

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

De início, rejeito as preliminares suscitadas em contrarrazões.

A preliminar de repercussão geral constou do apelo extremo da União e se apresentou de forma fundamentada, destacando-se as alegações de multiplicidade de demandas envolvendo o tema em debate e de necessidade de interpretação por esta Corte da norma tida por violada, tendo em vista a capacidade expansiva do julgamento em relação a outras pessoas ou grupo de pessoas.

Afasto, por seu turno, a alegação de que a análise da matéria exigiria reexame de fatos e provas, uma vez que a questão deduzida no apelo extremo diz respeito única e exclusivamente à delimitação do alcance do direito à liberdade de crença religiosa (consagrada especialmente nos incisos VI e VIII do art. 5º da CF/88) em face do princípio da igualdade (inseto no **caput** do mesmo dispositivo), a qual configura matéria de direito.

Ultrapassadas as preliminares, inicio a apreciação do mérito delimitando, de modo mais preciso, os contornos da questão trazida à repercussão, a fim de definir o exato alcance deste julgado.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

Embora a controvérsia instaurada nestes autos exija desta Corte a ponderação entre o princípio da isonomia e o da liberdade de crença religiosa, o resultado deste julgado não terá alcance sobre toda e qualquer situação fática em que esses princípios estejam em tensão.

Em síntese, o recorrido intentou ação ordinária para obter o direito de fazer a prova física de certame público em data alternativa, invocando ser membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia e dever, por motivos religiosos, reservar os sábados para descanso, adoração e ministério.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou procedente o pedido para se assegurar a ele o direito de fazer o exame no domingo

seguinte. A recorrente, inconformada com a decisão do Tribunal **a quo**, alegou que a procedência da demanda ofenderia a igualdade e a impessoalidade.

Como se observa, de fato, a controvérsia ora objeto de exame não se insere sobre aquelas que versam acerca da negativa de cumprimento de obrigação legal a todos imposta por força de crença religiosa (art. 5º, VIII, da CF). A situação sob análise refere-se ao exercício da escusa de consciência pelo indivíduo nos casos em que há uma faculdade ou uma obrigação espontaneamente assumida.

E é nesse ponto que se forma o elemento limitador do alcance deste julgado.

Pela mesma razão, um contraponto precisa ser feito.

Embora a demanda no bojo da qual se reconheceu a repercussão geral da matéria verse sobre o apelo à liberdade de crença em concurso público, o raciocínio aqui exposto não se restringe a essa única hipótese, abrangendo situações em que a convicção religiosa é invocada pelo indivíduo com o intuito de lhe permitir o exercício de uma faculdade (ou obrigação espontaneamente assumida) sob circunstâncias diversas das inicialmente previstas em leis, regulamentos ou, até mesmo, editais.

Nesse passo, a tese firmada repercutirá também sobre situações em que se pretende, **verbi gratia**, o direito à prestação de exame vestibular em horário diverso.

Do mesmo modo, os efeitos da presente decisão não se restringirão às invocações emanadas dos adventistas de sétimo dia, atingindo, também, as pretensões dos que professem outras fés ou se liguem a outras instituições e se valham da escusa de consciência ou da liberdade religiosa para exercer uma faculdade (ou obrigação espontaneamente assumida) em face da Administração Pública em circunstância diversa da dos demais indivíduos.

No tocante ao direito de ausentar-se de prova ou de aula, em instituição de ensino pública ou privada, por motivos religiosos, a Lei nº 13.796/19 alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para fixar, em virtude de

escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa.

Quanto à objeção de consciência, por motivos religiosos, utilizada como justificativa para gerar dever do administrador de disponibilizar obrigação alternativa para servidores públicos em estágio probatório, o Supremo Tribunal Federal, em 16/11/2018, reconheceu a repercussão geral da controvérsia constitucional relativa à decisão de se o administrador público deve estabelecer obrigação alternativa para servidor em estágio probatório que estiver impossibilitado de cumprir determinados deveres funcionais por motivos religiosos (ARE 1.099.099, Rel. Min. **Edson Fachin**).

Delimitada, destarte, a extensão objetiva e subjetiva da tese a ser firmada, passo ao desenvolvimento do voto.

LIBERDADE RELIGIOSA

Dúvidas não há de que a proteção às liberdades é preceito fundante do Estado de Direito. Proteger a liberdade individual é resguardar a autonomia da pessoa física, permitindo que desenvolva sua personalidade por meio do exercício pleno da sua autodeterminação.

Mais que isso, a liberdade está inserida no preâmbulo da Constituição Federal como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nas lições do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a liberdade “integra a personalidade como seu contorno essencial”, sob dois aspectos: positivo e negativo, sendo o primeiro relacionado à participação do indivíduo na “construção política, social, econômica e cultural da sociedade” e o segundo à “autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros” (Direito e Cidadania na Constituição Federal. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, nº 47/48 – Janeiro/Dezembro de 1997, São Paulo, p. 13-27).

A liberdade retrata, assim, a possibilidade de cada indivíduo seguir

o que lhe for conveniente, determinar seu próprio destino. Segundo José Adércio Leite Sampaio, os direitos de liberdade são definidos como direitos-imunidades ou posições jurídicas não restringíveis (Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 713).

Além de autodeterminar-se, ao indivíduo é assegurada a liberdade de consciência e de crença, consistente na proteção da personalidade tanto moral como espiritual, assegurando a possibilidade de pensar de acordo com as próprias crenças e de expressar o pensamento que, “como a luz, dá individualidade, cor e beleza a quanto existe” (REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Editora Expressão e Cultura, 2. ed. 1998, p. 72).

O art. 5º da Carta Constitucional contempla essa liberdade da seguinte maneira:

“Art. 5º [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei**” (grifo nosso).

Como se percebe no texto constitucional, as condutas abrangidas pela liberdade de expressão encontram limites no próprio texto da Constituição Federal, o que demonstra a possibilidade de sua restrição ou regulação no processo de otimização com outros bens jurídicos igualmente protegidos.

Como destacado pelo professor Jónatas Machado, o fato de

determinadas condutas estarem abrangidas pela liberdade de expressão não impede que sejam “reguladas e restringidas, em função da sua ponderação com outros bens jurídicos internacional ou constitucionalmente protegidos” (MACHADO, Jónatas E. M. **A liberdade de expressão entre o naturalismo e a religião**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. LXXXIV, p. 91, 2008).

