



PARECER

“BAIANAS EVANGÉLICAS DO ACARAJÉ” EM FACE DO MUNICÍPIO DE SALVADOR/BA: UM ESBOÇO DE PARECER DE *AMICUS CURIAE*¹

EVANGELICAL BAIANAS OF ACARAJÉ FACING THE MUNICIPALITY OF SALVADOR/BA: A SKETCH OF AN AMICUS CURIAE OPINION

Leonardo Martins²
0000-0002-1188-8194

SUMÁRIO

O CASO: PRELIMINARES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS

INTRODUÇÃO: DA FIXAÇÃO DE PARÂMETROS JUSFUNDAMENTAIS PARA A HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR NM.

I. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RBS À LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII DA CF).

1. Da área de proteção do art. 5º, XIII CF. 2. Da intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental à liberdade profissional de RBS. 3. Justificação constitucional da intervenção estatal verificada. 3.1 Limite derivado da reserva legal simples do art. 5º, XIII in fine CF. 3.2 Proporcionalidade de NM. 3.2.1 Da licitude constitucional do propósito de NM. 3.2.2 Licitude do meio de intervenção. 3.2.3 Adequação de NM em face do seu propósito. 3.2.4 Necessidade de NM em face do seu propósito. 3.3 Conclusão intermediária: constitucionalidade de NM em face do art. 5º, XIII CF

¹ Versão revista, corrigida e atualizada do seguinte capítulo de obra coletiva: Martins, L. “Baianas Evangélicas do Acarajé em face do Município de Salvador/BA”: um esboço de parecer de Amicus Curiae. In: ROTHEMBURG, W. C. (org.). *Direitos fundamentais, dignidade, constituição*: estudos em homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet. Londrina: Thoth, 2021. p. 425-450.

² Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito. E-mail: leonardomartins1@yahoo.de

Recebido em 1 de setembro de 2022 e aprovado em 20 de setembro de 2022.

Como citar este artigo/How to cite this article

Martins, L. “Baianas evangélicas do acarajé” em face do município de Salvador (BA): um esboço de parecer de *Amicus Curiae*. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 3, e226921, 2022. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v3e2022a6921>



II. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RBS À LIBERDADE DE CRENÇA (ART. 5º, VI E VIII CF). 1. Da área de proteção do art. 5º, VI e VIII CF. 2. Intervenção estatal na área de proteção do art. 5º, VI e VIII CF. 3. Justificação constitucional da intervenção. 3.1 Interpretação do possível limite constitucional aplicado na intervenção legislativa. 3.1.1. Da presença de reservas legais no art. 5º, VI e VIII CF. 3.1.2 Limite constitucional derivado do direito constitucional colidente (art. 215, §1º da CF). 3.2 Proporcionalidade da intervenção. 3.2.1 Licitudes do propósito e do meio de intervenção em M. 3.2.2 Adequação. 3.2.3 Necessidade. 3.3. Conclusão intermediária

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS

O CASO

RBS, brasileira e natural de Salvador/BA, dedica-se, há décadas, ao comércio dos famosos quitutes baianos conhecidos como “acarajés”. Ela faz parte de um grupo social conhecido como “baianas do acarajé”, que goza de longa tradição cultural naquele Estado da federação brasileira.

Há dois anos, **RBS** converteu-se a uma denominação religiosa evangélica. Entre os vários mandamentos de sua nova religião, consta justamente a proibição do uso da típica indumentária das “baianas do acarajé”, que remete o observador à religião afro-brasileira do candomblé.

Por intermédio de norma constante de uma nova lei municipal (**NM**), a Prefeitura de Salvador regulamentou o exercício do comércio de acarajés. Considerando tratar-se de traço característico do patrimônio cultural do Estado da Bahia, o legislador soteropolitano determinou o uso da referida típica indumentária a todas as comerciantes em pauta. A não observância de tal regra foi cominada com penas de multa e, em caso de reincidência, até de cassação da licença para a exposição à venda dos acarajés em locais autorizados.

Qual é a situação **jurídico-material** desse caso? (Teria um eventual questionamento judicial da norma municipal chances de êxito?).

PRELIMINARES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS

Definir qual seria a situação **jurídico-material** significa avaliar quem pode, com chances de êxito, isto é, de maneira fundamentada, questionar judicialmente o quê (objeto), com base em qual fundamento (parâmetro normativo).

Quando se tem um caso que, aparentemente, envolva uma questão constitucional tal qual o presente, tem-se de, especificamente, examinar como objeto um ato emanado de órgão estatal,



pertença ele a qualquer um dos três poderes constituídos da República; exerça ele, independentemente de tal enquadramento, qualquer uma das três funções estatais clássicas da legislação, da administração/governo ou da jurisdição.

Assim, em casos como o presente, trata-se de proceder ao exame do objeto quanto à sua constitucionalidade (objeto do controle normativo de constitucionalidade) em face de um parâmetro normativo-constitucional (no caso: com base em norma definidora de direito fundamental).

A solução deverá atender aos critérios metodológicos (entre outros: exame trifásico, em estilo de parecer) desenvolvidos e apresentados na obra Dimoulis e Martins (2022).

PARECER DE *AMICUS CURIAE*

INTRODUÇÃO: DA FIXAÇÃO DE PARÂMETROS JUSFUNDAMENTAIS PARA A HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR NM

Do presente caso depreende-se uma situação jurídico-material potencialmente inconstitucional. Um eventual questionamento judicial por **RBS** deveria ser julgado procedente, pressupondo-se o cabimento da via processual escolhida, desde que a norma da **lei municipal**, promulgada pela Câmara de Vereadores de Salvador (a seguir, somente: **NM**), fosse inconstitucional. Inconstitucional seria **NM** se ela tivesse violado ao menos uma norma da Constituição Federal brasileira. À tela vêm normas definidoras de direitos fundamentais dos quais **RBS** seja titular.

Possíveis violações de dois direitos fundamentais de **RBS** poderiam decorrer da inobservância de sua liberdade profissional, do art. 5º, XIII CF, e de sua liberdade de crença, do art. 5º, VI e VIII CF.

Trata-se, assim, de uma concorrência entre dois direitos fundamentais. Suas respectivas concorrentes incidências não podem ser, entretanto, na qualidade de parâmetros de avaliação da constitucionalidade de **NM**, *a priori* resolvidas, pelo menos não de plano, com a escolha de único parâmetro. Este seria o caso se possível fosse uma resolução prévia de concorrências com a aplicação do parâmetro específico e afastamento do genérico conforme a regra hermenêutica de solução de antinomias e concorrências *lex specialis derogat legi generali*³. Isso porque parece se tratar, no caso,

³ Sobre o conceito de concorrência de direitos fundamentais, suas classificações e formas de resolução, ver Dimoulis e Martins (2022, p. 222–228).



de duas normas constitucionais que tutelam dois aspectos normativos totalmente distintos do mesmo comportamento de **RBS** que, em princípio, pretende-se livre da intervenção estatal.

De fato, a prescrição da indumentária tradicional das “baianas do acarajé” a todas aquelas mulheres que pretendam comercializar seus quitutes tem o condão, em tese, tanto de impedir-lhes uma atividade econômica, da qual extraíam renda imprescindível a sua sobrevivência e/ou ao seu sucesso econômico, quanto de coercitivamente impor-lhes uma vestimenta que se choque contra ditames de natureza religiosa por elas convictamente seguidos.

Conclui-se, preliminarmente, que **NM** deveria passar no crivo dos dois parâmetros jusfundamentais. Há de se investigar, de maneira subsequentemente específica, uma possível violação do art. 5º, XIII e do art. 5º, VI e VIII CF.

I. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RBS À LIBERDADE PROFISSIONAL (art. 5º, XIII da CF)

A verificação da violação do direito fundamental em epígrafe pressupõe que **NM** represente uma intervenção estatal (a seguir: sob **2.**) não justificada (**3.**) na área de proteção do art. 5º, XIII da CF (**1.**).

1. Da área de proteção do art. 5º, XIII, CF

O art. 5º, XIII CF outorga, conforme predetermina o art. 5º, *caput* CF, a todo brasileiro e estrangeiro residente no país o direito ao livre “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”.

A tríade conceitual da proteção (“trabalho”, “ofício” e “profissão”) deve ser interpretada sistematicamente a fim de se revelar qual é o comportamento individual que, em princípio, deve permanecer livre de óbices criados por quaisquer órgãos estatais. Inclui-se nesse rol obviamente o legislador, que é o primeiro destinatário direto de qualquer norma definidora de direito fundamental.

