

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : **UNIÃO**

PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RECDO.(A/S) : **GEISMÁRIO SILVA DOS SANTOS**

ADV.(A/S) : **LUIGI MATEUS BRAGA E OUTRO(A/S)**

ADV.(A/S) : **MARIA CLAUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO**

AM. CURIAE. : **ANAJURE - ASSOCIAÇÃO NACIONAL E JURISTAS
EVANGÉLICOS**

ADV.(A/S) : **UZIEL SANTANA E OUTRO(A/S)**

ADV.(A/S) : **RAÍSSA PAULA MARTINS**

ADV.(A/S) : **ACYR DE GERONE**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS
GERAIS**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
MINAS GERAIS**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
PERNAMBUCO**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO**

GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, eminente Ministro Luiz Fux, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares, as eminentes Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, de modo especial, o eminente Ministro-Relator, Ministro Dias Toffoli.

Saúdo as sustentações orais que aqui aportaram, da Advocacia-Geral da União, dos ilustres Advogados, que também sustentaram, e do excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República.

Senhor Presidente, parablenzo Vossa Excelência por trazer a julgamento estes dois Temas de Repercussão Geral, que foram apregoados em conjunto e cujos argumentos orais também ouvimos em conjunto, que tratam das relações entre Estado e Religião e que *evocam* mesmo a função jurisdicional de índole constitucional deste Supremo Tribunal Federal.

Vou me permitir, Senhor Presidente, apresentar esta manifestação única para os dois feitos e farei depois a juntada dos votos respectivos. O primeiro, cujo recurso paradigma é o RE 611.874, sob a relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, almeja *“saber se é possível a realização de etapas de concurso público em datas e locais diferentes dos previstos em edital por motivos de crença religiosa do candidato”* (Tema 386 RG).

O segundo, cujo *leading case* é o ARE 1099099, sob minha relatoria, trata do *“dever do administrador público de disponibilizar obrigação alternativa para servidor em estágio probatório cumprir deveres funcionais a que está impossibilitado em virtude de sua crença religiosa”* (Tema 1021 RG).

Princípio por anotar, Senhor Presidente e eminentes Pares, que estou de acordo com o Ministro Relator do Tema 386 RG, Ministro Dias Toffoli, quanto à rejeição das preliminares e também no que se refere à delimitação da matéria. Consigno, também, tal como o Ministro Relator, que a decisão que esta Suprema Corte adotará para deslinde do Tema n.º 386 da Repercussão Geral aplicar-se-á não apenas aos concursos públicos, mas também aos vestibulares, já que estes são espécies do gênero concurso público.

Estou, ainda, de acordo com várias das premissas adotadas pelo e. Ministro Relator em seu acutíssimo voto. Tal como o Ministro Relator sublinhou, entendo que a proteção às liberdades é preceito fundante do Estado de Direito. Não é possível, portanto, analisar a liberdade religiosa sem tratar da tolerância. Também concordo com o Relator quando aponta que o fato de o Estado ser laico não se lhe impõe uma conduta negativa diante da proteção religiosa.

A separação entre o Estado Brasileiro, afinal, ressaltou o Ministro Dias Toffoli, não é absoluta. Nesse sentido, o papel da autoridade estatal não é o de remover a tensão por meio da exclusão ou limitação do pluralismo, mas, sim, como indicou o Ministro Relator do Tema 386-RG, assegurar que os grupos se tolerem mutuamente, principalmente quando em jogo interesses individuais de grupo minoritário. Para além da ética da tolerância, Senhor Presidente, eminentes Pares, creio que se trata de buscar uma ética do respeito nesta matéria, na qual se contrapõem liberdade religiosa e direito à igualdade.

Apesar de concordar, portanto, com muitas das premissas adotadas pelo Ministro Relator, peço licença para apresentar divergência em relação às conclusões e à tese apresentadas pelo Ministro Dias Toffoli, quando expressou que *“admitir a criação de condições especiais ao exercício de faculdades legais embasada na crença religiosa significaria estabelecer privilégio não extensível aos que têm outras crenças ou simplesmente não creem”*.

Em meu sentir, não se trata de privilégio ou de estipular diferenciações para o provimento de cargos públicos, mas de permitir o exercício da liberdade de crença sem indevida interferência estatal. Trata-se, portanto, de retirar do Estado a interferência nos cultos e no rito.

Nesse sentido, Senhor Presidente e eminentes Pares, o exame que fiz deste Tema 386 da Repercussão Geral, sob a relatoria do e. Ministro Dias Toffoli, *comunga* de várias premissas que conduziram às minhas conclusões e em todo se aplicam ao Tema 1021, este último sob minha relatoria.

