



Universität Potsdam

Stefan Gatzhammer

**O debate de direito eclesiástico:
A circuncisão por motivos religiosos e anova lei do Código
Civil da Alemanha**

First published in:

Forum canonicum : revista do Instituto Superior de Direito Canónico. - VIII (2013), 2,
S. 129–139.

Postprint published at the Institutional Repository of the Potsdam University:

In: Postprints der Universität Potsdam

Philosophische Reihe ; 88

<http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2014/7043/>

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus-70434>

Postprints der Universität Potsdam

Philosophische Reihe ; 88

Stefan Gatzhammer

O debate de direito eclesiástico

**A circuncisão por motivos religiosos e anova lei do
Código Civil da Alemanha**

Universität Potsdam 2014

Zuerst gedruckt erschienen in:

Forum canonicum : revista do Instituto Superior de Direito Canónico. - VIII (2013), 2,
S. 129–139.

Online veröffentlicht auf dem

Publikationsserver der Universität Potsdam:

URL <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2014/7043/>

URN [urn:nbn:de:kobv:517-opus-70434](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-70434)

<http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-70434>

O DEBATE DE DIREITO ECLESIAÍSTICO: A CIRCUNCISÃO POR MOTIVOS RELIGIOSOS E A NOVA LEI DO CÓDIGO CIVIL DA ALEMANHA*

STEFAN GATZHAMMER

Docente no Instituto de Direito Canónico
Universidade de Potsdam

SUMÁRIO: Em Maio 2012 uma decisão equívoca do Tribunal de segunda instância de Colónia (Landgericht Köln) declarou crime a circuncisão de um menino por motivos religiosos, mesmo efectuada de acordo com as *leges artis* e com o consentimento dos pais. O artigo comenta a nova legislação introduzida em Dezembro de 2012 no Código Civil alemão (BGB) como quadro legal para a circuncisão do menino em relação com o direito à liberdade religiosa e com o direito dos pais à educação, especialmente para judeus e muçulmanos, na Alemanha.

ABSTRACT: In May 2012 a misleading decision of the *Landgericht* (Court of Appeal) Cologne declared that male circumcision in children amounts to be a criminal offence, even if performed *lege artis* and with the consent of the parents. The article pays attention to the new legislation of December 2012 introduced into the BGB as a legal framework of male circumcision with regard to the right of freedom of religion and the parental rights in education especially for Jewish and Muslims in Germany.

Na Primavera e no Verão de 2012, a Alemanha foi abalada por um debate sobre a circuncisão de meninos por motivos religiosos, que não era desconhecida até então nas disciplinas científicas¹. Surpreendentes foram as fortes repercussões² não só no país em questão, mas em muitos países, também de língua portuguesa, sem evitar polémica e falsa informação³. Infelizmente, foram divulgados artigos pouco informados mesmo depois

(1) Cf. Bijan FATEH-MOGHADAM, «Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht», in *Rechtswissenschaft* 2 (2010) 115-142.

(2) Cf. a lista das reacções: <http://www.muenster.de/~angergun/beschneidungsurteil.html>. Outro resumo em: <http://www.zwangsbeschneidung.de>.

(3) Cf. o *consultor jurídico* brasileiro: “A polémica ocorreu depois que um médico ter sido processado pela realização de uma circuncisão a um menino judeu de quatro anos (...)” (in <http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/tribunal-alemao-proibe-circuncisao-realizada-judeus-criancas>). Igualmente fal-

da decisão do Parlamento alemão de apresentar um projecto de lei sobre a questão⁴. O debate público e científico partiu de uma sentença do Tribunal de segunda instância de Colónia de 7 de maio de 2012 sobre a circuncisão de um menino muçulmano de quatro anos. O debate de direito eclesiástico⁵ sobre esta temática só pode ser continuado de forma séria mediante umas cuidadosa análise e reflexão sobre a decisão.

Eis, antes de mais nada, um extracto da sentença em questão:⁶

DATA: 07.05.2012

TRIBUNAL: Landgericht Köln (Tribunal de Segunda Instância de Colónia)

COLÉGIO JUDICANTE: primeira pequena seção penal

MODO DE DECISÃO: sentença

NÚMERO DO PROCESSO: 151 Ns 169/11

INSTÂNCIA ANTERIOR: Amtsgericht Köln (Tribunal de Primeira Instância de Colónia),
528 Ds 30/11

TRÂNSITO EM JULGADO: transitado em julgado

TEOR: A apelação do Ministério Público contra a sentença do Tribunal de Primeira Instância de Colónia de 21 de setembro de 2011 é improcedente.