Por uma interpretação intrínseco-sistemática do dispositivo que leve em consideração especialmente seu sentido de complementariedade, deriva-se o reconhecimento de que qualquer atividade econômica que contribua para a subsistência ou mesmo para o sucesso econômico do titular de direito fundamental não pode sofrer *prima facie* impedimentos fáticos ou sancionamentos



normativos perpetrados pelos destinatários normativos, que são os referidos órgãos estatais⁴. Como se trata, em face da *área* da vida social ou *de regulamentação* contemplada pela norma jusfundamental⁵, do desempenho de atividade individual economicamente relevante, pode-se, inclusive, estender o exercício do direito protegido a pessoas artificiais⁶. É o que resulta, sobretudo, do cotejo do art. 5º, XIII com o art. 170, § único CF⁷. Desse modo, mediante essa combinação com a livre iniciativa empresarial o direito fundamental à liberdade profissional abrange, na pior das hipóteses ao seu titular – mesmo porque a escolha pelo titular de uma atividade econômica autônoma corresponde indubitavelmente à hipótese normativa do art. 5º, XIII CF –, todas as escolhas empresariais implícitas no conceito do princípio jurídico-objetivo da livre iniciativa do art. 170 CF, lá ressubjetivado em seu §1º⁸.

Conforme a descrição do caso, **RBS** é cidadã brasileira e, destarte, titular do direito fundamental em pauta. Ela prepara e comercializa os quitutes conhecidos como acarajés como atividade econômica autônoma que lhe garante a subsistência.

Logo, o comportamento de **RBS** de expor seus quitutes à venda é um comportamento abrangido pela área de proteção do art. 5º, XIII CF.

2. Da intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental à liberdade profissional de **RBS**

Uma intervenção estatal poderia ser verificada em **NM**. Estará presente uma intervenção estatal⁹ em direito fundamental toda vez que um ato atribuído ao poder público em sentido *lato*, como aludido especialmente aos titulares da função estatal legislativa, primeiro, impedir o exercício

⁴ Em geral, acerca do tema, ver Martins (2012, p. 162).

⁵ Sobre o conceito de área de regulamentação em oposição à área de proteção, ver Dimoulis e Martins (2022, p. 177) e Kingreen e Poscher (2020, p. 84). Com variações terminológicas, ver a recepção da dogmática jusfundamental alemã por Sarlet (2021, p. 403).

⁶ Conferir, por todos, os comentários analíticos contidos em Dimoulis e Martins (2022, p. 119).

⁷ Porém, ainda sem extrair do estudo da titularidade da pessoa jurídica, no caso em espécie, a correta consequência da aplicação combinada entre os dois dispositivos constitucionais (Martins, 2012, p. 104).

⁸ O neologismo da ressubjetivação é utilizado na discussão comparada germânica, tanto principalmente na contraposição entre as dimensões subjetiva e positiva dos direitos fundamentais quanto até mesmo de normas orgânicas de competência, como no clássico caso *Elfes* (BVerfGE 6, 32) – conferir também excertos comentados em Martins (2016, p. 51). Com panorama do estado da arte: Schröder (2016, p. 642).

⁹ Sobre o conceito, ver Dimoulis e Martins (2022, p. 187).



mais amplo possível do comportamento abrangido pela área de proteção como retro verificado. Alternativamente, também estará presente intervenção estatal quando o comportamento analisado for cominado com uma desvantagem jurídica a ser sofrida pelo titular do direito em caso de não observância das condições legalmente estabelecidas para o desempenho da atividade econômica.

Intervenções estatais na liberdade profissional podem atingir, tipicamente, o momento da *escolha* de uma profissão, de um ofício ou trabalho ou conectar-se ao seu *exercício*. Em geral, intervenções na escolha profissional (do ofício ou do trabalho) são consideradas mais gravosas ao titular do que intervenções no exercício. Trata-se, contudo, de uma mera medida indicativa ou presunção relativa¹⁰.

No presente caso, **NM** prescreve uma vestimenta, indistintamente, a todas as mulheres que pretendam vender acarajés. Essa prescrição prevê para o caso de sua inobservância a cominação de uma pena pecuniária e/ou suspensão da licença para exploração da atividade. Como **RBS** já comercializa os acarajés há décadas, a eventual aplicação de multa implicará uma restrição suscitada por seu *exercício* profissional. Como explicitado, trata-se, em geral, de intervenção considerada de menor intensidade do que seria a aplicação da pena de cassação de licença em caso de reincidência na inobservância do prescrito pela **NM**¹¹. No último caso, ter-se-ia uma intervenção mais intensa, uma vez que atingiria o aspecto da *escolha* profissional, pois **RBS** seria instada pela medida legal municipal a se dedicar a outra atividade econômica a fim de garantir sua subsistência¹².

Portanto, **NM** representa uma intervenção estatal no direito fundamental de todas as pretendentes ao trabalho de vendedora de acarajés, categoria à qual pertence **RBS**. Está presente uma intervenção estatal-legislativa no direito fundamental de **RBS** à liberdade profissional.

¹⁰ A esse respeito, por todos, ver Martins (2018, p. 321).

¹¹ Trata-se da teoria de marca jurisprudencial germânica conhecida como “teoria dos degraus”. Segundo ela, as intervenções estatais que recaiam sobre a escolha profissional por intermédio da determinação de pressupostos subjetivos ou objetivos para o ingresso em uma carreira (*escolha*), sobretudo no caso de chamados “profissionais liberais”, seriam, em geral, mais intensas do que as intervenções que recaiam sobre o *exercício* profissional. Correspondentemente, poderiam ser classificados segundo a mencionada teoria “degraus de intensidade” a serem observados quando do exame de sua proporcionalidade. Sobre isso ver BVerfGE 7, 377 (*Apothekenurteil*); os excertos dessa decisão do TCF alemão e anotações de Martins (2021, p. 112), e em Dimoulis e Martins (2014, p. 277). Verificar as análises da teoria dos degraus com amplo debate com a literatura especializada germânica por Martins (2021, p. 29).

¹² Acerca do tema, ver Martins (2012, p. 167).



3. Justificação constitucional da intervenção estatal verificada

Toda intervenção estatal em direito fundamental pode restar justificada se, primeiro, o direito fundamental atingido tiver sido outorgado pelo constituinte com um limite expressamente previsto ou se tal limite decorrer de uma colisão entre o direito fundamental restringido e outro bem jurídico-constitucional (3.1)¹³. Em segundo lugar, o próprio vínculo do legislador ao direito fundamental condiciona a justificação constitucional da intervenção verificada. Isso porque do vínculo do legislador a todos os direitos fundamentais decorre o efeito de o limite aplicado ter de ser concretamente imposto mediante observância do seu limite recíproco. Tal “limite recíproco” deriva-se do próprio parâmetro de direito fundamental e consubstanciado na proibição de excesso ínsita ao princípio da proporcionalidade (3.2)¹⁴.

3.1 Limite derivado da reserva legal simples do art. 5º, XIII *in fine* CF

No caso em tela, tem-se um expresse limite caracterizado por uma reserva legal simples:¹⁵ o constituinte autorizou ao legislador ordinário impor “qualificações profissionais” (art. 5º, XIII *in fine* CF)¹⁶.

Além da questão da competência legislativa do município de Salvador que pode ser aqui deixada em aberto¹⁷, trata-se, na ressalva constitucional em comento, de uma autorização genérica

¹³ Nessa linha, dentre outros Dimoulis e Martins (2022, p. 201).

¹⁴ Vide a respeito do tema: Dimoulis e Martins (2022, p. 229).

¹⁵ Nesta linha Dimoulis e Martins (2022, p. 201).

¹⁶ Em sentido contrário, conferir o voto do Min. Gilmar Mendes e do Rel. Min. Marco Aurélio no RE 603.583/RS (constitucionalidade do Exame de Ordem promovido pela OAB como requisito para ingresso de bacharéis em Direito em seus quadros). Ver também a análise detalhada por Martins (2018, p. 322), especialmente do primeiro julgador, que enxerga na ressalva uma reserva legal qualificada. Isso apenas seria correto se “qualificações profissionais”, que podem ser prescritas pelo legislador ordinário, representassem o único propósito predeterminado pelo constituinte cuja solitária persecução pudesse justificar a intervenção. Contudo, uma interpretação teleológica mais detida desautoriza essa conclusão: as qualificações não são o propósito em si da intervenção legislativa. Pelo contrário, a locução funciona como ponte para uma autorização genérica de meios para atender as mais variadas finalidades pertinentes a cada carreira ou profissão regulamentada. Tal interpretação extensiva é corroborada por uma interpretação constitucional histórica do dispositivo como afirmado adiante no texto. Assim, o legislador, por exemplo, prescreveria certas qualificações mínimas para cada profissão, tendo em vista a proteção do bem jurídico coletivo que poderia restar ameaçado a partir da ausência de qualificação mínima específica. Exemplos: “Administração da Justiça”, no caso do profissional liberal advogado; “saúde pública”, no caso das profissões ligadas à medicina; “segurança das edificações”, no caso de se exigir qualificação mínima para engenheiros civis e assim por diante. Em geral, conferir novamente Martins (2018, p. 322).

