristã ou mesmo de uma determinada confissão cristã, incluindo sua realização litúrgica e representação simbólica. Uma confissão estatal destes conteúdos religiosos, à qual também terceiros por meio de contatos com o Estado sejam expostos, atinge a liberdade de crença. Desta tese o Tribunal Constitucional Federal partiu na decisão sobre a constitucionalidade das escolas mistas com características cristãs, no modo tradicional vigente em *Baden*, quando verificou que a afirmação permitida do

Cristianismo se refere, em primeiro lugar, ao reconhecimento do marcante fator educacional e cultural, como ele foi constituído na história ocidental, mas aos postulados de fé da religião cristã. Apenas com uma tal limitação, essa afirmação é legitimada pelo prosseguimento de fatos históricos (cf. BVerfGE 41, 29 [52]) também em relação aos não cristãos.

A cruz representa, como desde sempre, um símbolo religioso específico do Cristianismo. Ela é exatamente seu símbolo por excelência. Ela é a representação plástica da redenção da humanidade do pecado original levada a termo no sacrifício e morte de Cristo, ao mesmo tempo em que representa também a vitória de Cristo sobre Satã e a morte, bem como seu reinado sobre a Terra, sofrimento e triunfo em um só ato (cf. o verbete “cruz” em: *Höfner / Rahner* (Org.), *Lexikon für Theologie und Kirche* – “Léxico de Teologia e Igreja, 2. ed., 1961, v. 6, p. 605 *et seq.*; *Fahlbusch* e outros (Org.), *Evangelisches Kirchenlexikon* – “Léxico da Igreja Evangélica”, 3. ed., 1989, v. 2, p. 1462 *et seq.*). Para os fiéis cristãos, a cruz é, por isso, de modos diversos, objeto de reverência e de devoção. A decoração de uma construção ou de uma sala com uma cruz é entendida até hoje como alta confissão do proprietário para com a fé cristã. Para os não cristãos ou ateus, a cruz se torna, justamente em razão de seu significado, que o Cristianismo lhe deu e que teve durante a História, a expressão simbólica de determinadas convicções religiosas e o símbolo de sua propagação missionária. Seria uma profanação da cruz, contrária ao auto-entendimento do Cristianismo e das igrejas cristãs, se se quisesse nela enxergar, como nas decisões impugnadas, somente uma expressão da tradição ocidental ou como símbolo de culto sem específica referência religiosa. A base religiosa da cruz torna-se também clara a partir do contexto do § 13 I VSO.

c) O impacto da cruz sobre os alunos também não pode ser negado, como fizeram as decisões impugnadas.

Ainda que seja correto dizer que a colocação de uma cruz na sala de aula não implica em coação à identificação ou a determinados testemunhos e de modos de comportamento, tampouco tem como conseqüência que a aula das disciplinas laicas seja marcada pela cruz ou que seja orientada aos seus postulados religiosos simbólicos ou exigências comportamentais. As possibilidades de impacto da cruz, porém, não se esgotam aí. A educação escolar não serve apenas ao aprendizado de técnicas racionais fundamentais ou ao desenvolvimento de capacidades cognitivas. Ela deve fazer também com que os potenciais emocionais e afetivos dos alunos sejam desenvolvidos. A atividade escolar tem, assim, como escopo promover de maneira abrangente o desenvolvimento de suas

personalidades, principalmente influenciando também seu comportamento social. É nesse contexto que a cruz em sala de aula ganha seu significado. Ela tem caráter apelativo e identifica os conteúdos religiosos por ela simbolizados como exemplares e dignos de serem seguidos. Não bastasse, isso ocorre, além do mais, em face de pessoas que, em razão de sua juventude, ainda não puderam consolidar suas formas de ver o mundo, que ainda deverão aprender e desenvolver a capacidade crítica e a formação de pontos de vista próprios, e que, por isso, são muito facilmente sujeitas à influência mental (cf. BVerfGE 52, 223 [249]).

As decisões impugnadas também não negam totalmente o caráter apelativo da cruz. Mesmo não reconhecendo na cruz um significado cristão específico em relação aos estudantes não cristãos, em face dos estudantes cristãos, todavia as decisões impugnadas vêm na cruz uma expressão essencial de sua convicção religiosa. Semelhantemente, o governador da Baviera sustenta que a cruz teria nas aulas ordinárias apenas um valor simbólico não específico, enquanto que, junto à oração escolar e nas aulas de religião, ela se transformaria num símbolo religioso específico.

3. O direito fundamental da liberdade de crença é garantido sem reserva. Isso não significa, porém, que quaisquer limites seriam sempre inadmissíveis. Estes só podem, no entanto, derivar da própria Constituição. Não cabe ao legislador a instituição de limites que já não estejam fundados na Constituição. Nada obstante, não existem no presente caso fundamentos constitucionais que poderiam justificar a intervenção.

a) Do Art. 7 I GG não pode ser derivada uma tal justificação.