Permito-me rememorar, já que proferi o Relatório na sessão de ontem, Senhor Presidente, que neste Tema 1021, cujo recurso paradigma é

o ARE 1099099, como já referi, discute-se a existência de dever oponível ao administrador público de disponibilizar obrigação alternativa para servidora, em estágio probatório, de modo a possibilitar o cumprimento de seus deveres funcionais, a que estaria impossibilitada em virtude de sua crença religiosa.

No caso concreto, a recorrente, professora de educação básica em escola pública municipal, foi exonerada, em razão do registro de 90 (noventa) faltas ocorridas às noites de sexta-feira, quando, por motivos religiosos, ausentava-se do trabalho.

O colegiado responsável pelo processo administrativo, por unanimidade, opinou pela não confirmação da nomeação. Argumentou-se que a servidora já era conhecedora da carga horária e, mesmo assim, optou por integrar o quadro de servidores e que a prestação de obrigação alternativa acarretaria em prejuízo à organização do serviço público e em violação ao princípio da isonomia.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, concluiu que cabia à servidora fazer sua escolha: *“assumir as obrigações inerentes ao cargo, as quais constaram previamente no certame, ou não, preservando sua profissão de fé.”* (eDOC 5, p. 117)

Constata-se, portanto, Senhor Presidente, que o pano de fundo destes dois temas de Repercussão Geral reporta-se à discussão, sempre atual, acerca da laicidade do Estado Brasileiro.

O embate entre igualdade e liberdade religiosa e os limites entre Igreja e Estado são alvo de discussão há bastante tempo nesta Suprema Corte, como demonstra o acórdão prolatado no MS 1.114, relatado pelo Ministro Lafayette de Andrada, cujo julgamento se deu em 17.11.1949.

A impetração foi aforada pelo bispo Dom Carlos Duarte Costa, nascido no Rio de Janeiro, em 1888, e falecido na mesma cidade, em 1961. O bispo esteve à frente da diocese de Botucatu, Estado de São Paulo, de 1924 a 1937.

Em 1940, no Rio de Janeiro, Dom Carlos Duarte Costa fundou uma revista católica, chamada *“Mensageiro de Nossa Senhora Menina”*. O conteúdo do periódico, conforme avançava a Segunda Guerra Mundial,

deixou de ser somente religioso e assumiu postura contrária ao nazismo.

Ainda em 1940, o bispo redigiu um ofício no qual denunciava padres alemães que teriam entrado no Brasil como missionários, mas que seriam simpatizantes do nazismo. Prefaciou, também, a obra “Poder Soviético”, do Reverendo Hewlett Johnson, arcebispo anglicano (JOHNSON, Hewlett. *O Poder Soviético*. Rio de Janeiro: Calvino, 1943), no qual defendia a posição inglesa na Segunda Guerra, quando se uniu à União Soviética no combate ao nazismo. Tais atividades, ao lado de críticas endereçadas ao Papa Pio XII, levaram à sua excomunhão da Igreja Católica.

Uma vez excomungado, São Carlos do Brasil, como é conhecido entre seus seguidores, fundou a Igreja Católica Apostólica *Brasileira*. As celebrações levadas a efeito na nova igreja foram objeto de representação formulada pelo Arcebispo do Rio de Janeiro, Dom Jaime de Barros Câmara, ao Consultor-Geral da República, Professor Haroldo Valladão.

O Arcebispo acusava a Igreja *Brasileira* de adotar ritos para confundir os fiéis da Igreja Católica Apostólica *Romana*. Assim, quando impetrou o mandado de segurança autuado nesta Suprema Corte sob o n.º 1.114, Dom Carlos Duarte Costa almejava assegurar seu direito de celebrar missas sem interferência do Poder Executivo.

A segurança, no entanto, foi denegada, ao argumento de que a liberdade de culto pleiteada por Dom Carlos Duarte Costa só lhe havia sido negada naquilo que prejudicava a liberdade de culto da Igreja Católica Apostólica *Romana*, “*trazendo perturbação às suas práticas seculares e notórias*”, como consta do voto condutor do acórdão, da lavra do Relator, Ministro Lafayette de Andrada.

A decisão, vale ressaltar, não foi unânime. O Ministro Hahnemann Guimarães pontuou, em acutíssimo voto divergente, que a questão se relacionava intrinsecamente com o tema da liberdade religiosa, cujo livre exercício dependia do ato coator então questionado. Sublinhou que o rito, no regime republicano, é absolutamente livre, imune à intervenção do Estado, como se pode haurir dos trechos que aqui reproduzo:

"(...)