MATÉRIA DE FACTO (*factispecies*):

O réu efectuou em 4 de Novembro de 2010 no seu consultório em Colónia (Alemanha) uma circuncisão sob anestesia local a um rapaz de quatro anos. Fê-lo com um escalpelo, a pedido dos pais muçulmanos, sem indicação terapêutica. Na tarde de 6 de Novembro de 2010 a mãe do rapaz levou o seu filho ao pronto-socorro da clínica universitária de Colónia para tratamento de hemorragia.

O Tribunal de Primeira Instância de Colónia em 21 de Setembro de 2011 (número: 28 Ds 30/11) absolveu o réu acusado de lesão corporal. Contra esta sentença o Ministério Público de Colónia interpôs apelação.

MOTIVAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO:

O tipo objectivo do § 223, 1, do Código Penal da Alemanha (StGB) é realizado.

so, ver: João Pereira COUTINHO, in *Folha de São Paulo*, 17 de Julho de 2012: “O tribunal de Colônia não condenou, como deveria, um caso de negligência médica que provocou hemorragias graves numa criança judia de 4 anos.” (in <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/54852-mutilacoes.shtml>). O erro foi só corrigido a 12 de Setembro de 2012.

(4) Cf. no *Expresso* de 26 de Julho de 2012 a crónica de Faranaz Keshavjee, que espera “que o evento sucedido na Alemanha não sirva de exemplo de uma ideologia predominante e a seguir, também nesta matéria, já que em tudo o resto, a Comunidade Europeia já se ‘germanizou.’” (in <http://expresso.sapo.pt/judeus-e-muculmanos-indignados-com-a-proibicao-da-circuncisao-na-alemanha=f742457>)

(5) Cf. Cesare MIRABELLI, «Diritto ecclesiastico e comparazione giuridica», in *Religioni e sistemi giuridichi. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna 2000, 9-85.

(6) Cf. o texto da sentença: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html.

Não são preenchidos os pressupostos do § 224, 1 n. 2, alternativa 2, do StGB. A circuncisão, com o consentimento dos pais e executada conforme as regras, a um menino incapaz de dar o consentimento não é excluída do tipo sob o aspecto da chamada “adequação social”⁷. A acção do réu não era justificada pelo prévio consentimento. Apesar do consentimento dos pais, a lesão física em conformidade com o tipo não é justificada. De acordo com o § 1627, 1 do Código Civil da Alemanha (§ 1627 Satz 1 BGB), o direito da guarda dos filhos diz somente respeito a medidas de educação que servem para bem do filho. O arguido agiu em erro de proibição e portanto sem culpa (§ 17 Satz 1 StGB). Em consequência, o médico acusado agiu subjectivamente de boa consciência na opinião que, para ele, como muçulmano crente e médico competente, é permitida a execução de uma circuncisão a um filho menor, a pedido dos respectivos pais, por motivos religiosos. Por esta razão, o erro sobre a proibição do réu era inevitável. Um erro inevitável sobre a proibição (unvermeidbarer Verbotsirrtum) é admitido em questões jurídicas incertas. O Tribunal de Colónia absolveu o réu por razões jurídicas.

Na sentença a comentar, o Tribunal de Segunda Instância de Colónia (*Landgericht Köln*) rejeitou, em 7 de Maio de 2012, a apelação interposta pelo Ministério Público da sentença da Primeira Instância de Colónia (*Amtsgericht Köln*). A sentença a comentar definiu a circuncisão por motivos religiosos e realizada a um menino de quatro anos de idade a pedido dos pais muçulmanos como ofensa à integridade física ilícita, de acordo com o § 223 do Código Penal da Alemanha (§ 223 StGB). Assim, esta sentença fez-se porta-voz da opinião dominante na doutrina de direito penal⁸: a circuncisão não corresponderia ao bem do menor, incapaz de dar o seu consentimento para uma intervenção deste género⁹. Somente por motivos de incerteza legal e por um erro de proibição desculpável sobre a ilicitude, o Tribunal de Colónia absolveu o médico acusado de crime de ofensa à integridade física (simples).