No tocante à diferenciação entre a liberdade de consciência e a de crença, pode-se dizer que a primeira é uma faceta da autodeterminação e da autopercepção, consistente numa manifestação particular sobre assuntos diversos.

Já a liberdade religiosa garante ao indivíduo a possibilidade de se autodeterminar, de externar a crença que lhe convém, de não manifestar crença alguma (ateísmo e agnosticismo) ou de renunciar à fé (apostasia), estando o indivíduo protegido igualmente em todas as situações narradas.

Nesse passo, **a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da CF/88, portanto, não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso** (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 543).

Sobre o tema, no julgamento da **ADI 4.439/DF**, manifestei que a liberdade religiosa também se exprime por meio da comunicação das ideias religiosas, que é vertente da liberdade de expressão e, como tal, pode ser exteriorizada tanto no ambiente privado quanto no público.

Expliquei que o direito à liberdade de crença, portanto, guarda íntima relação com o direito à manifestação do pensamento, seja do pensamento religioso, seja das ideias agnósticas, sendo um contrassenso que a exteriorização do pensamento de uns seja tolhida em nome da proteção da liberdade de crença de outrem.

Naquela ocasião, ressaltei que a proteção constitucional, portanto, é ampla e não contrapõe a crença à descrença, mas antes as iguala, de modo que há o direito de questionar as crenças, de modificá-las, de substituí-las, mas também há o direito de crer e de se conduzir de acordo

com essa crença.

E esse direito, associado ao direito à livre manifestação do pensamento, traduz a impossibilidade de o Estado proibir a vivência, na esfera pública, de uma cosmovisão pelos indivíduos que assim o desejem.

A proteção à liberdade individual de crenças e ao direito de exercê-las, portanto, desautoriza a criação de sobreposição jurídica de um credo em detrimento de outro, como desautoriza, ainda, a sobreposição do credo à descrença e vice-versa, de forma que são livres todos os cidadãos para crer e exercer seu credo (e a isso protege o Estado), mas são igualmente livres os cidadãos (e a isso também assegura o Estado proteção) para não exercerem credo algum.

Por isso, é fácil concordar com o professor Jónatas Machado quando afirma que a liberdade religiosa é o “elemento central do constitucionalismo moderno” e a sua consagração contribui para a “edificação de uma sociedade pluralista” (A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996. v. LXXII, p. 207).

Conforme assentado por mim em decisão cautelar prolatada na ADPF nº 431, DJe de 16/12/16, a proteção ao tema é anterior a sua consagração na Constituição de 1891, uma vez que, após a proclamação da República, em 1889, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, em 7 de janeiro de 1890, no exercício do governo provisório, proibiu, por meio do Decreto nº 119-A, “a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa” e consagrou a plena liberdade de cultos.

Não há como se analisar a liberdade religiosa sem se tratar da **tolerância**, principalmente quando estão em debate os limites das objeções de consciência em espaços públicos, o que, inexoravelmente, engloba a diversidade de crenças. Sobre o tema, destaco excerto do voto do Min. **Celso de Mello** na ADI 4.439:

“Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de

visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações estatais que lhes restrinjam os direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica.”

Esclarecidas essas premissas, entendo ser necessário estabelecer o próprio sentido e o alcance dos parâmetros normativos constitucionais, compreendendo-os como pertencentes a um sistema normativo uno, sob pena de admitirmos a existência de uma antinomia não apenas aparente, mas real, entre dispositivos constitucionais.

É estreme de dúvidas, portanto, a existência de vasta proteção constitucional à liberdade de crença no direito brasileiro. De fato, desde a primeira Constituição da República brasileira se consagrou a laicidade do Estado, com reprodução expressa de preceito nesse sentido em todos os textos constitucionais seguintes.

SECULARIZAÇÃO, ESTADO LAICO E LAICIDADE

A proteção conferida à liberdade de religião, de forma a abranger a pluralidade de crenças, é fruto da secularização, ou seja, do processo histórico caracterizado pela redução da influência da religião na vida cotidiana nas sociedades, representando um rompimento com o monopólio religioso.

O indivíduo passou a buscar a explicação da realidade por meio de outras formas de conhecimento, por exemplo, o científico e o filosófico, afastando a hegemonia das interpretações religiosas, o que fez com que as instituições religiosas tivessem influência não mais central na sociedade moderna, a qual passou a ser regida por valores fundamentais baseados na diversidade e no pluralismo de ideias, filosofias, crenças, pensamentos políticos e opiniões (RANQUETAT JR., Cesar. **Laicidade, laicismo e secularização**: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas, [S.l.], v. 21, n. 1, p. 67-75, dez. 2009. ISSN 2317-1758. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773/532>>.

Acesso em 14 de novembro de 2018).

Todavia, nos termos do Relatório do Desenvolvimento Humano 2004, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano 2004, denominado “Liberdade cultural num mundo diversificado”, **a secularização não implica afastamento absoluto do Estado em relação à religião.**

Ainda segundo o Relatório, o estado secularizado, embora não tenha religião oficial e tenha por dever respeitar igualmente todas as religiões, pode professar uma “**distância por princípio**”, que permite tanto a defesa dos princípios universais dos direitos humanos, em especial a **igualdade**, como a intervenção nos assuntos internos de grupos religiosos (por exemplo, cita o financiamento público de escolas religiosas) (Disponível em <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>> Acesso em 22 de outubro de 2018).

Por outro lado, o estado não secular ou confessional, também citado no mesmo material, “reconhece oficialmente religiões específicas e pode assumir diferentes formas, dependendo das suas ligações formais e substantivas com a autoridade religiosa”. Como exemplo, cita a República Islâmica do Irã.

Sem desconsiderar as variadas modalidades de estados seculares ou não confessionais (e até pós-seculares), atendo-me a explicar apenas as relações do Estado com a Igreja resultantes no laicismo e na laicidade.

Para Jónatas Machado, “a laicização do Estado significa a democratização política e religiosa através de uma participação igualitária de todos os indivíduos na formação da vontade política e da doutrina religiosa” (MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22).

No tocante ao **laicismo**, pode-se dizer que representa o exercício religioso circunscrito à esfera privada e se caracteriza pela indiferença ou até mesmo hostilidade com relação à religião.