Adotando a providência sugerida neste parecer, Sr. Presidente, parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como conseqüência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

(...)

O rito, esta parte da liturgia, com que os homens veneram Deus e os santos, é absolutamente livre no regime republicano. Não há como o Estado intervir na determinação dos cultos, quaisquer que sejam eles, desde que não ofendam os bons costumes.

(...)

É êste princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crença, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente, na liberdade do exercício do culto (...)" (MS 1114, Rel. Min. Lafayette de Andrada, Tribunal Pleno, julgado em 17.11.1949). Grifei.

A argumentação do Ministro Hahnemann Guimarães, em sua defesa contundente da separação entre Igreja e Estado e na veemente proteção da liberdade de culto, não foi acolhida, como já referido, pela maioria do Tribunal, que denegou a segurança e manteve a proibição das missas públicas da Igreja liderada por Dom Carlos Duarte Costa.

O julgamento do MS 1.114 evidencia como a convivência do Estado laico com símbolos religiosos e a conformação dos limites que disciplinam as relações entre Igreja e Estado são debates sempre atuais.

A experiência internacional também é farta em julgados que revelam a importância do tema. Veja-se o caso *Konttinen vs. Finland*, julgado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1996. Tuomo Konttinen, após cinco anos trabalhando para a rede ferroviária finlandesa, tornou-se adventista do Sétimo Dia e declarou que não poderia mais trabalhar após o pôr-do-sol às sextas-feiras. Depois de vários incidentes que ocorreram após ele deixar seu posto com maior antecedência, em razão do horário

do poente no inverno, ele foi demitido. A Comissão entendeu que a dispensa se deu pela recusa em trabalhar nas horas estabelecidas e não por motivo de crença religiosa. No mesmo sentido: *Louise Stedman v. United Kingdom* (1995).

A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso do advogado italiano Francesco Sessa, judeu, que se opôs à realização de audiências em datas ofertadas pelo juízo de Forlì, que correspondiam à feriados judaico. O juízo marcou a audiência, elegendo uma das duas datas inicialmente ofertadas. O advogado solicitou o adiamento, e, diante da negativa, levou o caso à Corte Europeia, que decidiu, no caso *Sessa Francesco vs. Italy* (2012) que a recusa em adiar audiência em razão de feriado judeu não violava o direito do advogado à liberdade de religião.

A Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores*, 575 U.S. (2015) deu ganho de causa a Samantha Elauf, que deixou de ser contratada pela empresa porque o código de vestimenta adotado conflitava com o uso do *hijab* (lenço), que portava por motivos religiosos. Em *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703 (1985), considerou-se inconstitucional lei estadual que previa um direito absoluto aos sabatistas de não trabalhar no período reservado às atividades religiosas. O *Chief Justice* Warren E. Burger anotou, no voto-condutor, que a lei do Estado de Connecticut que proibia o trabalho durante o *Sabbath* ordenava que as preocupações religiosas se sobrepusessem aos interesses seculares do local de trabalho e que o estatuto não levava em consideração os interesses do empregador ou de outros empregados que não observassem o *Sabbath*.

Em *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), a Suprema Corte dos EUA considerou que a liberdade religiosa é absoluta, mas a liberdade do exercício religioso não é totalmente isenta de restrições. Concluiu, assim, que a lei que determinava o fechamento do comércio aos domingos era válida mesmo que implicasse uma carga indireta aos comerciantes, na medida em que o sacrifício econômico indireto não tornava a lei inconstitucional.

O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 545/14 (2014)

apreciou caso da recorrente que solicitava a suspensão do trabalho nos turnos de sábado e sua compensação em dias alternativos, pois professava a crença da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Considerou-se que a neutralidade do Estado não impede que este crie as condições adequadas à facilitação do exercício da liberdade religiosa. Não se trata de proteger ou privilegiar uma determinada crença, mas sim de garantir o efetivo exercício da liberdade religiosa, como consequência de uma situação e de uma exigência social. Considerou-se que *“o regime de trabalho relativamente ao qual se requeria a dispensa por motivo religioso poderia ser globalmente organizado de modo variável, permitindo a mutação de posições entre os diversos interessados.”*

A tessitura constitucional, vale ressaltar, deve se afastar da ideia de que a laicidade estatal, compreendida como sua não-confessionalidade, implica abstenção diante de questões religiosas.

Em ambos os casos em julgamento, debate-se especificamente a questão da adequação de atividades administrativas a horários alternativos em respeito a convicções religiosas, seja na realização de concursos públicos, vestibulares ou no cumprimento dos deveres em estágio probatório.