Passadas poucas semanas, a sentença tinha causado as mais veementes tomadas de posição da parte das comunidades religiosas a quem o assunto diz respeito, a começar pela representação das comunidades judaicas na Alemanha, em 26 de Junho de 2012¹⁰. O Conselho Central dos Judeus na Alemanha (*Zentralrat der Juden in Deutschland*) dirigiu simultaneamente um protesto público ao legislador alemão no sentido de obter certeza legislativa e um pedido no sentido de que garantisse a liberdade religiosa

(7) Cf. Thomas EXNER, *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, Berlin 2011.

(8) Cf. a bibliografia seleccionada sobre a circuncisão religiosa: http://www.holmputzke.de/index.php?option=com_content&view=article&id=23&Itemid=29

(9) Cf. Holm PUTZKE, «After Cologne: male Circumcision and the Law – Parental right, religious liberty, or criminal assault?», in *JOURNAL OF MEDICAL ETHICS* 2013, 444-449.

(10) Ver a posição do *Zentralrat der Juden in Deutschland* em 26 de junho de 2012: <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3705.html>.

da comunidade em questão. Uma representação das comunidades muçulmanas na Alemanha (*Zentralrat der Muslime in Deutschland*) qualificou a sentença do Tribunal de Colónia uma violação do direito à autodeterminação da comunidade religiosa. No dia seguinte, a representação das comunidades muçulmanas na Alemanha caracterizou a jurisprudência desta sentença como “unidimensional”¹¹.

Em qualquer caso, esta sentença não tem qualquer efeito vinculante para outros tribunais em matéria de direito penal. Justamente por isso a discussão a respeito deste assunto não está fechada; antes pelo contrário, abriu-se um longo debate fundamental sobre o assunto. Apesar disso, não pode ser excluído que um médico no futuro continue a reclamar para si o erro sobre a ilegalidade duma circuncisão realizada na Alemanha. No entanto, o Tribunal de Colónia, com a sentença de 7 de Maio de 2012, afirmou também expressamente que a circuncisão efectuada por um médico competente cumpria a tipicidade de uma ofensa à integridade física. O debate acerca da circuncisão – como acto lícito ou não – não pode deixar de prestar atenção ao *standard* da dogmática constitucional da interpretação da lei fundamental.¹² A sentença do Tribunal de Colónia, neste sentido, é uma violação saliente deste *standard*, porque a rejeição de uma causa de justificação da circuncisão por motivos religiosos é uma violação da lei fundamental e, por conseguinte, é inconstitucional. Do ponto de vista da dogmática da constituição alemã, é de salientar a dimensão de defesa do direito dos pais à educação dos filhos. Além disso, a determinação do bem dos filhos é, em primeiro lugar, um direito – e ao mesmo tempo um dever – dos próprios pais. O Estado tem apenas que definir as exigências requeridas para a realização da intervenção cirúrgica da circuncisão. Procedendo assim, o Estado satisfaz perfeitamente o seu papel de supervisão e protecção dos direitos fundamentais do menor.

A discussão acerca da legitimidade da circuncisão religiosa de meninos (a punibilidade da mutilação genital feminina está fora questão) põe o problema seguinte: o consentimento dos pais¹³ à circuncisão é juridicamente eficaz e portanto subsumível na norma do § 1627 do Código Civil alemão? A sentença do Tribunal de Colónia excluiu essa subsunção, argumentando que a circuncisão não pode corresponder ao bem do filho. Acrescenta ainda o argumento de que o bem jurídico da integridade física tem prioridade sobre o direito dos pais à educação religiosa. Numa ponderação jurídica, a sentença compara a circuncisão com o castigo corporal (correção), com lesões

(11) Ver a posição do *Zentralrat der Muslime in Deutschland* em 27 de junho de 2012: <http://zentralrat.de/20584.php>.

(12) Cf. Samir ALATOVIC – Kai HELMKEN, «“Strafbare Beschneidung”? Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen notwendigen Kompromiß», in *Neue Kriminalpolitik* 2013, 120-135.

(13) Cf. Tatjana HÖRNLE – Stefan HUSTER, «Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen», in *JuristenZeitung* 2013, 328-339.

psíquicas e outras humilhações do menor (§ 1631 II BGB). Todas estas argumentações no teor da sentença merecem ser discutidas porque são duvidosas.