Por fim, a **laicidade** pressupõe uma separação entre estado e religião baseada numa **postura de não intervenção**, proibindo-se o estabelecimento de uma religião oficial e afastando-se as tomadas de

decisão fundamentadas em dogmas e preceitos religiosos.

Todavia, a **laicidade** diferencia-se do **laicismo** ao estipular proteção contra perturbações perpetradas pelo estado ou por particulares às diversas formas de manifestação de credo.

Diante dos conceitos apresentados, conclui-se que o Brasil é uma sociedade secularizada e laica, já que não tem religião oficial e respeita todas as crenças religiosas (art. 19, I, da CF).

Com efeito, o princípio da laicidade, previsto no art. 19, I, da Constituição da República, tem por objetivo separar o Estado da igreja, vedando à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Conforme assentado pelo eminente Ministro **Marco Aurélio** na ADPF 54/DF, DJe de 30/4/2013,

“[a] laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário”.

Importante frisar que o fato de o Estado ser laico não lhe impõe uma conduta negativa diante da proteção religiosa. A separação entre o Estado Brasileiro e a igreja não é uma separação absoluta. A neutralidade diante das religiões que a laicidade estatal impõe encontra ressalvas em razão de preceitos constantes da própria Constituição

Federal.

Rememoremos: os constituintes, no preâmbulo da Constituição, invocam a proteção de Deus; a Constituição da República prevê a liberdade de crença (art. 5, VI); proíbe que o Estado subvencione igrejas ou lhes embarace o funcionamento, mas admite a colaboração de interesse público (art. 19, I); permite que um indivíduo deixe de cumprir obrigação a todos imposta alegando escusa de consciência (art. 5º, VIII); garante a proteção dos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI); prevê imunidade de impostos em relação ao patrimônio, renda e serviços relacionados à atividade religiosa (art. 150, VI, a); assegura prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII); possibilita a destinação de recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, desde que atendidos certos requisitos (art. 213); e determina que seja ofertado o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas (art. 210, § 1º).

No regime jurídico brasileiro, até tipo penal pode ser excepcionado com base na cláusula de exceção, solucionando eventual conflito entre a liberdade de religião e vários valores constitucionais que a norma penal visa a proteger (saúde, autonomia, legalidade etc).

Por exemplo, com fundamento na Convenção de Viena das Nações Unidas de 1971 (art. 32, item 4), a Lei das Drogas, nº 11.343/2006, no art. 2º, exclui do âmbito de proibição o uso religioso de plantas que contenham substâncias proibidas (ex: ayahuasca, a qual contém a substância DMT).

Conforme bem pontuou o eminente Ministro **Gilmar Mendes** no julgamento da STA 389/MG-AgR, DJ de 14/5/10, ao abordar a diferenciação entre neutralidade estatal e indiferença estatal, assim escreveu:

“Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscria toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da

Constituição. É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público comportamento positivo, que tem finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.”

No mesmo sentido, no julgamento da ADI 4.439/DF, o Supremo Tribunal Federal adotou, como razão de decidir, a tese do Ministro **Alexandre de Moraes** no sentido de declarar a constitucionalidade do oferecimento de ensino religioso, de matrícula facultativa, nas redes públicas, autorizando o ensino confessional das diversas crenças como disciplina a ser ministrada em horários normais.

No voto vencedor, o Ministro **Alexandre de Moraes** assentou o seguinte:

“[O] binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais” (ADI 4.439, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Rel. p/ o ac. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 21/6/18).

Nos debates do julgamento da ADI 4.439/DF, ressaltai, em meu voto, que o modelo de laicidade adotado no Brasil, portanto, compreende uma abstenção por parte do Estado, pois obsta que o Poder Público favoreça corporações religiosas, prejudique indivíduos em decorrência de suas convicções e impeça a liberdade de expressão religiosa. Mas abrange, também, por expressa previsão constitucional, condutas positivas que o

Poder Público deve tomar para assegurar a liberdade religiosa.

LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITOS HUMANOS

No âmbito do direito internacional, o **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, de 1966, em seu art. 18, itens de 1 a 3, seguindo as mesmas diretrizes da **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de 1948, previu a liberdade religiosa (itens 1 e 2) e, ainda, fixou a seguinte especificação quanto às fronteiras do direito à liberdade de religião (item 3):

“1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de **religião**. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

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

3. **A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”** (grifo nosso).

Incontestável, então, que a liberdade de crença e culto apenas garante a manifestação da religião em todas as suas formas se não ofendidos alguns outros valores, tais como “os direitos e as liberdades das demais pessoas”. Tanto é assim que a mesma ideia foi ratificada pelo Brasil em âmbito regional.

Os exatos termos acima foram também transcritos no art. 12, item 3, do Pacto São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.

DIREITO COMPARADO

No direito comparado, há exemplos de julgados cuja temática envolve os limites da liberdade religiosa nos espaços públicos. Embora a matéria “concurso público” **versus** “liberdade religiosa” não tenha sido analisada especificamente, o Poder Judiciário estrangeiro debruçou-se com o mesmo dilema: estabelecer limites ao exercício da liberdade de crença para atender aos preceitos da igualdade ante a supremacia do interesse público.

Nos Estados Unidos, a liberdade religiosa adquiriu **status** de direito fundamental no ano de 1776, por meio da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que previu, no art. 16, a seguinte disposição:

“Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da **religião**, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo” (Bill of Rights of Virgínia – 1776. Disponível em <
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irginia-1776.html> >. Acesso em 23 outubro de 2018).

Em 1791, a primeira emenda à Constituição Federal Americana estabeleceu a liberdade religiosa (**free exercise clause**) e a proibição de se oficializar uma confissão religiosa (**establishment clause**), consubstanciando um estado secularizado, em que não há interferência mútua entre estado e religião (U.S. Constitutional Amendments. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; [...]” Tradução livre nossa: “O Congresso não deve fazer leis que digam respeito ao estabelecimento de

religião ou à proibição de seu livre exercício”. Disponível em: <<https://constitution.findlaw.com/amendments.html>> Acesso em 23 outubro 2018).