¹⁷ Cabe aqui apenas a referência aos parâmetros normativos constitucionais: o art. 215, §1º CF determina o dever de o Estado brasileiro proteger, entre outras, as manifestações da cultura afro-brasileira. Ele o faz sem mencionar



para a fixação de condições e critérios subjetivos (ligados ao teor “qualificações profissionais”), mas também de condições e critérios objetivos¹⁸. A combinação de uma interpretação histórica com uma interpretação teleológica permite essa compreensão extensiva da vontade restritiva constitucional¹⁹. As referidas condições e critérios objetivos decorrem, dentre outros, da missão do poder público municipal de gerir a exploração do espaço público com vistas a assegurar a ordem pública nas vias e demais logradouros públicos.

Outras perspectivas hermenêuticas (*argumentum e contrario*, mas até uma *reductio ad absurdum*) corroboram a caracterização da presente reserva legal como “simples” e não “qualificada” pelo propósito das “qualificações profissionais”. Com efeito, uma vez se fixando, ao contrário do proposto, uma interpretação restritiva do teor analisado, qualquer exigência feita pelo poder público de alvará de funcionamento, que escapasse, portanto, dos limites de um conceito restrito, seria de plano inconstitucional, um resultado que pode ser descartado como insustentável (absurdo). Imprescindível no caso é aplicar, também aqui na fase da interpretação do limite constitucional ao direito fundamental do art. 5º, XIII, *in fine* CF, o limite previsto no art. 170, § único, *in fine* CF, segundo o qual deve ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, “independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*” (grifo nosso). Como se está presente nesse dispositivo uma reserva legal notoriamente classificável como “simples”, não há como se entender que, no art. 5º, XIII, CF, o constituinte tenha querido, de resto, engessar o dinâmico

expressamente a lei ou um órgão legiferante competente para tanto. Por sua vez, o art. 23, V CF determina como competência comum dos três entes federativos “proporcionar os meios de acesso à cultura [...]”. Já o art. 24, IX CF atribui, entre outras, a matéria da “cultura” especificamente à competência legislativa concorrente da União e dos Estados-membros / Distrito Federal. Questionável é, portanto, se **NM** poderia se enquadrar na hipótese do art. 23, V CF.

¹⁸ Principalmente no caso de condições objetivas para a exploração por pessoa jurídica de uma atividade econômica, pois a pessoa jurídica pode se valer da liberdade profissional decorrente da aplicação conjunta do art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único CF (livre iniciativa). Conferir também, a esse respeito Martins (2012, p. 164) e sobre a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, em geral: Dimoulis e Martins (2022, p. 119-124).

¹⁹ Novamente referências trazidas à nota 11. A consulta aos antecedentes históricos do art. 5º, XIII da vigente CF (art. 179, XXIV da Constituição Imperial de 1824; art. 72, § 24, da Constituição de 1891; art. 113, n. 13, da Constituição de 1934; art. 122, § 8º, da Constituição de 1937; art. 141, § 14 da Constituição de 1946 e o art. 150, § 23, da Constituição de 1967) revela o uso constante, começando pela segunda Constituição republicana (1934), do termo “condições” em vez de “qualificações”, ainda que de “capacidade técnica”. Especialmente a Constituição promulgada de 1934 (“observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”) bem como também a outorgada de 1937 (“observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei”) continham teores de reserva legal os quais sugerem a maior abertura aqui defendida para o termo “qualificações profissionais” do vigente art. 5º, XIII *in fine* CF.



desenvolvimento de quais devam ser as qualificações subjetivas mínimas exigíveis ao exercício de determinada profissão e/ou atividade econômica em geral. As qualificações a serem estabelecidas pelo legislador ordinário devem servir a propósitos outros que não aqueles implícitos nas qualificações subjetivas, razão pela qual a proteção contra concorrência proveniente, por exemplo, de novos profissionais liberais que entrem no mercado, não configura um propósito legítimo²⁰. O constituinte foi, ao contrário, mais “generoso” ao confiar ao legislador ordinário certa margem discricionária para a livre escolha de fins a serem perseguidos e de meios interventivos a serem utilizados. Isso, porém, é justamente o que diferencia uma reserva legal simples de uma reserva legal qualificada.

Assim, a interpretação sistemática, histórica e teleológica resulta na ampliação do conceito de “qualificações” que, necessariamente, deve abarcar também as mencionadas condições objetivas imponíveis ao ingresso em determinada atividade econômica. Com isso, esse conceito amplo de “qualificações” implica possíveis restrições não necessariamente centradas em qualificações subjetivas do titular do direito cuja hipótese de violação se examina, tais como as implícitas nas prescrições de pressupostos objetivos para alvarás e licenças para exploração de dada atividade econômica.

Questionável é, destarte, se a prescrição de certa indumentária poderia ser subsumida sob a reserva legal firmada pelo constituinte no art. 5º, XIII *in fine* CF. Em outras palavras, questionável é se a determinação da vestimenta pode fazer parte da margem discricionária confiada pelo constituinte aos titulares da função legislativa.

A resposta é afirmativa. Como se trata de uma reserva legal simples, caracterizada pela não predeterminação de propósitos a serem perseguidos ou meios da intervenção legislativa, basta que com a medida o poder público municipal esteja perseguindo um propósito (apenas) lícito constitucionalmente falando (a seguir, sob **3.2.1**)²¹. Em outras palavras: o bem jurídico, cuja proteção

²⁰ Conferir, a esse respeito Kingreen e Poscher (2020, p. 282). Também a discussão em torno da decisão do STF no RE 511.961 sobre a constitucionalidade da exigência de diploma para o exercício de profissões jornalísticas por Martins (2012, p. 294).

²¹ Sobre esse critério de análise da licitude do propósito em si, preliminar aos exames relacionais da adequação e necessidade do meio de intervenção em relação ao seu propósito: vide Dimoulis e Martins (2022, p. 251).



corresponde ao propósito da intervenção, nem sequer precisa ter *status* ou “dignidade constitucional”²².

Em sede de conclusão intermediária, tem-se que **NM** está coberta pela reserva legal simples do art. 5º, XIII *in fine* CF.

3.2 Proporcionalidade de NM

Para restar finalmente justificada a intervenção estatal consubstanciada na **NM**, ela teria de ser proporcional. **NM** seria proporcional se, na qualidade de meio de intervenção (a seguir: **3.2.2**), pudesse ser considerada adequada (**3.2.3**) e necessária (**3.2.4**) a um propósito lícito constitucionalmente falando (**3.2.1**).

3.2.1. Da licitude constitucional do propósito de NM

Conforme se depreende da descrição do caso, **NM** tem como propósito fomentar uma tradição cultural local, qual seja: a cultura das “baianas do acarajé”. Trata-se de um propósito lícito constitucionalmente. Mais: ele pode ser considerado o cumprimento de um – no direito comparado alemão com bons motivos assim chamado – “mandato legislativo objetivo” (*Gesetzgebungsauftrag*)²³ derivado de normas constitucionais (art. 215, §1º da CF e, também, abaixo, sob **II. 3.1.2**).

3.2.2. Licitude do meio de intervenção

Além da questão da constitucionalidade formal, a prescrição de uma indumentária por **NM** não viola *per se* nenhuma norma jurídica constitucionalmente compatível ou decorrente da própria Constituição Federal.

²² A esse respeito, entre outros, ver Dimoulis e Martins (2022, p. 251).

²³ Por exemplo, entre os muitos mandatos legislativos objetivos constantes na interpretação e aplicação do art. 6 da *Grundgesetz*, com amplas referências à literatura germânica, os examinados por Martins (2019, p. 23). Outra alcunha que se dá é “mandato constitucional” (*Verfassungsauftrag*). Alguns autores traduzem-no para o vernáculo por intermédio dos vocábulos “mandado” ou “mandamento legislativo”. Por não se tratar de uma ordem concreta, mas de um mandato de direito público, outorgado (de cumprimento obrigatório) pelo constituinte (mandante) ao legislador ordinário (mandatário), considera-se aqui a expressão “mandato” (legislativo objetivo) mais apropriada.