Na ponderação dos bens jurídicos em questão é de tomar em consideração a relativamente pequena¹⁴ lesão corporal (ou dano físico) de uma circuncisão dentro do conceito da adequação social, e, por outro lado e sobretudo, o enorme significado para a constituição da identidade religiosa, seja na religião judaica, seja na religião muçulmana. A circuncisão representa para estas comunidades religiosas um elemento constitutivo da pertença religiosa. Este elemento é por conseguinte indispensável, o que significa que, na sua ausência, a liberdade religiosa seria negada. Na religião judaica, a circuncisão (*brit milah*¹⁵) é considerada um elemento essencial da prática religiosa, e precisamente o mesmo vale para o Islão. Neste contexto, foi sublinhado que no islamismo existem várias tradições e normas a ser continuamente interpretadas¹⁶ que explicam a circuncisão prescrita pela “*sunna*” ou como dever indispensável ou como recomendação do profeta¹⁷.

Uma valorização do § 1631 II do Código Civil da Alemanha (§ 1631 II BGB) para a argumentação da sentença tem muito pouco valor cognoscitivo: os filhos têm direito a uma educação não violenta. Castigos físicos, lesões psíquicas e outras medidas de humilhação são ilícitas. Quem quer aplicar este parágrafo ao significado da intervenção dum a circuncisão e ao procedimento fisiológico de uma circuncisão realizada *lege artis*? Com a sentença do Tribunal de Colónia tem surgido, além disso, a questão de saber se faz realmente sentido criminalizar o próprio médico que efectua a circuncisão. Ao declarar ilegítima esta prática presente na tradição religiosa por gerações e gerações, está a convidar-se o “curandeiro” medieval para efectuar a circuncisão, com eventuais riscos graves para a saúde do filho circuncidado.

Foram considerados, entre outros, os seguintes aspectos políticos dum eventual proibição da circuncisão pelo Direito Penal: Qual seria o sinal político para outros países do mundo se somente na Alemanha e justamente na Alemanha estivesse em vigor uma proibição legal (penalizada) da circuncisão? Em consequência da sentença do

(14) Cf. Mathias ROHE, *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, 2. ed. 2009. O autor (p. 342) constata “(...) que normas religiosas, que colidem com bens jurídicos penalmente protegidos em muito estreitos limites só são exequíveis quando os seus efeitos são de reduzida gravidade e não ultrapassam o domínio da adequação social. Isto vale, por exemplo, para a circuncisão de rapazes habitual no Islão e no Judaísmo”.

(15) Ver o dossier: <http://www.juedische-allgemeine.de/special/2012/dossier-britmila>. Sobre o significado do conceito do *brit milah* ver p.e.: http://www.beschneidung-mohel.de/bedeutung_der_brit_milah.html.

(16) Cf. Mathias ROHE, «Islamisches Rechtsverständnis im Wandel», in Karlies ABMEIER (ed.), *Religion im öffentlichen Raum*, Paderborn 2013, 97-108.

(17) Cf. a explicação do conceito de circuncisão pelo médico ginecólogo e presidente (1994-2006) do *Zentralrat der Muslime in Deutschland*, Dr.med. Nadeem Elyas: <http://islam.de/20776>.

Tribunal de Colónia os cidadãos de religião judaica ou de religião muçulmana deveriam deixar a Alemanha para viver e praticar a sua religião noutra parte? A este respeito o Presidente do Conselho Central dos Judeus na Alemanha exprimiu-se declarando: “Se a circuncisão fosse proibida, os judeus seriam remetidos para a ilegalidade e a vida hebraica aqui já não seria possível”¹⁸.

A partir daqui surgiram várias publicações sobre a circuncisão masculina, a começar pelos autores representantes da comunidade religiosa judaica em Alemanha¹⁹. Para obter uma visão geral dos resultados científicos, organizou-se um simpósio interdisciplinar sobre a circuncisão ritual no hebraísmo e no islamismo com a participação de várias faculdades e disciplinas em Outubro de 2012 na Universidade de Halle-Wittenberg.²⁰ As comunidades religiosas interessadas²¹ tentaram fornecer as informações necessárias à sociedade alemã²².