A Suprema Corte Americana, no caso **Estate of Thornton v. Caldor, Inc.**, 472 U.S. 703 (1985), considerou inconstitucional a lei estadual de Connecticut que previa direito absoluto aos religiosos de não trabalhar no **Sabbath**. O Tribunal Americano entendeu que a lei, ao estabelecer que não constitui motivo para demissão a recusa de um funcionário em trabalhar em seu dia sagrado (**Sabbath**), violava a **Establishment Clause**, já que excedia a laicidade e promovia a prática religiosa. Além disso, ao conceder o direito absoluto de observância do **Sabbath**, o estatuto de Connecticut não considerou a conveniência dos empregadores nem dos outros empregados que não seguiam a mesma religião.

Em outra oportunidade, a Suprema Corte americana decidiu que, embora justa a demissão nos casos em que o empregado se recusa a trabalhar no dia sagrado, é legítimo o recebimento do seguro-desemprego. No caso **Sherbert v. Verner**, 374 U.S. 398. (1962), a recorrente, adventista de sétimo dia, recusou-se a trabalhar aos sábados e foi demitida por justa causa. Ao pleitear o seguro desemprego, teve o pedido negado, por não ser legítima a recusa de trabalhar aos sábados. Com base na Cláusula de Liberdade Religiosa (**Free Exercise Clause**), a Suprema Corte entendeu que a recorrente tinha direito ao seguro desemprego, porque nenhuma pessoa deve escolher entre professar a fé ou receber benefício previdenciário. No mesmo sentido: **Hobbie v. Unemployment Appeals Commission** (1987); **Frazee v. Illinois Department of Employment Security** (1989).

Ainda que não se trate especificamente da objeção de consciência em concurso público, no caso **Braunfeld v. Brown**, 366 U.S. 599 (1961), a **Suprema Corte estabeleceu que a liberdade religiosa é absoluta, mas o seu exercício religioso pode sofrer restrições do Estado**. Para a Corte, a lei que determinava o fechamento do comércio aos domingos é válida, mesmo que implique ônus indireto aos comerciantes judeus ortodoxos, que pretendiam fechar a loja a partir do anoitecer da sexta-feira até o

anoitecer de sábado, para respeitar o **Sabbath**.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

No caso **Konttinen vs. Finland** (1996), a Comissão Europeia de Direitos Humanos considerou que o recorrente, praticante da religião adventista do sétimo dia, havia sido dispensado pela recusa em trabalhar nas horas estabelecidas e não por motivo de crença religiosa.

A Corte consignou que a proteção à liberdade religiosa conferida pelo art. 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) não alterava as obrigações constantes do contrato de trabalho referentes à assiduidade. No mesmo sentido: **Louise Stedman v. United Kingdom** (1995).

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM

No caso **Sessa Francesco vs. Italy** (2012), o Tribunal Europeu decidiu que a recusa em adiar audiência em razão de feriado judeu não violava o direito do advogado à liberdade de religião. Considerou-se que a interferência ao direito de liberdade de crença do requerente justificou-se por motivos de proteção dos **direitos e liberdades dos outros** e em particular do direito à boa administração da justiça e à celeridade processual.

Verifica-se, pelo apanhado jurisprudencial comparado, que a liberdade religiosa é um direito fundamental que estabelece a autonomia do indivíduo para professar a crença que bem lhe convier e de tomar decisões segundo a própria fé, sendo vedado ao estado intervir, proibir ou privilegiar a prática religiosa.

Em que pese a neutralidade do Estado no tocante aos assuntos religiosos, as Cortes, em sua maioria, entenderam, em síntese, que o exercício da liberdade religiosa não pode se sobrepor às regras de caráter geral previamente definidas para serem cumpridas por todos os indivíduos indistintamente nem às obrigações contratuais decorrentes de

contrato de trabalho.

CASO CONCRETO

No **caso concreto**, o recorrido intentou ação ordinária para obter o direito de fazer a prova física de certame público em data alternativa, invocando ser membro da **Igreja Adventista do Sétimo Dia** e, por isso, estar submetido, por motivos religiosos, a reservar os sábados para descanso, adoração e ministério, adotando, como fundamento, a liberdade religiosa.

A Igreja Evangélica Adventista, ou Adventista do Sétimo Dia, tem 1.561.071 membros no Brasil, num total de 190.755.799 habitantes, segundo censo IBGE 2010. É o oitavo maior grupo religioso no Brasil. (Disponível em: < <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/137>>. Acesso em 25 de outubro de 2018).

Independentemente do número de fiéis, todas as seitas, religiões e igrejas estão no mesmo patamar de igualdade, porquanto numa ordem constitucional aberta e plural, “gozam dos mesmos direitos de liberdade e estão sujeitas aos mesmos limites impostos pelos princípios fundamentais de uma ordem constitucional livre e democrática” (MACHADO, Jónatas E. M. A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996. v. LXXII, p. 201).

Num Estado Democrático de Direito, a pluralidade de religiões pressupõe o estabelecimento de um “**livre mercado de ideias**” (**free marketplace of ideas**), termo cunhado pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América Oliver Wendel Holmes e já utilizado nesta Corte para enfatizar o livre debate de ideias como corolário das liberdades individuais e valor fundante do direito à liberdade religiosa (ADPF 187, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ 29/5/14).

Conforme consignado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no julgamento da **S.A.S v. France** (application nº 43835/11), cabe ao estado, como entidade neutra e imparcial, assegurar o exercício livre

das várias religiões e crenças, a fim de garantir a harmonia religiosa, a pluralidade e a tolerância, qualidades essenciais numa sociedade democrática.

De acordo com a Corte Europeia, num eventual conflito entre grupos religiosos, **o papel da autoridade estatal não é remover a tensão por meio da exclusão ou limitação do pluralismo, mas, sim, assegurar que os grupos se tolerem mutuamente, principalmente quando estão em jogo interesses individuais de um grupo minoritário.**

Tomando por exemplo o **caso concreto** aqui posto, dúvidas não há de que o estado assegura a liberdade dos indivíduos de serem que o sábado (ou qualquer outro dia da semana) deva ser resguardado às atividades religiosas, ainda que se trate de um grupo minoritário.

Todavia, daí decorreria o direito de exigir do estado, ou mesmo de particulares, a modificação da forma de cumprimento de faculdades ou de obrigações espontaneamente assumidas pelo fiel para adequá-la à crença por ele professada?

Penso que não!