No entanto, o Art. 7 I GG outorga ao Estado uma tarefa educacional (ver BVerfGE 34, 165 [181]). Ele tem que não somente organizar o sistema educacional, instituindo ele mesmo escolas, mas também pode estabelecer os objetivos educacionais e os métodos de formação. Neste mister, ele é independente dos pais (cf. BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 s.]). Por isso, não somente a educação escolar e a familiar podem entrar em conflito. Ao contrário, é também inevitável que, na escola, as diferentes convicções religiosas e ideológicas dos estudantes e de seus pais se choquem de maneira especialmente intensa.

Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (*praktische*

Konkordanz)²⁷¹, o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]).

Tal equilíbrio [compensação recíproca] não requer do Estado que ele renuncie, junto ao cumprimento da tarefa educacional outorgada pelo Art. 7 I GG, completamente a conteúdos religioso-ideológicos. Mesmo um Estado que garante amplamente a liberdade de crença e que se obriga, assim, à neutralidade religiosa e ideológica, não pode ignorar as opiniões e as convicções axiológicas historicamente enraizadas e culturalmente transmitidas, nas quais se baseia a coesão social e das quais depende também a realização de suas próprias tarefas. A fé cristã e as igrejas cristãs tiveram neste diapasão, pouco importando como hoje se avalia seu legado, uma extraordinária força de gênese cultural. As tradições do pensamento, as experiências sensoriais e os padrões de comportamento daí surgidos não podem ser indiferentes ao Estado. Isto vale sobretudo para a escola, na qual principalmente as bases culturais da sociedade são transmitidas e renovadas. Além disso, o [mesmo] Estado que obriga os pais a enviar seus filhos à escola pode levar em consideração a liberdade de religião daqueles pais que desejam uma educação de cunho religioso. A *Grundgesetz* reconheceu isto ao autorizar, no Art. 7 V GG, a existência de escolas públicas de cunho religioso-ideológico e de aulas de religião como matéria ordinária (Art. 7 III GG) e, além disso, ao deixar espaço para o exercício ativo da convicção religiosa (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 s.]).

Não obstante, não é possível, junto à organização da escola pública de ensino obrigatório, atentar inteiramente para todas as concepções educacionais existentes em uma sociedade pluralista. Principalmente, não se pode concretizar o aspecto negativo e o aspecto positivo da liberdade de religião em uma mesma e única instituição estatal sem problemas. Disso decorre que o indivíduo não se pode valer ilimitadamente do Art. 4 I GG no ambiente escolar.

Cabe ao legislador estadual a solução da inevitável relação conflituosa entre a liberdade religiosa negativa e a positiva, levando em conta o mandamento da tolerância religiosa, que tem que buscar no processo de formação da vontade pública um acordo cujo cumprimento possa ser exigido de todos (*ein für alle zumutbarer Kompromiss*). Ele pode se orientar em sua regulamentação, de um lado, no fato de o Art. 7 GG permitir influências religioso-ideológicas no âmbito do sistema educacional. Por outro lado, [deve buscar orientação no] o Art. 4 GG [que] ordena que, junto à escolha por uma determinada

²⁷¹ Desenvolvido originalmente por KONRAD HESSE, em seu tradicional Manual de Direito Constitucional da R.F.^a

orientação escolar, os constrangimentos religioso-ideológicos sejam excluídos tão completamente quanto possível. Ambos os dispositivos [constitucionais mencionados] devem ser vistos conjuntamente e harmonizados na interpretação, pois só a concordância [prática] dos bens jurídicos protegidos nos dois artigos é correspondente à vontade da *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 41, 29 [50 s.]).

O Tribunal Constitucional Federal chegou, a partir do exposto, à conclusão de que a introdução de referências cristãs na configuração da escola fundamental pública não é em si proibida ao legislador estadual, não importando se os responsáveis legais, que não podem, junto à educação de seus filhos, subtrair-se desta escola, não desejem uma educação religiosa. Pressuposto é, entretanto, que somente o mínimo indispensável de elementos de coação sejam utilizados. Isso significa, principalmente, que a escola não pode entender sua tarefa na esfera religioso-ideológica de maneira missionária, não podendo desejar vinculação [da aula de religião] a conteúdos religiosos cristãos. A afirmação do Cristianismo baseia-se, deste modo, no reconhecimento do marcante fator cultural e de formação, e não em determinadas verdades religiosas. Faz parte do Cristianismo, como fator cultural, justamente a idéia da tolerância em face do pensamento diferente. A confrontação dessa afirmação do Cristianismo com uma concepção do mundo de cunho cristão não implica, em todo caso, numa desvalorização discriminatória de convicções filosóficas não cristãs, tão logo não se trate de uma transmissão de fé [proselitismo], mas do esforço pela realização da personalidade autônoma no âmbito religioso-ideológico, segundo a determinação fundamental do Art. 4 GG (cf. BVerfGE 41, 29 [51 s.]; 41, 65 [85 s.]). O Tribunal Constitucional Federal declarou, por isso, que a regra a respeito das escolas comunitárias cristãs do Art. 135 II da Constituição da Baviera é somente com base em uma interpretação conforme a Constituição compatível com a *Grundgesetz* (cf. BVerfGE 41, 65 [66 e 79 *et seq.*]), ressaltando, em face da escola mista com caráter cristão no sentido tradicional de Baden, não se tratar de uma escola bi-confessional (cf. BVerfGE 41, 29 [62]).