Outras publicações tomaram a perspectiva da anti-discriminação e criticaram o legislador por ter observado reserva a mais no assunto²³. Da parte da disciplina jurídica do Direito da Família foi chamada a atenção para a exposição em perigo do bem do filho menor com a educação religiosamente motivada²⁴. Também a disciplina da cirurgia infantil contribuiu para o debate²⁵. Resumindo a larga discussão²⁶ sobre a

(18) Dieter GRAUMANN, *Zentralrat der Juden in Deutschland*. Ver os resumos da imprensa: <http://www.zwangsbeschneidung.de/juedische-presse.html>; <http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055>.

(19) Cf. Johannes HEIL – Stephan KRAMER, *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik*, Berlin 2012. Cf. a publicação da rabina, diretora da comunidade hebraica de Bamberg na Baviera e médica especializada em urologia pediátrica: Antje Yael DEUSEL, *Mein Bund, den ihr bewahren sollt. Religionsgesetzliche und medizinische Aspekte der Beschneidung*, Freiburg im Breisgau 2012. Ver também: http://www.verfassungsblog.de/de/das-kolner-beschneidungsurteil-und-das-judentum-teil-1-unbeschnittene-juden/#.Unp3N_gweM9.

(20) Cf. Franziska KELLE, «Ritueller Beschneidung in Judentum und Islam aus juristischer, medizinischer und religionswissenschaftlicher Sicht» – Tagungsbericht, in *Kirche und Recht* 2012, S. 256-258. Programa e contributos científicos em: http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/

(21) Para as comunidades judaicas na Alemanha cf. Walter HOMOLKA, «Jüdisches Leben in Deutschland: Aufbrüche zu religiöser Vielfalt und staatlicher Gleichbehandlung», in Karlies ABMEIER (ed.), *Religion im öffentlichen Raum*, Paderborn 2013, 127-139.

(22) Ver p.e. <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3731.html>.

(23) Cf. Zülfukar ÇETIN – Heinz-Jürgen VOSS – Salih Alexander WOLTER, *Interventionen gegen die deutsche “Beschneidungsdebatte”*, Münster 2012.

(24) Cf. Anne-Kathrin BAUER, *Kindeswohlgefährdung durch religiös motivierte Erziehung* (= Studien zum Familienrecht 38), Hamburg 2012.

(25) Cf. Karl BECKER, *Die rituelle Beschneidung*, Norderstedt 2013. O autor Karl Becker é cirurgião pediatra.

(26) Cf. Claudia KELLER, *É livre a religião? Argumentos e resultados da discussão sobre a circuncisão*

circuncisão masculina, a sentença do Tribunal de Colónia desleixa o fundo religioso, cultural e histórico da circuncisão no momento em que sublinha unilateralmente a natureza técnico-jurídica da questão. A Lei Fundamental alemã, por outro lado, obriga o legislador a garantir o efeito (penalmente) justificativo do consentimento religiosamente motivado (e prestado) por parte dos pais na decisão para a circuncisão de um filho menor.

O Parlamento (*Bundestag*) alemão reagiu a este desenvolvimento do debate e aprovou em 18 de Julho de 2012 um projecto de lei²⁷. Finalmente e estando ainda esse projecto em plena discussão pública, o governo federal alemão em 10 de Outubro de 2012 apresentou o projecto de lei sobre a circuncisão do filho menor, no âmbito do Código Civil (BGB), no que diz respeito ao direito a guarda, educação e instrução dos filhos²⁸. A alternativa da colocação da lei no âmbito do direito penal não foi proposta. O Conselho Federal (*Bundesrat*) alemão na sessão do 2 de Novembro de 2012 decidiu não levantar objecção ao projecto de lei apresentado pelo Parlamento (*Bundestag*)²⁹. A comissão parlamentar ouviu vários pareceres durante a audiência³⁰. No Parlamento (*Bundestag*) alemão foi discutido o projecto de lei na sessão plenária do 22 de Novembro de 2012³¹ e votada por votação nominal no dia 12 de Dezembro de 2012³².

A nova lei da circuncisão no Código Civil da Alemanha – o § 1631d BGB³³ –

religiosa de meninos (in <https://www.deutschland.de/pt/topic/leben/gesellschaft-integration/e-livre-a-religiao>).

(27) Cf. Maria João GUIMARÃES, «Parlamento alemão aprova lei que autoriza a circuncisão religiosa», in *Público*, 20.07.2012.

(28) <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/112/1711295.pdf>. Informações da parte de médicos de urologia: <http://www.vasweb.org/de/leistungen/beschneidungszentrum-/beschneidungszentrum.html>.