Tenho que o direito de crença, como direito de liberdade - portanto, fundamental -, impõe ao estado que permita seu exercício e o proteja, e aos particulares que respeitem as crenças e as tolerem. **A limitação da prática religiosa prevista em norma editalícia, a depender das circunstâncias do caso concreto, não representa restrição intolerável à liberdade de crença.**

Também não se pode considerar violação do exercício do direito de culto, por si só, a realização de prova de concurso para ingresso em cargo público em data coincidente com o “período de guarda”, já que o dia selecionado previamente por banca examinadora deve ser respeitado por todos os candidatos, indistintamente.

De fato, o direito de crença, em sua dimensão objetiva, implica neutralidade religiosa do estado, vedando aos entes da Federação que estabeleçam igrejas ou cultos, os subvençionem ou lhes embarquem o funcionamento (art. 19 da CF).

Da mesma forma, **não se pode olvidar que o direito de crença é**

também o direito de não crer. Como salienta Uadi Lammêgo Bulos, o aspecto negativo do direito de crença “esboça-se pela liberdade de não seguir religião alguma, ou de se descrer em algo, de ser agnóstico, ser ateu” (Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132).

Tendo em vista o direito fundamental à liberdade de crença não se encontrar sozinho no ordenamento constitucional, há que se estabelecer, portanto, fronteiras ao exercício do direito à liberdade de credo considerando-se os demais direitos de mesma hierarquia.

Cito, por exemplo, julgados do STF em que houve confronto entre a liberdade de crença e a) o respeito ao sossego dos vizinhos (RTJ 51/344); b) o exercício regular da medicina (art. 284 do CP, RMS nº 16.857/MG, Rel. Min. **Eloy da Rocha**, DJ de 24/10/1969); e c) a proteção ao meio ambiente (no RE 494.601/RS, o Supremo fixou a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgado em 28/3/19).

Há restrições quanto ao uso da liberdade religiosa justificadas pela coibição de condutas que incorram na prática de crime ou afetem direitos de terceiros ou o interesse coletivo.

Nesse sentido, o professor Antônio Wilson Steinmetz afirma que, “[n]a hipótese de colisão, na qual normas constitucionais conflitam no caso concreto, cabe ao intérprete, legislador ou operador do direito, encontrar a solução que preserve a unidade da Constituição”, sob pena de causar a fragilização normativa do texto constitucional (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 95).

Diante da ausência de hierarquia abstrata de normas constitucionais, em caso de colisão aparente de direitos fundamentais, o aplicador do direito deve harmonizar ao máximo os bens em atrito, a fim de evitar o esvaziamento de qualquer deles, preservando-se o núcleo essencial de cada princípio ou bem ponderado, sem sacrificá-lo além do estritamente necessário, para alcançar a solução justa do caso concreto.

Assim, na busca da harmonização dos bens em colisão, sugere-se a ponderação de bens, “consistente num método que adota uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito” e “determina qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”, exigindo-se do aplicador do direito a consideração das circunstâncias do caso concreto para justificar a preferência de determinado direito (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 140/148).

A matéria a ser julgada em sede de repercussão geral cuida da situação em que determinado indivíduo, ou grupo de indivíduos, pretende fazer jus a condições distintas daquelas impostas a todos os demais em razão do pertencimento a determinada instituição religiosa.

No caso em debate, a liberdade religiosa, como visto, encontra limite no texto constitucional (art. 5º, inciso VIII, da CF); no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; no art. 18, nos itens 1 a 3 e no Pacto de São José da Costa Rica, no art. 12, itens 1 a 3.

No âmbito do direito comparado, a restrição tem por fundamento proteger “**a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas**” (item 3, art. 18, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966).

Sobre a interpretação do inciso VIII do art. 5º da Constituição, Fábio Carvalho Leite muito bem esclarece o assunto:

“A fim de buscar um sentido mínimo ao dispositivo em questão, convém reconhecer que as duas partes do enunciado encerram garantias relativamente distintas, a saber: enquanto a primeira parte volta-se contra a restrição de direitos imposta pelo Estado, diretamente, a segunda traduz uma garantia contra a restrição imposta de forma indireta pelo poder público. **Assim, se, na primeira parte do dispositivo constitucional, o conflito potencial envolve o ato estatal e a religião, na parte final, o conflito refere-se ao ato estatal e à conduta prescrita pela religião. A título de ilustração, seria esta a diferença entre**

uma norma do Estado que proibisse os cidadãos que professam determinada crença (que impõe a guarda do sábado) de participarem de um concurso público e uma norma do Estado que prescrevesse que os concursos públicos seriam realizados aos sábados, contrariando os preceitos daqueles que professam a referida crença. Em um caso, a vedação decorreria da norma estatal; no outro, decorreria da norma religiosa. Trata-se de uma diferença fundamental para a interpretação constitucional do dispositivo, ainda que, sob a perspectiva do destinatário da norma, permaneça, de uma forma ou de outra, a restrição a um direito” (**Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 462).

Nessas circunstâncias, frise-se que as exigências provenientes das normas estatais são iguais para todos os interessados que estão nas mesmas condições do religioso, não havendo benefícios nem prejuízos direcionados a indivíduos específicos.

Observado está, portanto, o princípio da igualdade. A questão a ser tratada é sobre a possibilidade de, nos casos que se apresentam, o princípio da liberdade de crença ser otimizado sem, contudo, ofender o valor constitucional da isonomia, nem privilegiar determinada classe ou grupo.

Com efeito, em termos de limites, alcance e conteúdo do direito à liberdade de religião, cabe à legislação infraconstitucional e à hermenêutica a tarefa de adaptá-los às necessidades e realidades de cada sociedade.

No caso brasileiro, embora a Constituição de 1988 proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), ela não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de promover condições para o exercício ou o acesso às determinações de cada instituição religiosa. Estabelece o dever do estado de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, art. 5º, VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público.

Até porque pensar o contrário inviabilizaria por completo a Administração Pública, uma vez que é impossível atender concomitantemente às diversas peculiaridades ou normas de condutas de cada religião ou crença professada em território nacional. Destarte, no caso, estaria totalmente esvaziado o princípio da isonomia caso houvesse obrigação estatal de criar condições especiais aos optantes de uma crença.