3.2.3. Adequação de NM em face do seu propósito

Adequado será um meio de intervenção se com sua aplicação suscitar-se um estado de coisas que, conforme a experiência empiricamente comprovada, induza o estado de coisas pretendido. Em termos técnicos, está presente, na espécie, uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas provocado pela intervenção e o estado de coisa pretendido²⁴. Trata-se, portanto, de se realizar um *prognóstico* pautado em dados empiricamente levantados. Pode-se, de maneira mais coloquial, dizer que para ser adequado o meio de intervenção adotado deve fomentar o propósito perseguido, já que não se trata de uma lei da natureza, da qual possa ser deduzida uma relação causal por excelência.

No presente caso, a observância pelas comerciantes da indumentária prescrita por NM (situação provocada pela observância da obrigatoriedade imposta pela intervenção estatal legislativa) guarda uma nítida relação com o estado de coisas pretendido que é a manutenção de uma tradição cultural a ser percebida pelos munícipes de Salvador e pelos muitos turistas que visitam aquela capital.

Assim, NM fomenta o propósito perseguido pelo legislador municipal. Logo, NM é adequada ao seu propósito.

3.2.4. Necessidade de NM em face do seu propósito

Necessário será um meio adequado de intervenção se não houver meios alternativos que sejam, ao mesmo tempo, igualmente adequados, no sentido técnico-jurídico retro definido, mas que igualmente sejam, por sua vez, menos onerosos à liberdade atingida (“proibição de excesso”)²⁵.

O subprincípio da necessidade determina, assim, um procedimento composto de duas etapas²⁶. A primeira etapa refere-se à habilitação de alternativas igualmente adequadas, enquanto a segunda refere-se à comparação entre as intensidades do meio adequado escolhido pelo Estado e dos meios alternativos que passaram no crivo da primeira etapa da habilitação por serem “igualmente adequados”. Em suma, faz-se uma busca por alternativas adequadas (exame eliminatório) e verifica-

²⁴ Nesse sentido, verificar Kingreen e Poscher (2020, p. 99) e sua recepção no direito pátrio por Dimoulis e Martins (2022, p. 260).

²⁵ Nesse sentido Kingreen e Poscher (2020, p. 100) e, mais uma vez, a recepção e desenvolvimento do critério tendo em vista o direito constitucional positivo brasileiro por Dimoulis e Martins (2022, p. 269).

²⁶ A esse respeito, verificar a análise detida do tema em Dimoulis e Martins (2022, p. 270).



se se o meio interventivo escolhido pelo Estado é, entre todas as alternativas encontradas, o meio menos gravoso ao direito atingido (exame classificatório).

No caso em tela, não se vislumbra alternativa que não seja a dispensa do uso da prescrita vestimenta a **RBS**. Tal alternativa é, contudo, inadequada ao alcance do propósito da intervenção estatal legislativa. Por isso, ela não serve como fundamentada refutação à observância pelo Estado da proibição de excesso.

Portanto, o meio de intervenção prescrito em **NM** é também necessário.

3.3 Conclusão intermediária: constitucionalidade de NM em face do art. 5º, XIII, CF

A intervenção legislativa consubstanciada por **NM** representa uma intervenção estatal justificada na área de proteção do direito fundamental à liberdade profissional de **RBS**²⁷. Consequentemente, **NM** não o violou.

II. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RBS À LIBERDADE DE CRENÇA (ART. 5º, VI E VIII, CF)

NM teria violado o direito fundamental de **RBS** à liberdade de crença derivado do art. 5º, VI e VIII CF, se representasse uma intervenção estatal (a seguir: **2.**) não justificada (**3.**) na área de proteção do referido direito (**1.**).

1. Da área de proteção do art. 5º, VI e VIII, CF

Preliminarmente, há de se esclarecer a seguinte relação sistemática. Os incisos VI ao VIII do art. 5º CF apresentam uma unidade sistêmica de proteção constitucional do direito fundamental à “inviolabilidade” da “liberdade” de “consciência” e de “crença”.

Todos os conceitos destacados entre aspas são significativos. Primeiro, trata-se, em primeira linha, de uma liberdade no sentido negativo (*status libertatis* ou *status negativus*) nos inc. VI e VIII, de um lado. No mais, trata-se de uma liberdade no sentido positivo ou prestacional no inc. VII, de

²⁷ Excluiu-se conscientemente do presente exame o terceiro passo da proporcionalidade em sentido estrito propugnado pela opinião dominante alemã e recepcionado, de igual modo majoritário, pela doutrina pátria por se tratar de um critério não racionalizável juridicamente. Ver, a esse respeito Dimoulis e Martins (2022, p. 270), Kingreen e Poscher (2020, p. 100), Oliveira (2013), De Laurentiis (2017). Diferentemente, por todos Silva (2005).



outro²⁸. Relevante para a presente análise é somente a liberdade negativa.

Em segundo lugar, o dispositivo trata de dois aspectos da liberdade individual negativa que devem ter sua inviolabilidade protegida em face do poder estatal: a consciência e a crença. O constituinte ressalvou do poder de império estatal ambos os aspectos com a mesma intensidade e critérios. Aqui interessa somente o segundo²⁹.

A liberdade de crença corresponde à profissão de uma fé religiosa ou quaisquer das demais formas de concepção do mundo e da existência ligadas à transcendência do material/racional em busca do liame com o espiritual ou divino (do latim *religare* como lastro etimológico do conceito de religião)³⁰.

Nesse sentido, protegem-se pela inviolabilidade de crença definida no art. 5º, VI e VIII CF³¹.

Primeiro, a liberdade interior (“foro íntimo”) de crer em alguma coisa ou acreditar estar vinculado à determinado sistema axiológico, o direito de livremente pensar em conformidade com os dogmas e preceitos religiosos a que se aderiu;

Segundo, a liberdade para exteriorizar a crença. Como exemplo, tem-se o culto, cuja proteção é expressamente garantida, e que, além disso, corresponde a um dever de proteção contra agressões – estorvos ao culto – provenientes de particulares³²;

Terceiro, o aspecto “externo” da inviolabilidade de crença: a liberdade de ação individual orientada pela crença a que se aderiu. Por isso, “eximir-se de obrigação legal a todos imposta” (locução que consta no art. 5º, VIII CF) é, em princípio, comportamento abrangido tanto pela liberdade de consciência quanto pela liberdade de crença. Com efeito, uma tutela do direito de consciência ou crença restrito à consciência e crença que obrigasse somente a decisões sem maior relevância social prática (sem, destarte, nenhum potencial de conflito) seria uma tutela totalmente inócua: a importância da outorga reside justamente naqueles casos em que a consciência da maioria (moral

²⁸ Tendo em vista a aplicação de tais critérios no exame de possíveis violações da liberdade de crença, ver Martins e Dantas (2016, p. 895).

²⁹ Como “consciência”, entende-se a “postura moral, que também constitui a identidade pessoal de um indivíduo e que lhe prescreve de modo cogente, em determinada situação, a praticar determinadas ações tomadas por ‘boas’ ou ‘justas’, deixando de praticar outras, por considerá-las ‘ruins’ ou ‘injustas’” (Kingreen; Poscher, 2020, p. 182).

³⁰ Para aprofundamento do tema, ver Martins e Dantas (2016, p. 891).

³¹ Em relação aos próximos parágrafos a exposição, verificar Martins (2012, p. 357).

³² Quanto ao efeito de um direito fundamental como dever estatal de tutela, ver Dimoulis e Martins (2022, p. 1562). No mais, ver também Sarlet (2021, p. 197).



sociopolítica vigente) choca-se contra a consciência ou crença do indivíduo³³.

A tríade “pensar, manifestar e agir” de acordo com a crença alcança conceitualmente todos os fenômenos relacionados à tutela da liberdade de crença. A “liberdade de organização religiosa”, por exemplo, faz parte do “agir” de acordo com uma religião. Não obstante, seu principal resultado diuturno, o culto, faz parte do segundo aspecto da manifestação religiosa³⁴.

No caso em apreço, **RBS** pretende não ter de se sujeitar a uma norma municipal que lhe imponha uma vestimenta incompatível com sua convicção religiosa ligada ao *foro íntimo*, porque lhe causa o gravame psicológico de quem está a violar uma regra de conduta cogente, derivada dos dogmas e preceitos da religião que segue. Também está presente sua intenção de não ser obrigada à *manifestação* de crença implícita na indumentária prescrita por orientação religiosa à qual não pertence. Essa intenção corresponde ao relevante aspecto de alcance da área de proteção: o modo negativo de exercício³⁵. Por fim, cabe igualmente a **RBS** a pretensão jurídica de exercer, de maneira exclusivamente autodeterminada, o aspecto social externo do *agir* conforme os preceitos de sua fé religiosa. Nesse sentido, é peremptoriamente vedado ao Estado imiscuir-se na definição do que seja lícito ou ilícito (pecado) com base no parâmetro da fé professada, sob pena de comprometer sua neutralidade ética, adensada no princípio jurídico-objetivo constitucional do Estado laico (art. 19, I CF)³⁶.