(29) [http://www.bundesrat.de/cln_236/SharedDocs/Drucksachen/2012/0501-600/597-12_28B_29_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/597-12\(B\).pdf](http://www.bundesrat.de/cln_236/SharedDocs/Drucksachen/2012/0501-600/597-12_28B_29_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/597-12(B).pdf).

(30) Ver p.e. este parecer: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Deusel.pdf.

(31) O protocolo em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17208.pdf>.

(32) http://www.bundestag.de/bundestag/plenum/abstimmung/2012/20121212_5.pdf.

(33) § 1631d – Circuncisão de criança do sexo masculino

1. O cuidado pessoal abrange também o direito de consentir numa circuncisão medicamente não necessária dum criança do sexo masculino incapaz de entender e querer, quando seja executada segundo as regras da arte médica. Isto não vale quando, através da circuncisão, mesmo tendo em consideração o seu objectivo, o bem da criança é posto em perigo.

2. Nos primeiros 6 meses após o nascimento da criança podem também executar a circuncisão nos termos do n.º 1 pessoas previamente indicadas por uma sociedade religiosa quando têm formação especializada e, embora não sendo médicas, estão igualmente qualificadas para tanto. (in: <http://www.buergerliches-gesetzbuch.info/bgb/1631d.html>. Cf. Jörg SCHEINFELD, «Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes», in HRRS 2013, 268-283 [tradução em

explica que a circuncisão não é um crime, na condição de serem observadas as regras da arte médica. Nos primeiros seis meses da vida do menino também uma pessoa que não seja médico mas tenha a devida qualificação e formação reconhecida – por exemplo o *mohel* encarregado pela comunidade religiosa judaica – pode realizar a circuncisão. A nova norma § 1631d BGB entrou em vigor um dia depois da proclamação, isto é, em 28 de Dezembro de 2012³⁴.

Com esta lei sobre a circuncisão masculina, o legislador alemão tem a intenção de garantir que uma circuncisão *lege artis* executada a um filho menor e sem dores inúteis é lícita³⁵. Ao mesmo tempo, o legislador alemão quer tomar em consideração os seguintes bens garantidos pela Lei Fundamental da Alemanha³⁶ (*Grundgesetz*):

a liberdade religiosa: *Artº. 4. - I*: “A liberdade de crença, de consciência, e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis”³⁷.

o direito dos pais à educação: *Artº. 6. - II*: “A assistência aos filhos e a sua educação são direito natural dos pais e sua obrigação primordial. Sobre a sua acção vela a comunidade pública”.

o bem dos filhos e o seu direito à integridade física: *Artº. 2. - I*: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional e a lei moral”. *II*: “Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei”.

De modo materialmente adequado, o legislador coloca a lei da circuncisão no âmbito da guarda do filho menor, isto é, no Código Civil (BGB), e não na lei sobre a educação religiosa, porque a discussão pública na Alemanha depois da sentença do Tribunal de Colónia pôs em evidência que os motivos a favor da decisão não são somente de natureza religiosa, mas podem ser também de natureza cultural, ou seja, simplesmente para conseguir eventuais vantagens de saúde ou de higiene do corpo. Quanto ao Direito Constitucional, com esta lei sobre a circuncisão, o legislador alemão

português: Prof. Doutor José Lobo Moutinho, Faculdade de Direito, UCP])

(34) *Bundesgesetzblatt*, Teil 1, Nr. 61 do 27 de dezembro de 2012, 2749. http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl112s2749.pdf#_Bundesanzeiger_BGBl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl112s2749.pdf'%5D__1383675750397.

(35) Cf. Deidre Berger, *Fakten und Mythen in der Beschneidungsdebatte*, ed. American Jewish Committee Berlin, AJC Berlin Briefing, Berlin 2012. (http://islam.de/files/pdf/fakten_mythen_beschneidung.pdf).

(36) Ver para a hierarquia das normas: Jörg NEUNER, «O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental», in *Revista da ESMESC*, v.15, n.21, p. 75-106, especialmente p. 78s.