Sobre o tema, pronunciou-se o eminente Ministro **Cezar Peluso** no julgamento da **STA 389**, na qual se decidiu que violaria o princípio da igualdade a possibilidade de participação de estudantes judeus no ENEM em data alternativa ao **Shabat**. **Vide:**

“Não vejo, com o devido respeito, nenhuma ofensa à liberdade constitucional de crença ou de consciência, tampouco de que o Estado esteja privando algum grupo do exercício de direitos por motivo de ordem religiosa. **Antes, neste caso os interessados é que poderiam deixar de exercer um direito garantido pelo Estado por motivo religioso. Exatamente o contrário do que a norma constitucional impede!**” (grifo nosso).

Nesse sentido, importante mencionar o entendimento adotado na obra do Ministro **Gilmar Mendes** em coautoria com Paulo Gonet quanto à distinção do tipo de obrigação que o estado pretende impor e a diferenciação quanto às eventuais lesões à liberdade religiosa que essa imposição pode causar, podendo resultar em violação de caráter absoluto ou relativo à garantia constitucional. **Vide:**

“Aqui, distinguem-se obrigações que causam uma violação absoluta da liberdade de consciência daquelas que ocasionam violação relativa. A primeira obriga a pessoa a assumir a conduta sob pena pessoal, por exemplo, o serviço militar, sancionado com pena de perda de liberdade. No segundo caso, o comportamento objetado é condição para obter um benefício ou para evitar um prejuízo. Neste último, considerações menos estritas de interesse social estarão aptas

para sobrepujar o respeito à consciência individual” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: ed. Saraiva educação. 13. ed. 2018. p. 320).

IGUALDADE

O concurso público é o procedimento de que se vale a administração pública para obter eficiência, aperfeiçoar os serviços prestados pelo estado e, observando o princípio da isonomia, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que reúnam os requisitos legais exigidos para o cargo ou emprego públicos.

Esse procedimento administrativo deverá obedecer ao princípio da igualdade em todas as fases, evitando-se, assim, tratamento diferenciado a qualquer candidato inscrito, salvo os casos previstos em lei ou situações excepcionais.

Porém, o princípio da igualdade deverá ser aplicado sempre levando-se em consideração as características do caso concreto, pois **a isonomia jurídica consiste em garantir às pessoas em situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes**, o que, em outras palavras, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem.

Essa é a lição de Rui Barbosa, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”, pois “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Para Günter Dürig,

“o princípio da igualdade transforma-se em princípio de compensação de sacrifícios, quando ele, por razões de interesse público preponderante, tem de ser quebrado através da imposição de exigências especiais, intoleráveis, portanto

desiguais” (Linha direito comparado: escritos reunidos. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93).

O presente caso revela situação excepcional em que se deverá interpretar o princípio da igualdade a partir da situação concreta e de suas especificidades, conferindo-se tratamento desigual a situação de desigualdade.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a imposição de um **discrímen** está condicionado à observância dos seguintes elementos:

“Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; (ii) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciadas, (iii) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica ; e (iv) que, **in concreto**, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.”

A partir dos requisitos cunhados pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, surgem os seguintes questionamentos: a religião, por si só, constituiria fator idôneo juridicamente para servir de **discrímen** legítimo a justificar tratamento diferenciado? A religião pode ser erigida como critério diferencial em todos os casos? Se adotássemos a religião como um critério distintivo válido nos espaços públicos, qual o seria o próximo passo?

No julgamento da STA 389/MG-AgR, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 14/5/10, acompanhei o voto do Ministro Relator no sentido de que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, porquanto

configuraria privilégio para determinado grupo religioso, conforme se verifica na ementa a seguir:

“Agravos Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. **Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso** 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido”.

A matéria de fundo analisada na STA 389/MG-AgR guarda semelhança fática e jurídica com a discussão dos presentes autos.

No caso em exame, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF, concedeu a ordem para autorizar o ora recorrido, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, a realizar a segunda etapa do concurso público no domingo seguinte, no mesmo horário e local determinados para os candidatos da cidade de Manaus.

Justificou que não houve violação da igualdade porque o próprio recorrido suportou sozinho todos os ônus da realização de etapa do concurso em local e dia previamente definidos para outros candidatos, em idênticas condições, mas em dia diverso do sábado.

Segundo o Tribunal **a quo**, a liberdade religiosa foi observada sem,

contudo, ferir a finalidade essencial do concurso público, qual seja, a oferta de condições e oportunidades isonômicas para todos os candidatos. Assim, no caso concreto, entendeu-se razoável proporcionar ao concursando religioso condições para o exercício pleno da sua liberdade de religião.

Por mais sensatos os argumentos utilizados na decisão hostilizada ao valorar as peculiaridades do caso concreto, como a previsão de dia e horário para aplicação de prova no domingo, em Manaus, a extensão do presente julgado demanda a fixação de tese para casos análogos.

Impor a todas as esferas da Administração Pública (municipal, estadual e federal) a obrigação de designar dia alternativo para a realização de provas de concursos públicos poderia onerar demasiadamente o Poder Público, que arcaria com os custos adicionais da operação para adequar a modalidade do concurso aos interesses do grupo religioso.

A fim de coadunar a proteção de todos os grupos religiosos, a Administração Pública deveria saber de antemão a religião de cada candidato para fixar as regras editalícias, de forma a integrar e abarcar a religião de todos os candidatos e, ao mesmo tempo, respeitar a igualdade e a força normativa do edital.

Com efeito, o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais não permite diferenciação entre as crenças religiosas. O Brasil não adotou religião oficial e, assim, não poderia beneficiar exclusivamente determinadas crenças.

Assim, além de não poder realizar provas aos sábados, a Administração também teria que observar os outros “dias de guarda” existentes nas demais religiões, como, por exemplo, no caso dos judeus ortodoxos, que devem reservar o pôr do sol de sexta-feira até o início da noite de sábado para descanso e oração.

Percebe-se, assim, que a imposição de se definir data alternativa para os praticantes de crença religiosa também não se coaduna com o princípio da isonomia, configurando discrimen injustificado ao prever regras específicas para atender exclusivamente a determinado grupo religioso.