Portanto, essa pretensão de recusar-se a atender a condição imposta pelo poder público municipal faz parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade de crença de **RBS** (e de todos os demais titulares que se encontrarem na mesma situação), tal qual garantido no art. 5º, VI e VIII CF.

2. Intervenção estatal na área de proteção do art. 5º, VI e VIII, CF

No caso, **NM** poderia representar uma intervenção estatal na liberdade de crença.

³³ Ver, a esse respeito, a análise contida em Kingreen e Poscher (2020, p. 183).

³⁴ Nesse mesmo sentido Silva (2000, p. 251), que distingue da matriz “liberdade religiosa” três liberdades: crença, culto e organização religiosa.

³⁵ Nesse sentido, ver a análise do caso do exame da constitucionalidade de crucifixos dependurados em paredes de repartições públicas por Martins e Dantas (2016).

³⁶ A esse respeito, fundamentalmente Martins (2018, p. 19).



O Estado estaria intervindo por meio de uma medida legislativa no direito fundamental à liberdade de crença, entre outros modos³⁷, se tivesse por intermédio dela reduzido o *direito de foro íntimo*, ou seja, o direito de pensar livremente segundo a crença do titular. É o caso da promoção de tomada de influência ou doutrinação de sua população e, com isso, dos titulares do direito fundamental à liberdade de crença. No mais, o Estado estaria intervindo no direito em pauta se a presente medida legislativa tivesse reduzido o *direito da expressão religiosa* ao estabelecer obrigações de calar (exemplo: proibição do proselitismo religioso). Por fim, também seria o caso de se verificar uma intervenção estatal na hipótese de ter sido reduzido o *direito de ação religiosa*. Tal hipótese estaria presente quando o Estado determinar regras cogentes que, em um contexto socioeconômico qualquer, inflijam ao titular do direito fundamental o desrespeito dos mandamentos religiosos que sejam parte integrante da liturgia religiosa obrigatoriamente seguida pelo titular do direito fundamental.

Assim, estará presente uma intervenção estatal legislativa quando a lei objeto do controle proibir certas ações ou omissões e essas chocarem-se contra os imperativos da crença do titular ou quando a crença seguida respectivamente mandar a prática de ação quando o Estado a proíbe ou proibi-la quando o Estado a ordena, sancionando a omissão³⁸. Em todo caso, não se pode tratar apenas de uma diretriz ou recomendação estatal, mas de uma ordem acompanhada de sanção em caso de inobservância.

No caso ora tratado, a observância por **RBS** de um preceito prescrito pela organização religiosa da qual é membro e, assim, ditado por sua crença, implica a consequência jurídica da aplicação de multa e cassação de uma licença de trabalho autônomo em caso de reincidência. Trata-se, indubitavelmente, de um ônus muito intenso conectado ao comportamento protegido pelo parâmetro constitucional em comento.

Conclui-se que **NM** representa uma intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental de **RBS** à inviolabilidade da liberdade de crença com fulcro no art. 5º, VI e VIII CF.

³⁷ Em relação aos próximos parágrafos e com mais referências à dogmática jusfundamental de marca germânica, ver Martins (2012, p. 360).

³⁸ Nessa mesma linha, verificar Kingreen e Poscher (2020, p. 183).



3. Justificação constitucional de intervenção

3.1 Interpretação do possível limite constitucional aplicado na intervenção legislativa

Valem aqui os mesmos pressupostos teóricos e metodológicos já apresentados quando da análise da possível justificação da intervenção estatal consubstanciada em **NM** na liberdade profissional de **RBS**. Também aqui, os limites constitucionais à liberdade de crença trazidos à pauta podem derivar ou de expressa previsão constitucional, caso em que estará presente uma reserva legal simples ou qualificada, ou de um direito constitucional colidente.

3.1.1 Da presença de reservas legais no art. 5º, VI e VIII, CF

Dos parâmetros constitucionais fixados nos dois incisos epigrafados do art. 5º CF derivam-se, pelo menos aparentemente, do inc. VI, uma reserva legal simples (“[...] garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”) e, do inc. VIII, uma reserva legal qualificada. A última referida pode ser vista no propósito – também pelo menos aparentemente – predeterminado pelo constituinte como condição (cerceadora da mais ampla discricionariedade legislativa) para sua percepção pelo legislador³⁹.

No primeiro caso, do inc. VI, a presença de uma reserva legal simples pode ser descartada no caso da situação jurídico-material analisada. A menção à lei no dispositivo constitucional trazido à baila, se entendido como reserva legal, referir-se-ia, exclusivamente, à possível limitação de *apenas um aspecto* da área de proteção do direito fundamental: à liberdade de crença coletiva e de constituir organizações religiosas sediadas em “locais de culto e suas liturgias”, mas não à liberdade de crença individual. Entendimento alternativo à sua classificação como reserva legal seria entender a referência à lei como mandato de legislação em prol de um aspecto de *status positivus* da liberdade de crença. Igualmente, não é o caso quando se parte da apresentada sistemática dos dispositivos. O exame de tal possibilidade de limitação não foi anteriormente discutida porque era – até então – impertinente à solução do presente caso, qual seja, do livre exercício dos cultos religiosos, complementado com a obrigatória proteção dos locais de culto, em primeira linha, em face de intervenções estatais, mas também especialmente diante de ameaças provenientes de outros titulares do mesmo direito fundamental, seguidores de religiões e/ou seitas rivais. Conclui-se que,

³⁹ Com mais referências, ver Martins e Dantas (2016, p. 895).



entendendo-se como reserva legal (qualificada), atingiria apenas o aspecto da manifestação de crença coletiva, relativo a expressões hostis direcionadas a cultos de denominações religiosas concorrentes. Mais plausível, contudo, é considerar a menção à lei como um clássico mandato legislativo objetivo, previsto pelo constituinte em prol da concretização de um dever estatal de tutela⁴⁰.

Muito mais complexas são a avaliação e a definição jurídico-dogmáticas do limite constitucional derivado do inc. VIII a partir da menção que nele se faz à lei. Pelo teor do dispositivo, caberia ao legislador fixar “prestação alternativa” à recusa do titular em cumprir “obrigação a todos imposta”.

O disposto no inc. VIII retoma, em sua parte inicial, a mesma proteção de *status libertatis* ou *status negativus* já determinada na parte inicial do inc. VI, que foi cunhada com a locução: “é inviolável a liberdade de consciência e crença”. O teor referido “ninguém será privado de direitos por motivo de crença [...]” é redundante, exercendo tão somente o papel de retomada do direito de *status negativus* intermediado pelo direito prestacional do inc. VII. Isso porque a inviolabilidade da liberdade de crença tem como precípua efeito justamente o fato de o titular do correspondente direito fundamental não poder ser privado de direitos em razão de crença por ele professada.

⁴⁰ Trata-se do que, na literatura especializada germânica, foi alcunhado ultimamente de “função configuradora” dos direitos fundamentais, um dos problemas ainda não plenamente resolvidos naquela sofisticada dogmática dos direitos fundamentais. A dificuldade envolvida na assunção dessa função no ambiente das liberdades clássicas negativas é definir parâmetros para o controle de uma omissão legislativa potencialmente inconstitucional. Por último, ver Kingreen e Poscher (2020, p. 57). Parâmetros que são tradicionalmente necessários para a concretização de direitos sociais oponíveis em face do Estado a começar por seu “Primeiro Poder”. Tendo em vista a igual hierarquia entre direitos fundamentais de liberdade negativa e prestacionais, sociais individuais e coletivos (dignidade formal e material, se se quiser, em que pese à irrelevância da última para o devido controle de constitucionalidade das omissões estatais), busca-se inspiração nas figuras dogmáticas germânicas produzidas para fundamentar, em princípio e diretamente, apenas deveres de abstenção estatal (em tese: de omissão de prestação normativa devida). Nesse sentido, consultar o recém publicado instigante trabalho de Rothenburg (2021, p. 116): inexistência de “reserva de lei” ou “desnecessidade de integração normativa” devido à aplicação imediata dos direitos sociais e aplicabilidade da proporcionalidade como “proibição de proteção insuficiente”, uma figura gestada no contexto da colisão de direitos fundamentais de liberdade negativa. O propósito dos esforços pela concretização dos direitos sociais e, assim, de colaborar com a força normativa da Constituição Federal que encerra um claro programa de Estado social é obviamente muito bem-vindo. Haverá oportunidade de debate crítico com essa proposta (Martins, 2022, p. 141), pois aqui tal debate extrapolaria os limites da exposição. Mas, desde já, cabe levantar dúvidas quanto à idoneidade de tais figuras em prol do objetivo e desafios normativos impostos por essas normas, a começar pelo fato de uma reserva legal implicar limite, e a proporcionalidade acarretar mitigação de tais limites lastreados direta ou indiretamente em outros bens jurídico-constitucionais, tais como as liberdades de outros titulares. Por sua vez, na relação exclusivamente bipolar que caracteriza as normas definidoras de direitos sociais não há de se mitigar efeitos derivados de limites constitucionais. Por fim, para além das dificuldades jurídico-dogmáticas, dispensar uma política de Estado reduzida a termo em consistente (e) devida legislação ordinária em prol da afirmação de uma autonomia da Administração Pública controlada pelo Judiciário (especialmente na elaboração de políticas públicas como programa de governos “de plantão”) não parece promissor também em termos políticos.