(37) Cf. Christian WALDHOFF, «Die Religionsfreiheit und ihre Grenzen», in Anton RAUSCHER (ed.), *Handbuch der katholischen Soziallehre*, Berlin 2008, 957-974.

toma em consideração a diferença entre os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa contra a ordem pública (o Estado) e os direitos fundamentais que têm a base nos deveres de protecção do Estado (de acordo com a norma do art. 2 II Lei Fundamental alemã)³⁸. O direito à liberdade e o dever de protecção devem ser adequadamente postos em correlação no âmbito da dogmática constitucional.

O legislador alemão põe as condições mínimas para a protecção do menor em causa. Do ponto de vista constitucional, a circuncisão em geral não significa um perigo para o bem do filho no sentido do art. 2 II Lei Fundamental alemã³⁹. Do ponto de vista de alguns autores de do Direito Penal, a circuncisão continua a ser uma lesão corporal que não admite a justificação pelo direito dos pais à educação constitucionalmente garantido⁴⁰. Serão as noções jurídicas indeterminadas que abrem a perspectiva de não ter conseguido a paz jurídica na questão da circuncisão. As chamadas “regras da arte médica” precisam de ser determinadas. A intervenção numa circuncisão exige necessariamente um tratamento médico anti-dor? Quem executa a intervenção tem a obrigação de informar sobre os eventuais riscos que se correm? Além disso, o prazo de seis meses dentro o qual a intervenção poderia ser executada sem habilitação médica, é conveniente ou arbitrário⁴¹?

Sentenças posteriores⁴² à nova norma sobre circuncisão contribuíram para esclarecer a questão jurídica.

Em 8 de Fevereiro de 2013 o Tribunal Constitucional da Alemanha recusou a decisão na matéria no recurso constitucional de um cidadão que alegou ter sofrido de consequências negativas para a saúde depois de uma circuncisão realizada em 1991 quando tinha seis anos. O Tribunal Constitucional da Alemanha declarou este recurso constitucional ilícito porque o requerente não seria sujeito do direito em questão⁴³.

Cinco dias depois e noutro caso, o Tribunal Constitucional da Alemanha recusou em 13 de Fevereiro de 2013 o pedido de disposição provisória acerca da transmissão do direito da guarda do filho de três anos para a mãe depois do desacordo dos pais sobre

(38) Cf. Michael GERMANN, «Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012», in *Medizinrecht* 2013, 412-424.

(39) Cf. ao contrário: Hartmut A. GRAMS, «Verfassungswidrige Legalisierung, Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (aus nicht-medizinischen Gründen)», in *GesundheitsRecht* 6 (2013) 332-337.

(40) Cf. Julian KRÜPER, «Beschneidung, religiös motiviert», in Hans Michael HEINIG – Hendrik MUNSONIUS (ed.), *100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht*, Tübingen, 2012, 14-17.

(41) O mesmo prazo de seis meses está em vigor também em Israel.

(42) Cf. a respectiva jurisprudência: <http://dejure.org/gesetze/BGB/1631d.html>.

(43) http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20130208_1bvr010213.html.

deixar efectuar a circuncisão ou não⁴⁴.

O Tribunal de Segunda Instância de Hamm, no terceiro senado para causas familiares (*Oberlandesgericht Hamm, 3. Senat für Familiensachen*), concretizou em 30 de Agosto de 2013 que, para os requerentes – pais quenianos –, não se poderia aplicar a nova norma do § 1631d BGB e por conseguinte proibiu a circuncisão do seu filho comum de seis anos conforme o rito queniano⁴⁵.

Em Agosto de 2012 foram apresentadas várias queixas contra o rabino-mohel David Goldberg⁴⁶ da cidade de Hof na Baviera⁴⁷. Em 20 de Fevereiro de 2013 a procuradoria recusou investigar os factos, com o argumento de que o rabino Goldberg não tinha cometido um acto punível. Os inquéritos foram encerrados com o resultado de facto e de direito que a circuncisão realizada por um rabino-mohel corresponderia aos requisitos da norma do § 1631d, 2 BGB⁴⁸.

Outra queixa foi apresentada em Março de 2013⁴⁹ por uns pais contra o rabino-mohel Yehuda Teichtal (Yehuda Elyokin Teichtel) e outros, por alegadamente terem executado em 1 de Março de 2013 em Berlim um ritual especial (“*metzitza b’peh*”) durante a circuncisão do seu filho. Este ritual só é praticado por poucas comunidades ortodoxas judaicas e não é aceite pelas autoridades das comunidades judaicas na Europa.⁵⁰ O procedimento de investigação foi encerrado em 1 de Novembro de 2013 pela procuradoria de Berlim por falta de suspeita⁵¹.