Nesse sentido, destaco excerto do voto do Ministro **Ayres Britto**, na STA 389:

“Também entendo que o Estado, podendo facilitar o culto ou o livre exercício de uma convicção religiosa, deve fazê-lo; é dever do Estado. Agora, no caso, parece que faltam condições de operacionalizar. (...) O interesse público, aqui, está em uniformizar a prova, em submeter todo os pretendentes a uma vaga no Enem às mesmas condições técnicas, às mesmas condições de aferições de conhecimento. O interesse público estaria aí. E o número III [art. 19 da CF], diz: ‘III – Criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si’. Aqui, estaríamos criando uma distinção, de natureza religiosa que, em princípio, seria admissível; mas também penso que Vossa Excelência bem demonstrou que no caso concreto seria praticamente instalar o caos no âmbito da Administração Pública, porque a mesma regra aqui adotarmos aqui, a mesma decisão que adotarmos aqui há de prevalecer para todo o tipo de competição pública promovida pela Administração Pública. E que de ordinário são marcados para estes dois dias mesmo: sábado e domingo” (voto do Ministro **Ayres Britto** na STA 389/MG- AgR).

Ressalte-se que a religião pode ocupar espaços públicos (ex: crucifixo em tribunais), “na medida em que isso reflecta, não uma imposição coercitiva de autoridades política e religiosas, mas a autonomia individual e o autogoverno democrático das comunidades” (MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22).

Há muito pacificou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do **princípio de convivência das liberdades** permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas (RE 455.283-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, Segunda Turma, DJ de 5/5/06).

Nesse sentido, destaco o excerto do voto do Min. **Celso de Mello**, no MS nº 23.452/RJ:

“não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (MS nº 23.452/RJ, Relator o Ministro **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, DJ de 12/5/2000).

Sendo apresentadas razões de relevante interesse público e exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, verifica-se, na espécie, a prevalência dos princípios da isonomia e da laicidade, razão por que a liberdade religiosa não pode fundamentar, por si só, direito subjetivo à remarcação de dia e horários condizentes com a crença religiosa.

Ressalte-se que a edição da **Lei nº 13.796/19**, que permite às instituições de ensino fixarem, em virtude de escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa, por si só, não influencia a conclusão do presente julgado, que trata exclusivamente de concurso público e vestibular.

O parecer da **Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal** na análise do projeto que culminou na Lei nº 13.796/19, de

relatoria do Senador Paulo Paim, frisou que a hipótese das provas aplicadas para aferição de rendimento escolar é distinta daquela dos exames vestibulares e concursos públicos, realçando a prevalência da isonomia sobre a liberdade religiosa nas duas últimas situações, conforme se verifica no excerto abaixo:

“O precedente do STF na AgRSTA nº 389 também não nos parece atuar contra a aprovação do PLC em análise. Naquele julgado, a controvérsia girava em torno da realização do ENEM, uma prova que permite o ingresso na universidade. **Nesse exame, como no de vestibulares e concursos públicos, a realização de prova diferente por uma fração dos concorrentes feriria de morte o princípio da isonomia, pois o que se tem em tais situações é a disputa entre todos os participantes, e não há como assegurar uma competição justa quando os concorrentes não forem, todos eles, submetidos à mesma avaliação.** Já na hipótese das provas escolares, o que se pretende aferir é a assimilação, pelo aluno, do conteúdo ensinado. Inexiste uma disputa entre os alunos que conduza à concessão, a alguns, de direitos que, pela própria lógica do processo, serão negados a outros” (grifo nosso).

Com razão, portanto, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ao afirmar que o fato de o acórdão hostilizado ter ressaltado a ausência de prejuízo para Administração na remarcação da prova em dia e horários diversos não afasta o tratamento diferenciado dispensado ao recorrido em razão da crença religiosa, nem a quebra ilegítima da igualdade (doc. 4).

De acordo com a AGU, a decisão de realização de provas aos finais de semana não ocorre de forma arbitrária, pois leva em consideração razões de cunho econômico, tendo em vista a máxima eficiência da Administração Pública, por exemplo: baixo fluxo de tráfego de veículos, facilidade de deslocamento dos candidatos, possibilidade de comparecimento de maior número de candidatos, facilidade de aluguel de salas e facilidade de contratação de fiscais de provas (doc. 1, fls.

230/239).

A AGU apontou, ainda, que a determinação de realização do certame em data diversa oneraria a Administração da seguinte maneira:

“o órgão responsável pela realização do concurso público teria que manter todo um efetivo de funcionários somente para atender os candidatos fora do horário de expediente, mantendo e pagando hora extra para fiscais supervisores, aplicadores de provas, seguranças e outros para atender somente a poucos concorrentes privilegiados por liminar ilegal e inconstitucional” (doc. 1, fls. 237).

No tocante à possibilidade de harmonizar os preceitos religiosos com a estrutura da Administração Pública, na ADI 2.806/RS, de relatoria do eminente Ministro **Ilmar Galvão**, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que previa processo seletivo diferenciado para provimento de cargo, emprego ou função na estrutura do Poder Público Estadual - propiciando datas alternativas para a realização de provas, a fim de respeitar as crenças religiosas dos participantes, em especial dos adventistas do sétimo dia e dos judeus ortodoxos -, bem como estabelecia direito ao aluno matriculado nas instituições de ensino pública ou privada, de requerer a dispensa de atividade (prova ou aula) realizada em data não compatível com o “dia de guarda” (DJ 27/6/03).

Na ocasião, esta Corte decidiu que a lei padecia de vício formal na origem, já que tratava de matéria de competência privativa da União (arts. 22, XXIV; 84, VI, a; e 61, § 1º, II, c, da CF). No tocante à constitucionalidade material, o eminente Ministro **Sepúlveda Pertence** manifestou-se sobre o mérito, afirmando que a diferenciação de tratamento para atender à crença de cada candidato violaria princípios substanciais, como o devido processo legal e a laicidade da República.

Para melhor compreensão, segue a ementa do julgado:

“No que toca à Administração Pública estadual, o diploma

impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente” (ADI 2.806, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, Tribunal Pleno, DJ de 27/6/03).

Antes do advento da Constituição da República de 1988, esta Corte foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 144 do Código Eleitoral, em razão de ele não estabelecer horário de votação diferenciado para judeus, adventistas e sabatistas.