Portanto, a menção à lei no inc. VIII *in fine* somente pode significar um limite ao direito de *status negativus*. Trata-se de uma reserva legal qualificada, pois predetermina ao legislador ordinário qual é o único propósito autorizado a ser perseguido pela aplicação da reserva, qual seja, a fixação de prestação alternativa à obrigação legalmente a todos imposta, garantindo-se, por via reflexa, o direito fundamental à igualdade, do art. 5º, *caput* CF⁴¹.

Tal reserva legal qualificada não é pertinente ao caso em exame por dois motivos. O primeiro deles é que essa reserva se refere a obrigações derivadas de *deveres* fundamentais previstos na própria Constituição Federal, tais como o *dever fundamental individual*⁴² de prestar o serviço militar obrigatório. Uma interpretação histórica, genética e teleológica comparativa leva o intérprete a tal compreensão⁴³. O segundo motivo diz respeito ao fato de que, no caso ora analisado, NM não tem como propósito – nem explícito nem implícito – a fixação de eventual prestação alternativa à obrigação não decorrente de dever fundamental individual.

Conclui-se, portanto, que NM nem está coberta por uma – como demonstrado – inexistente reserva legal qualificada do art. 5º, VI da CF nem pela reserva legal qualificada do art. 5º, VIII da CF.

3.1.2 Limite constitucional derivado do direito constitucional colidente (art. 215, §1º da CF)

Não obstante, mesmo não sendo a referida reserva legal qualificada pertinente aos fatos do caso em apreço, que correspondem à parte mais significativa da área de proteção da “inviolabilidade” da liberdade de crença, um limite constitucional potencialmente justificador da intervenção estatal-legislativa de NM poderia ser derivado de direito constitucional colidente⁴⁴.

Há de se fazer, no entanto, um exame prévio com vistas a verificar a presença ou não do limite trazido à tela. Somente se pode falar em limite decorrente de direito constitucional colidente no caso

⁴¹ Trata-se, por interpretação teleológica, de reconhecer-se que a vontade constitucional é de harmonização de dois bens jurídico-constitucionais que se encontram em tensão: assegurar o *status negativus* derivado da liberdade de crença no âmbito da restrição do alcance do dever fundamental à prestação do serviço militar, ao mesmo tempo em que se procura distribuir mais equanimemente as cargas derivadas dos deveres fundamentais individuais, tendo em vista a concretização do bem jurídico-constitucional da igualdade material assegurada pelo art. 5º, *caput* CF. Sobre a teoria e dogmática dos deveres fundamentais, vide com mais referências: Dimoulis e Martins (2022, p. 82-92).

⁴² Categoria mais relevante da dogmática dos deveres fundamentais, na delimitação classificatória de Dimoulis e Martins (2022, p. 86), alcunhada de “deveres autônomos dos particulares”.

⁴³ Conferir, a esse respeito Martins e Dantas (2016, p. 895).

⁴⁴ Sobre o tema, consultar Martins e Dantas (2016, p. 897) e em face do corresponde problema no direito constitucional alemão: Martins (2018, p. 28).



daqueles direitos fundamentais que foram outorgados sem limites expressos. Caso contrário, a intervenção estatal legislativa deve ser, inexoravelmente, subsumida sob a hipótese da reserva legal qualificada, o que já foi descartado.

Como aludido, a matriz semântica do direito fundamental parâmetro do presente exame encontra-se na parte inicial do inc. VI, o qual assegurou a “inviolabilidade” da liberdade de crença em face do poder estatal. “Inviolabilidade” indicia uma intenção constitucional de proteger mais intensamente um direito fundamental, sem que isso implique reconhecimento, ou melhor, aplicação *in casu* da teoria axiológica dos direitos fundamentais⁴⁵. Isso porque a teoria axiológica opera com um sistema hierarquizado de valores que comporiam o suposto sistema constitucional das normas definidoras de direitos fundamentais. Trata-se aqui de um sistema que não encontra nenhum respaldo no sistema jusfundamental dos direitos de liberdade tal qual positivado pelo constituinte brasileiro, precipuamente não no art. 5º CF⁴⁶. Ocorre, contudo, que o constituinte outorgou direitos fundamentais de liberdade cujos exercícios mais facilmente podem se chocar contra bens jurídicos relevantes coletivos ou de terceiros (sem necessário lastro constitucional direto, mas tão somente compatíveis com a ordem constitucional instaurada pelo constituinte originário). Nesse caso, julgou conveniente fazê-lo com ressalvas em prol da competência legislativa interveniente. De outra feita, o constituinte outorgou direitos fundamentais junto aos quais não enxergou tal risco⁴⁷. Por fim, considerou alguns direitos fundamentais mais sensíveis ou vulneráveis diante de intervenções estatais. Por isso, o substantivo “inviolabilidade” e o adjetivo e verbo correspondentes aparecem em direitos fundamentais outorgados sem reservas legais (art. 5º, X CF, por exemplo) ou com reservas rigorosamente qualificadas (art. 5º, XI e art. 5º, XII CF, por exemplo)⁴⁸.

Assim, tendo em vista a hipótese da situação jurídico-constitucional material em análise, tem-se um caso de direito fundamental outorgado sem reserva legal. Para ser justificada, uma intervenção legislativa teria então de estar cumprindo um expresso mandato constitucional legislativo. Alternativamente, deveria ao menos ter como propósito direto a proteção de um bem jurídico

⁴⁵ Com a exposição do histórico referencial teórico e crítica Martins (2012, p. 12–15).

⁴⁶ Conferir a respeito da inidoneidade da chamada teoria axiológica dos direitos fundamentais com referências ao debate original germânico: Martins (2012, p. 12).

⁴⁷ Nessa mesma linha Kingreen e Poscher (2020, p. 109).

⁴⁸ No que tange ao peso da expressão junto à interpretação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ver Martins (2018, p. 309).



constitucional.

Segundo a descrição dos fatos envolvidos na situação jurídico-constitucional material aqui avaliada, **NM** tem por escopo assegurar a manutenção de uma longa tradição cultural. O propósito perseguido pode ser, portanto, o cumprimento de um dever de proteção e correspondente mandato legislativo objetivo expressamente estabelecido no art. 215, §1º, CF, segundo o qual: “O Estado protegerá as manifestações das culturas [...] afro-brasileiras”.

Conclui-se, nesse estágio do exame, que **NM** está material-formalmente coberta pelo direito constitucional colidente derivado do art. 215, §1º da CF.

3.2 Proporcionalidade da intervenção

Também em face do propósito de proteção de um bem jurídico-constitucional, o legislador ordinário deve observar o critério da proporcionalidade da intervenção com base no parâmetro de liberdade derivado do direito fundamental que sofreu a intervenção estatal-legislativa. Caso contrário, a resolução concreta da colisão normativo-constitucional, como espécie de antinomia, ou restaria totalmente arbitrária ou restaria insuficientemente fundamentada a partir de ponderações de valores, princípios ou interesses constitucionais que escapam à racionalidade estritamente jurídico-dogmática.

Assim como ocorre em relação ao exame da intervenção legislativa na liberdade profissional de **RBS** consubstanciada em **NM**, aqui também o propósito de proteção de um bem jurídico-constitucional colidente há de ser proporcional.