No dia 1 de Outubro de 2013, a Assembleia parlamentar do Conselho da Europa votou uma resolução “*Children’s right to physical integrity*” e mostrou-se particularmente “*worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, amongst others, female genital mutilation, the circumcision of young boys for religious reasons (...)*.”⁵² Os membros do

(44) http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20130213_1bvq000213.html.

(45) http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/3_UF_133_13_Beschluss_20130830.html.

(46) Cf. o site do rabino Goldberg: <http://www.beschneidung-mohel.de/>.

(47) Cf. as reações na imprensa: *Jüdische Allgemeine* de 21.08.2012.

(48) Cf. a declaração: <http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ho/presse/archiv/2013/03854/>.

(49) A queixa foi apresentada pela associação Mogis: cf. o artigo no jornal *Tagesspiegel* de 12 de abril de 2013: <http://www.tagesspiegel.de/politik/strafanzeige-nach-beschneidung-berliner-staatsanwaeltel-pruefen-neuen-fall/8047730.html>.

(50) Ver sobre este rito chamado “*metzitza*” a entrevista com o presidente da Conferência Europeia de Rabinos, Pinchas Goldschmidt, in: *Berliner Zeitung* de 16.04.2013.

(51) A decisão do procurador Weidling de Berlim de 1.11.2013 inclui a separação do procedimento contra o Menachem Fleischmann. Os testemunhos porém não constataram ter visto o mohel chupar o sangue da ferida.

(52) Cf. a resolução n. 1952 em 1 de Outubro de 2013: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref->

Conselho da Europa deveriam “*clearly define the medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys*”⁵³. O ministério dos Negócios Estrangeiros de Israel pediu ao Conselho da Europa que revogue imediatamente a resolução sobre a circuncisão por motivos religiosos, por acreditar que isso “alimenta as tendências racistas e o ódio”⁵⁴.

Portanto a discussão sobre a constitucionalidade e licitude da circuncisão com a entrada em vigor da nova normativa do § 1631d BGB continua. Um autor bem conhecido de Direito Constitucional e Eclesiástico, Josef Isensee, no entanto, tomou posição claramente: “O decreto-lei não alcançou o seu objectivo. Não produz certeza legal e não satisfaz minimamente o dever de protecção do menor garantido pela constituição.”⁵⁵

O Governo federal alemão, em qualquer caso, no dia da entrada em vigor do § 1631d BGB (28 de Dezembro de 2012) chamou a atenção para a circunstância de que esta nova lei é aplicada só para a circuncisão de rapazes. Designando a liberdade religiosa e a tolerância religiosa verdadeiros pilares da sociedade democrática na Alemanha⁵⁶, o Governo alemão com esta nova legislação sobre a circuncisão, quer dar as boas-vindas aos cidadãos judeus e muçulmanos na Alemanha⁵⁷.

ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=en.

(53) *Ibid.*

(54) Cf. *Público* de 5 de Outubro de 2013: <http://www.publico.pt/mundo/noticia/israel-considera-racista-resolucao-da-europa-sobre-circuncisao-1608166>.

(55) Josef ISENSEE, «Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition – Der Streit um die Beschneidung», in *JuristenZeitung* [JZ] (2013) 317-327. O autor afirma que esta lei “não satisfaz o limite mínimo do dever jusfundamental de protecção da criança” (cf. *ibid.* p. 327.).

(56) Cf. a discussão na Áustria: «Katharina Pabel Die religiöse Beschneidung von Jungen im Lichte der Grundrechte in Österreich», in Wilhelm REES – Maria ROCA – Balázs SCHANDA (ed.), *Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten*, Berlin 2013, 467-487. Cf. o estudo comparativo entre a Áustria e a Alemanha sobre outros aspectos: Barbara GARTNER, *Der Islam im religionsneutralen Staat*, Frankfurt am Main 2006.

(57) <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2012/07/2012-07-17-beschneidung.html>. Cf. *ibid.*: “Assim, a Alemanha dá, de novo, prova de que é um País aberto ao mundo e tolerante. Judeus e muçulmanos são bem-vindos. Porque a liberdade religiosa e a tolerância religiosa são pilares marcantes da nossa sociedade democrática”.