Em que pese o considerável lapso temporal e o parâmetro constitucional (Constituição de 1967), as razões do voto condutor, prolatado pelo saudoso Min. **Rafael Mayer**, transcendem a época e se amoldam aos fatos ora analisados, como se verifica no excerto abaixo:

“Ora, Sr. Presidente, estabelecer um horário diferente para que se resguardasse aos adventista e outros cultos sabatistas, um horário diferente para que realizassem o seu direito de voto e resguardassem as obrigações do seu culto, na verdade, importaria ao Estado – que é um Estado leigo e separado da religião – que se fizesse uma discriminação favorecedora daqueles que tenham uma determinada religião. A concepção da nossa Constituição é de admitir a objeção de consciência mas que, aqui, não pode ser levada em conta, para induzir a inconstitucionalidade da lei, que dispõe, genericamente, para todos os cidadãos.

Então, todos os cidadãos estão obrigados a cumprir

aquelas normas gerais, com as exclusões das objeções de consciência, mas com as implicações que daí decorram.

O que cabe a esses eleitores, ao meu ver, é, obviamente, diante da Justiça Eleitoral, se por este motivo eles se recusarem ou se sentirem impedidos, por uma razão espiritual ou íntima de consciência, a não comparecerem ao lugar de votação, é, repito, diante da Justiça Eleitoral, alegarem objeção de consciência para se exonerarem das responsabilidades que advêm do descumprimento do dever eleitoral” (Rp 1.371-MC, Tribunal Pleno, DJ 10/6/88).

Relativamente à alteração de data de prova por circunstâncias pessoais de candidato (embora não religiosas), esta Corte, recentemente, reconheceu, sob a sistemática da repercussão geral, o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, e fixou a seguinte tese: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente de previsão expressa em edital do concurso público” (ARE 1.058.333/PR, Relator Ministro **Luiz Fux**, DJ de 21/11/18).

Todavia, um **distinguishing** deve ser feito.

No ARE 1.058.333/PR, a Corte reconheceu a especial proteção à maternidade (art. 6º) e o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º), entendendo, dentre outros fundamentos, que a prática de esforço físico durante a gravidez poderia pôr em risco outro direito fundamental, qual seja, a saúde da gestante e a do bebê (art. 6º da CF).

A decisão da gestante de não participar do certame envolve não apenas uma escolha de foro íntimo, mas um posicionamento racional que visa preservar a própria vida e a do feto.

CONCLUSÃO

Ressalte-se que o fato de não haver obrigação constitucional de o estado adequar regras editalícias aos costumes de grupos religiosos não o

impede de agir no sentido de obter uma solução harmônica e consentânea com a garantia constitucional de proteção à liberdade religiosa, especialmente na modalidade “liberdade de culto”, sem vulnerar os princípios norteadores da Administração Pública, previstos especialmente no art. 37, **caput**, da CF.

Valendo-se da conveniência e da oportunidade, a Administração pode estabelecer previamente mecanismos para conciliar o interesse público, em especial a igualdade e a impessoalidade, com a liberdade de crença.

Explico.

No caso do Exame Nacional de Ensino Médio (Enem), por exemplo, a partir de uma Consulta Pública, em 2017, optou-se por realizar as provas em dois domingos seguintes, em vez de aplicar ambas no mesmo final de semana (sábado e domingo).

Na mesma linha, a Universidade do Estado do Amazonas, por exemplo, previu a realização das provas nas datas de 21 e 22 de outubro de 2018, ou seja, no domingo e na segunda-feira, respectivamente. Assim, tanto os adventistas do 7º dia como os judeus poderiam participar da seleção, sem ter que renunciar ao “dia de guarda” (Disponível em: <<https://www.vunesp.com.br/UEAM1801>>. Acesso em 22 de outubro de 2018).

Portanto, nada obsta que a Administração, ao realizar um concurso público ou um vestibular, escolha datas não coincidentes com a sexta-feira ou o sábado, por exemplo. Todavia, a escolha cabe apenas à Administração, pois somente ela saberá os custos reais da escolha para adequar o certame aos candidatos. **Não há, portanto, direito subjetivo à remarcação de prova com base na liberdade religiosa.**

Por fim, sugiro a modulação dos efeitos da decisão, tendo vista a insegurança jurídica que a decisão poderia gerar aos diversos casos que se consolidaram ao longo do tempo.

Não olvido que “não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de

RE 611874 / DF

fato consumado” (RE nº 608.482-RG, Rel. **Teori Zavascki**, DJe de 30/10/14).

Todavia, o embate acerca da aplicação do princípio da igualdade, bem como da possibilidade de que determinadas pessoas sejam autorizadas a realizar etapas de concursos públicos, por motivos religiosos, em dias e horários diversos daqueles assinalados pela comissão organizadora do certame, é assunto polêmico e rotineiro nos concursos públicos e vestibulares ao longo dos anos, gerando inúmeros processos judiciais.

Tanto assim que a organização do Enem optou por realizar a prova em dois domingos, evitando a discussão sobre a realização de etapas de concursos públicos em dias considerados sagrados para determinados credos religiosos.

No RE 630.733-RG, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, em que se discutia o direito dos candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, esta Corte modulou os efeitos, nos termos do voto do Relator, considerando que, “na hipótese, não se trata[va] de referendar a teoria do fato consumado, tal como pedido pelo recorrido, mas de garantir a segurança jurídica também nos casos de sensível mudança jurisprudencial” (DJe 20/11/13).

No caso em espeque, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF, concedeu a ordem para autorizar o ora recorrido, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, a realizar a segunda etapa do concurso público no domingo seguinte, no mesmo horário e local determinados para os candidatos da cidade de Manaus.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso extraordinário interposto pela União para (i) reconhecer a inexistência de direito subjetivo à remarcação de data e horário diversos daqueles determinados previamente por comissão organizadora de certame público ou vestibular

por força de crença religiosa, sem prejuízo de a administração pública avaliar a possibilidade de realização em dia e horário que conciliem a liberdade de crença com o interesse público e, (ii) acaso aprovada a proposta de modulação, **assegurar a validade das provas realizadas no caso concreto.**

Proposta de tese de repercussão geral:

“Não há direito subjetivo à remarcação de data e horário diversos daqueles determinados previamente por comissão organizadora de certame público ou vestibular por força de crença religiosa, sem prejuízo de a administração pública avaliar a possibilidade de realização em dia e horário que conciliem a liberdade de crença com o interesse público.

Fica mantida a validade das provas realizadas, em cumprimento a decisões judiciais, ainda que em caráter precário, até a data de conclusão deste julgamento, em nome da segurança jurídica.”

É como voto.