Nos feitos que ensejaram o reconhecimento da Repercussão Geral, como já referido, trata-se de sabatistas que não podem realizar etapas de concurso público ou desempenhar funções administrativas em dias e horários determinados por motivos religiosos. *“(...) cultivam o sábado como dia sagrado, dia de descanso, portanto, eles não fazem nenhuma atividade secular durante o referido período, contado do pôr do sol de sexta-feira ao pôr do sol de sábado, com base em preceitos encontrados na Bíblia Sagrada”* (SANTOS, Moisés da Silva. Os sabatistas e os concursos públicos: a liberdade religiosa em face da igualdade. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, v. 1, 2014, p. 82/83).

O sábado, portanto, para os seguidores de tais convicções, é um dia especial de comunhão com Deus, no qual não devem ser realizados casamentos e festas, esportes e lazer, viagens profissionais, provas, estágios e demais práticas acadêmicas ou semelhantes.

Para assegurar tal direito, várias unidades da federação editaram normas, conforme anota Moisés da Silva Santos: **a)** Lei nº 11.225/1999, de Santa Catarina; **b)** Lei nº 12.142/2005, de São Paulo; **c)** Lei nº 1.631/2006, de Rondônia; **d)** Lei nº 9.274/2009, de Mato Grosso; **e)** Lei n.º 4.949/2012, do Distrito Federal.

No julgamento da STA 389-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2009, este STF concluiu que designar data alternativa para a realização do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) não estaria em sintonia com a isonomia, como se pode haurir do seguinte trecho da respectiva ementa:

“(…) 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso (…).” (STA 389-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2009).

Cumprir registrar os seguintes trechos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, na STA-AgR 389, os quais sublinham a plena vivência da liberdade religiosa, embora a conclusão do julgamento tenha sido contrária à pretensão daqueles que pleiteavam data alternativa para realização da prova:

“(…) *o dever de neutralidade* [diante do fenômeno religioso] *por parte do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.*

(…)

Por isso, é importante afirmar que, em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença, até mesmo porque, conforme salientado por Jorge Miranda, ‘(…) o silêncio sobre religião, na prática, redundava em posição contra a religião’ (MIRANDA,

Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 427).

(...)

O que não se admite é que o Estado assuma determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios. (...) (STA 389 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2009, DJe 13.05.2010, grifei).

Em decisão monocrática proferida em 08.09.2010, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do MS 28.960/DF, indeferiu a liminar para alteração da data de realização das provas objetivas e discursivas de concurso público para preenchimento de cargos do Ministério Público da União, por motivo de crença religiosa.

Tal compreensão, em meu sentir, com a devida vênia, não confere a mais adequada interpretação da liberdade de crença. Nesse influxo, a não-confessionalidade do Estado, assim compreendida na laicidade estatal deve ser afastada da abstenção diante de questões religiosas.

Afinal, a implementação de prestações positivas que assegurem a plena vivência da liberdade religiosa não apenas é compatível, como é até mesmo recomendada, como se pode extrair do inciso VII do art. 5º, CRFB, que assegura a *“prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”*, bem como do art. 210, §1º, CRFB, o qual dispõe que o *“ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”*

O art. 210, § 1º, CRFB, aliás, foi objeto de recente debate nesta Corte, no bojo da ADI 4439, que concluiu pela constitucionalidade do ensino religioso como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. Reproduzo excerto da ementa respectiva:

“(…) 1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna

brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. (...) 5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões. (...)" (ADI 4439, Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ Acórdão: Min. Alexandre de Mores, julgado em 27.09.2017). Grifei.

A liberdade religiosa, portanto, apresenta uma dupla dimensão, tanto subjetiva quanto objetiva. Na esfera subjetiva, conecta-se ao desenvolvimento e à construção da personalidade. Na dimensão objetiva, por sua vez, dá base à neutralidade do Estado na perspectiva de sua não confessionalidade e do pluralismo democrático que o caracteriza.

O Estado, a seu turno, deve tornar possível o exercício dos cultos e não deve agir em prol de um ou de outra religião. Nesse sentido, a disposição do art. 19, I, da CRFB:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

A questão específica da adequação de atividades administrativas a

horários alternativos em respeito à convicções religiosas, objeto destes dois temas de Repercussão Geral, ademais, foi também objeto de julgamento por esta Corte na ADI 2806, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 23.04.2003.