3.2.1 Licitudes do propósito e do meio de intervenção em M

O identificado propósito cumpre o primeiro requisito da observância do critério da proporcionalidade que é a verificação da sua licitude. Não se trata apenas de um propósito lícito constitucionalmente por não se chocar contra norma compatível com a ordem constitucional vigente, pois ele é também ordenado pela própria Constituição Federal conforme já se explicitou.

No mais, não paira nenhuma dúvida quanto à licitude do meio, tal qual ocorreu no exame da proporcionalidade da intervenção de **NM** na liberdade profissional de **RBS**.



3.2.2 Adequação

Pelas mesmas razões já elencadas no quadro do exame com base no parâmetro do direito fundamental de RBS à liberdade profissional (ver I. 3.2.3), o meio de intervenção encontrado em **NM** é adequado ao seu propósito.

3.2.3 Necessidade

Como também já definido, necessário seria o meio de intervenção se não houvesse alternativa interventiva igualmente adequada, mas menos onerosa para a liberdade atingida, no caso, para o direito fundamental à “inviolabilidade” da liberdade de crença.

Aqui também, como ocorreu no exame com base no parâmetro da liberdade profissional, a constelação fática em apreço não permite uma gradação e classificação de diferentes intensidades interventivas. Trata-se, em suma, de se justificar constitucionalmente a intervenção derivada de **NM** de impor ou não a titular do direito fundamental (**RBS**) o uso da indumentária típica das baianas com suas remissões simbólicas à liturgia afro-brasileira, justamente vedada a **RBS** por imperativo cogente da denominação religiosa na qual se assenta sua crença.

Assim, há de se avaliar, neste estágio do exame, se a única alternativa menos onerosa para a liberdade de crença de **RBS**, vale dizer, o não uso da indumentária poderia ser considerado (ainda) um meio “igualmente adequado” ao alcance do propósito de proteção promovida pelo Estado a “manifestações [...] das culturas afro-brasileiras”. Tal avaliação deve abstrair ou prescindir de qualquer ponderação abstrata entre as normas constitucionais colidentes, ou de qualquer ponderação concreto-situacional (otimização principiológica), tendo em vista que ponderações dessa natureza escapam à específica racionalidade jurídico-dogmática. Tais ponderações abstratas ou concretas devem permanecer reservadas à racionalidade política e ao seu correspondente sistema social político⁴⁹.

Aqui, o exame da necessidade não pode limitar-se a apenas repercutir ou reiterar a conclusão anterior quando do exame da **NM** feito com base no parâmetro da liberdade profissional, do art. 5º, XIII CF. A ele poderia ser igualmente atribuída alcunhas sinônimas tais como “exame da

⁴⁹ Análise especialmente desenvolvida em Dimoulis e Martins (2022, p. 293).



imprescindibilidade” – do meio interventivo na liberdade em tela, que agora é outra – para o alcance do propósito que, mesmo sendo o mesmo que naquele caso, recebe aqui outra caracterização constitucional como retro verificado. Com efeito, trata-se, no presente caso, de um bem jurídico-constitucional, mas não de qualquer propósito livremente definido pelo legislador no quadro de sua competência derivada de uma reserva legal *simples*, tal como ocorreu no exame com base no primeiro parâmetro aplicado, do art. 5º, XIII CF.

Preliminarmente, ele não pode limitar-se a apenas reiterar o exame de necessidade anteriormente aplicado porque há uma concorrência de parâmetros conforme introdutoriamente verificado de dois direitos fundamentais que têm naturezas diferentes entre si. Revelam-no uma simples interpretação sistemática de tais parâmetros e a dela decorrente delimitação entre suas áreas de regulamentação ou áreas da vida social e suas efetivas áreas de proteção normativas afetadas por NM.

Precipuamente, a peculiaridade do presente exame de necessidade em face do exame de necessidade com base no parâmetro da liberdade profissional está presente pelas seguintes razões:

Primeiro, porque o decisivo subcritério da necessidade responde, segundo o entendimento teórico, dogmático e metodológico aqui seguido⁵⁰, em última instância e, portanto, definitivamente, a questão da justificação constitucional da intervenção consubstanciada em NM no direito fundamental à inviolabilidade da liberdade de crença de RBS. Isso implica um maior ônus argumentativo a ser cumprido pelo Estado legislador, relativizando, em prol do princípio *in dubio pro libertate*, o princípio *favor legis* em regra incidente na fase anterior do exame da adequação⁵¹.

Segundo, porque se verifica, novamente por interpretação sistemática, que os limites dos dois direitos fundamentais têm naturezas jurídico-dogmáticas distintas entre si. No primeiro caso da liberdade profissional, tem-se uma mera reserva legal simples que pode ser utilizada pelo legislador para os mais diversos propósitos, mesmo sem lastro constitucional direto, desde que lícitos. No segundo caso, tem-se um direito constitucional outorgado sem reserva legal que, dogmaticamente,

⁵⁰ Para fundamentação e amplas referências, verificar a conclusão de Dimoulis e Martins (2022, p. 286).

⁵¹ Trata-se de tornar mais densa e precisa a aplicação do princípio distributivo (conferir também sobre o conceito Martins (2012, p. 29), com remissão ao seu mentor intelectual que foi C. Schmitt). *Raison d’Etat* e liberdade negativa funcionam como critérios subsequentes envolvidos nos passos relacionais do princípio da proporcionalidade. No exame de adequação, a dúvida advoga pela permissibilidade do experimento por causa da prerrogativa de decisão sobre prognósticos do legislador; ou seja: *favor legis* em prol da *raison d’Etat*. Isso é compensado com a presunção de adequação de alternativas menos onerosas no exame da proporcionalidade.



tem por consequência que a discricionariedade legislativa para impor limites é reduzida a uma extensão mínima⁵². Na literatura jurídica comparada alemã, chegou-se a sustentar, inclusive, que em caso de direitos fundamentais outorgados sem reserva legal deve-se tentar, primeiro, circunscrever mais precisamente sua área de proteção, de tal sorte a dela serem excluídos os comportamentos dolosamente ilícitos. Desse modo, em não sendo verificada tal exclusão *a priori* de comportamento, dada sua ilicitude, deveria ser considerada, conseqüentemente, toda e qualquer intervenção que atingisse comportamento lícito corresponde ao suporte fático da norma definidora de direito fundamental como não sendo mais passível de ser justificada com base em limite constitucional⁵³.

No entanto, trata-se de uma intervenção legislativa. Assim, tem-se uma intervenção abstrata que, todavia, tem implicações concretas imediatas, pois podem levar rapidamente à aplicação de uma sanção muito onerosa, a cassação de licenças para a exploração da atividade de vendedora de acarajés já outorgadas a todas as “baianas evangélicas do acarajé”, como é o caso de **RBS**. Por isso, há de se detidamente perscrutar em que medida o não cumprimento desse tipo de *dress code* por parte de mulheres evangélicas de fato compromete o alcance do propósito de **NM** que é contribuir para a concretização do bem jurídico-constitucional estabelecido no art. 215, 1º, CF.

Isso porque a interpretação sistemática dos limites previstos pelo constituinte, de um lado, para a liberdade profissional e, de outro, para liberdade de crença revela que o meio de intervenção na liberdade profissional consubstanciado no cumprimento do *dress code* prescrito por **NM** pode levar do ponto de vista abstrato⁵⁴, no máximo, a um desconforto físico ou estético infligido ao titular do ora referido direito fundamental. A intervenção de **NM** na liberdade profissional de **RBS** ou de qualquer outra pessoa é, destarte, notoriamente menos intensa que a verificada intervenção na liberdade de consciência e crença. No primeiro caso, lá está o poder público em sentido lato

⁵² Caso contrário, haveria uma subversão do sistema de limites a direitos fundamentais tal qual idealizado pelo constituinte. Com efeito, um direito fundamental outorgado sem limites apenas pode ser restringido em casos específicos, devendo o controlador da constitucionalidade intensificar seu exame, inadmitindo intervenções que não sirvam claramente a um bem jurídico constitucional colidente e que não o façam de maneira proporcional. Vide, a respeito: Kingreen e Poscher (2020, p. 109).

⁵³ Assim, a posição de Kingreen e Poscher (2020, p. 109), especialmente concretizada no caso do direito fundamental também outorgado sem reserva legal da liberdade artística. Conferir Kingreen e Poscher (2020, p. 201). Conferir também a sua discussão em face da interpretação do art. 5º, IX, 2ª variante (liberdade da “expressão da atividade artística”) por Martins (2015, p. 55).

⁵⁴ “Do ponto de vista abstrato”, porque a não observância da regra de vestimenta prescrita por **NM** pode levar até mesmo à proibição da atividade econômica escolhida por qualquer um que deseje vender acarajé em logradouros públicos na cidade de Salvador.