A colocação de cruzes nas salas de aula ultrapassa os limites traçados, segundo o supra exposto, da orientação religioso-ideológica da escola. Como já verificado, a cruz não pode ser separada de sua específica referência ao conteúdo religioso do Cristianismo, não podendo ser reduzida a um signo geral da tradição cultural ocidental. Ela simboliza o núcleo essencial da convicção religiosa cristã, que, ainda que tenha moldado de modo variado o mundo ocidental, não é de forma alguma compartilhada por todos os membros da sociedade, mas, pelo contrário, rejeitada por muitos no exercício de seu direito fundamental previsto no Art. 4 I GG. Sua colocação em escolas públicas de ensino

obrigatório é, destarte, incompatível com o Art. 4 I GG, desde que não se tratem de escolas religiosas cristãs.

b) A colocação da cruz também não é justificada pela liberdade de crença positiva dos pais e alunos cristãos. A liberdade de crença positiva cabe a todos os pais e alunos da mesma maneira, e não apenas aos cristãos. O conflito daí derivado não é resolvido segundo o princípio majoritário, pois justamente o direito fundamental da liberdade de crença visa a proteção, de maneira especial, das minorias. Além disso, do Art. 4 I GG não pode ser deduzida uma pretensão ilimitada dos titulares do direito fundamental ao exercício de sua [respectiva] convicção religiosa em instituições estatais. Quando a escola, em harmonia com a Constituição, deixar espaço para tanto, como ocorre no caso das aulas de religião, da oração escolar e de outros eventos religiosos, tais atividades têm que ser marcadas pelo princípio da voluntariedade, deixando àqueles que não partilham da fé cristã possibilidades não discriminatórias de afastamento [ou não participação]. Esse não é o caso da colocação de cruces em salas de aula, de cuja presença e apelo o não-cristão não se pode esquivar. Finalmente, não seria compatível com o mandamento da concordância prática reprimir os sentimentos daqueles que pensam diferente [não-cristãos] para que os alunos cristãos possam, além da aula de religião e devoção voluntária, estudar, também nas matérias laicas, sob o símbolo de sua religião.

D.

(...)

(ass.) *Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Kühling, Seibert, Jaeger, Haas*

Opinião discordante dos Juízes *Seidl* e *Söllner* e da juíza *Haas*

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995

– 1 BvR 1087/91 –

A decisão tomada pela maioria do Senado, segundo a qual o § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera que determina a colocação de uma cruz em cada sala de aula fere a *Grundgesetz*, não é por nós compartilhada (...).

I. – III. (...)

(ass.) *Seidl, Söllner, Haas*

Opinião discordante da juíza *Haas*

na decisão do Primeiro Senado de 16 de maio de 1995

– 1 BvR 1087/91 –

Além disso, eu não compartilho nem da fundamentação da maioria do Senado sobre a admissibilidade da Reclamação Constitucional, nem dos argumentos sobre o fundamento da ordem [derivada do julgamento de procedência – efeito específico da decisão]

1. – 2. (...).

(Ass.) Haas

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 4 GG:

BADURA, Peter. *Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz*, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “‘Kopftuchstreit’ auf dem richtigen Weg?”. *NJW* 2001, p. 723 – 728.

HUSTER, Stefan. *Die ethische Neutralität des Staates*, 2002.

KÄSTNER, Karl-Herrmann. “Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung”. *AöR* 123 (1998), p. 408 – 443.

SCHOCH, Friedrich. *Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft*. In: Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, p. 150 – 167.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 4 GG:

BVerfGE 12, 45 (53 *et seq.*) – *Kriegsdienstverweigerung I*; 35, 366 (373 *et seq.*) – *Kreuz im Gerichtssaal*; 41, 29 (44 *et seq.*) – *Simultanschule*; 48, 127 (159 *et seq.*) – *Wehrpflichtnovelle*; 52, 223 (236 *et seq.*) – *Schulgebet*; 69, 1 (21 *et seq.*) – *Kriegsdienstverweigerung II*; 70, 138 (162 *et seq.*) – *Loyalitätspflicht*; 78, 391 (395) – *Totalverweigerung I*; 80, 354 (358) – *Totalverweigerung II*; 83, 341 (353 *et seq.*) – *Bahai*; 102, 370 (384 *et seq.*) – *Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas*; 104, 337 (345 *et seq.*) *Schächten*; 105, 279 (292 *et seq.*) – *Osho*; BVerfG NJW 2003, 3111 *et seq.* – *Kopftuch*.