(legislador municipal) exigindo algo minimamente racional, no caso, em prol até de bem jurídico-constitucional. Nem precisaria sê-lo por conta do adjetivo “simples” da reserva legal. Os titulares do direito fundamental à liberdade profissional têm de *suportar* a intervenção⁵⁵. O sistema dos limites permite-o sem ser necessário cumprimento de elevado ônus argumentativo, diferentemente do que ocorre com a liberdade de crença, na qual o impacto da mesma medida é muito maior. Como consequência tem-se que o ônus de argumentação do Estado aumenta significativamente.

É a partir de tais premissas que deve ser medida a adequação do meio alternativo de intervenção abstrata-legislativa. Em se tratando de uma intervenção geral e abstrata, como é, em princípio, qualquer intervenção legislativa, questionável é se a dispensa do uso da indumentária a um rol limitado de mulheres que já se dediquem há tempos, como é o caso de **RBS**, ou que queiram começar a se dedicar à atividade econômica em discussão, compromete ou não o alcance do propósito de **NM**.

Tal questionamento é corroborado por outra interpretação sistemática, desta vez, entre a outorga do direito fundamental da liberdade de crença no inc. VI do art. 5º, com o uso do – como referido – significativo adjetivo “inviolável”, e a reserva legal qualificada do art. 5º, VIII *in fine* CF. Embora a reserva legal qualificada refira-se a um aspecto bem específico da área de proteção do direito fundamental de *status libertatis* derivado do art. 5º, VI e VIII CF, a observância do direito matriz da inviolabilidade da liberdade de crença pressupõe um ônus argumentativo imposto ao legislador, no caso ao legislador municipal, muito elevado.

Assim, tendo em vista a intransigência implícita na falta de regras de exceção, tal ônus argumentativo definitivamente não foi cumprido. Se até mesmo em face do serviço militar, em geral obrigatório, o constituinte somente autorizou uma intervenção estatal mediante a previsão de obrigação alternativa que poupasse a liberdade de consciência e crença, muito maior deve ser o rigor no controle da presente intervenção legislativa.

Nesse sentido, o meio menos oneroso da *dispensa* do cumprimento da indumentária afro-brasileira, a ser gozada por toda comerciante que comprovar o impedimento decorrente de sua respectiva crença, não tem como ser considerado inadequado ao propósito perseguido, apesar do seu

⁵⁵ Obrigação de tolerar (alemão “*dulden*”) que remete ao *status passivus* na clássica classificação de Jellinek. A respeito, ver com aprofundamento ímpar: Poscher (2003, p. 109). Por outro lado, ver a reconstrução “dualista” proposta por Sarlet (2005, p. 178).



lastro constitucional direto (art. 215, §1º da CF). Com efeito, o propósito de **NM** é garantir a manutenção da tradição discutida, o que sob tal perspectiva geral e abstrata não resta comprometida se a *minoría* das evangélicas vestir trajes condizentes com sua crença. Corrobora a aqui perpetrada delimitação entre os exames de adequação de alternativas menos impactantes na liberdade profissional e na liberdade de crença, tendo em vista a diferença de seus respectivos resultados, o fato de, no primeiro caso, sofrerem intervenção em seu direito fundamental absolutamente todas as comerciantes. No segundo caso, sofrê-la-ão apenas as comerciantes que professarem a crença em tela. Ou seja, apenas em face da liberdade profissional conduziria o meio menos impactante da não obrigatoriedade à não promoção em absoluto do propósito, uma vez que todas as comerciantes, independentemente de sua crença, seriam dispensadas da obrigatoriedade.

Ainda que as evangélicas se tornassem uma maioria, a tradição poderia ser mantida exemplarmente com as mulheres adeptas das religiões afro-brasileiras ou que não tenham escusas de crença, ao contrário do caso de **RBS**. No mais e sem embargo, a liberdade de crença é um direito fundamental especialmente interessante a minorias que podem impor, pela via do controle de constitucionalidade a ser perpetrado por órgão judiciário competente, decisões jurídico-constitucionais contramajoritárias⁵⁶.

Deixar de realizar tal distinção com base no diferenciado sistema de limites tal qual previsto pelo constituinte em geral e, especialmente, em relação aos direitos fundamentais concorrentes analisados pode levar a ponderações extrajurídicas, que são vedadas pela ordem constitucional. A dogmática dos limites e dos limites dos limites aos direitos fundamentais viabiliza uma decisão fundamentada na ordem constitucional vigente e não em preconceitos teóricos e axiológicos de quaisquer naturezas. No diferenciado sistema de limites o constituinte foi, com seus motivos, “generoso” em relação ao poder regulamentar, vale dizer, interventivo do legislador em relação à liberdade profissional. Procedeu assim porque anteviu potencial de conflito entre seu mais amplo exercício e outros bens jurídicos. Por outro lado, foi menos “generoso” no que tange à liberdade de crença, porque não anteviu ou porque anteviu menos conflitos. Além disso, levou em consideração o caráter vulnerável desse direito fundamental a ser exercido também e, notadamente, por minorias.

⁵⁶ Característica sempre lembrada por diversos autores em razão da afirmação histórica desse direito fundamental. Conferir por todas as decisões do Tribunal Constitucional alemão a respeito pelo menos a decisão publicada em BVerfGE 93, 1 (“*Kruzifix*”), incluindo a introdução e anotações a ela por Martins (2018, p. 34).



Assim, admitiu, como limite, na espécie, apenas “direito constitucional colidente”; não reservou expressamente ao legislador ordinário uma competência discricionária para estabelecer fundamentos legais de intervenções concretas pela Administração e Judiciário. Consequentemente, fixou implicitamente, nesse segundo caso, rigorosas exigências direcionadas à aplicação do princípio da proporcionalidade como limite ao poder do Estado legislador de limitar direito fundamental.

Portanto, o meio de intervenção escolhido pelo legislador municipal e positivado em **NM** não observou o critério da necessidade. Consequentemente, **NM** é um meio desproporcional em face do seu propósito do cumprimento de mandamento constitucional proteção lastreado no art. 215, §1º da CF.

3.3 Conclusão Intermediária

NM representa uma intervenção estatal não justificada na liberdade de crença de **RBS** e de todas as “baianas evangélicas do acarajé”.

CONCLUSÕES

1. **NM** representa uma intervenção justificada na liberdade profissional de **RBS** e demais “baianas evangélicas do acarajé”, decorrente do art. 5º, XIII CF.
2. Por sua vez, em face da liberdade de crença dos mesmos titulares, **NM** é inconstitucional por representar uma intervenção estatal no art. 5º, VI e VIII CF violadora da proibição de excesso.
3. Logo, um eventual admitido questionamento da constitucionalidade de **NM** (pressupondo-se presentes todas as suas condições e pressupostos processuais) deveria ser julgado procedente por órgão judicial competente por ter violado o art. 5º, VI e VIII CF.

REFERÊNCIAS

- De Laurentiis, L. C. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- Dimoulis, D.; Martins, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- Dimoulis, D.; Martins, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2022.
- Kingreen, T.; Poscher, R. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 37. ed. Heidelberg: Müller, 2020.



Martins, L. Direito constitucional à expressão artística. *In: Mamede, G.; Franca Filho, M. T.; Rodrigues Júnior, O. L. (org.). Direito da Arte.* São Paulo: Atlas, 2015. p. 29–86.

Martins, L. *Direitos fundamentais: conceito permanente: novas funções.* Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

Martins, L. Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. *In: Martins, L. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016. v. 1.

Martins, L. Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdade de associação; garantias constitucionais penais. *In: Martins, L. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019. v. 3.

Martins, L. Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e de comunicação social, liberdades artística e científica. *In: Martins, L. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018. v. 2.

Martins, L. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2012.

Martins, L. Liberdade profissional; direito fundamental de propriedade; garantia de não expatriação e não extradição. *In: Martins, L. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021. v. 5.

Martins, L.; Dantas, D. C. L. Crucifixos em repartições públicas: do exame de constitucionalidade de uma prática administrativa baseada na tradição. *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, v. 17, p. 885–912, 2016.

Oliveira, R. C. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat.* Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

Poscher, R. *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive regelung rechtlich geordneter Freiheit.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

Rothenburg, W. C. *Direitos sociais são direito fundamentais: simples assim.* Salvador: JusPodium, 2021.

Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Schröder, U. J. Der schutzbereich der grundrechte. *juristische arbeitsblätter – ja*, v. 9, p. 641–648, 2016.

Silva, J. A. *Curso de direito constitucional positivo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Silva, V. A. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005.