Naquele julgamento, foi declarada inconstitucional a Lei n.º 11.830/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que disciplinava que seriam realizados com respeito às crenças religiosas da pessoa, propiciando a observância do dia de guarda e descanso, tanto o processo seletivo para investidura de cargo, emprego ou função, nas estruturas do Poder Público Estadual, bem como as avaliações de desempenho funcional

O caso foi solvido por vício formal de constitucionalidade (vício de iniciativa, a teor do art. 61, § 1.º, II, CRFB), mas merece relevo o questionamento contido na fundamentação do voto então proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“Pergunto: seria constitucional que uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos “dias de guarda” religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz os seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho?” (ADI 2806, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 23.04.2003).

A indagação formulada por Sua Excelência continua relevante. A resposta demanda lembrar a lição do Ministro e Professor Alexandre de Moraes em sede doutrinária:

“O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 115).

O embate entre igualdade de tratamento e liberdade de crença consubstancia tema que *evoca* mesmo a função jurisdicional de índole constitucional deste Supremo Tribunal Federal. E, portanto, nada mais oportuno e relevante do que temas desta natureza e desta dimensão.

Afinal, conforme alertou em magistral voto proferido no MS 23.452, o sempre Decano Ministro Celso de Mello, *“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.”* (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 12.5.2000).

Nos casos em exame, contrastam o direito à igualdade e o direito à liberdade de crença, dois direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Trata-se de saber se admitir a fixação de data alternativa para a realização de etapa de certame público ou de estágio probatório, em razão de convicções religiosas de determinado grupo, viola o direito à igualdade. Contrapõem-se, nesse sentido, o inciso VI e o *caput* do art. 5º, CRFB.

Não se ignora que optar por caminhos que permitam a acomodação das diversas crenças pode gerar custos adicionais ao Estado. Afinal, impor ao Poder Público comportamentos específicos para contemplar grupos que professem crenças que demandem tratamento diferenciado, de modo a permitir o respeito à sua diversidade, pode, com efeito, significar criar condições materiais que representem custos ao Poder Público.

Na manifestação pela verificação de repercussão geral proferida no bojo do RE 859.376, Tema n.º 953, no qual esta Corte terá oportunidade de deliberar acerca da liberdade religiosa a ser exercida na documentação de registros fotográficos para identificação civil, o Relator, Ministro Roberto Barroso, sublinhou: *“é fato que decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras acepções personalíssimas não podem ser subtraídas do*

indivíduo sem violar sua dignidade. No entanto, a vida em comunidade impõe responsabilidades e deveres ao indivíduo em relação à coletividade. Esse conjunto de obrigações para com a comunidade acaba funcionando como uma constrição externa às liberdades individuais. O equilíbrio desses dois lados da dignidade humana, sintetizados por dignidade como autonomia e como heteronomia, nunca é uma providência banal. A imposição coercitiva de valores sociais exige fundamentação racional consistente, em que se deve levar em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas". (RE 859376-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2017).

A resposta para os casos em exame deve, necessariamente, perpassar os três critérios elencados pelo Ministro Roberto Barroso na manifestação que concluiu pela repercussão geral do Tema n.º 953, acima referida: *"i) saber se há ou não de um direito fundamental em questão; ii) saber se existe consenso social forte em relação ao tema; e, por fim, iii) saber se há risco efetivo para o direito de outras pessoas"*.

A existência de conflito entre o direito à igualdade e o direito à liberdade de crença, ou seja, o preenchimento do primeiro critério, havendo direitos fundamentais contrastantes em questão, é bastante evidente.

A Constituição de 1988, vale ressaltar, manteve a tradição republicana de ampla liberdade religiosa e consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, nos termos do inciso VI do art. 5º.

Desde a Constituição do Império, ademais, embora ainda não houvesse separação entre Igreja e Estado, já vigoravam, no ordenamento pátrio, disposições acerca da liberdade religiosa.

Conforme anota Jane Reis Pereira, durante o período colonial, ou seja, na vigência da Constituição do Império, a relação entre Estado e religião no Brasil foi confessional. *"O texto constitucional imposto estabelecia a manutenção da religião católica como oficial (art. 5º), previa que o monarca seria coroado "por Graça de Deus" e deveria jurar manter a religião do Estado (art. 103), atribuía direitos políticos apenas aos católicos (art. 95) e consagrava o*

regime do padroado, segundo o qual os sacerdotes eram indicados e pagos pelo Estado, assumindo condição semelhante à dos funcionários públicos (art. 102, II)." (PEREIRA, Jane Reis. 'A Aplicação De Regras Religiosas De Acordo Com a Lei Do Estado: Um Panorama Do Caso Brasileiro". Revista da AGU, v. 41, p. 9-42, 2014, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2958938>>, acesso em 27.10.2020).

Foi a proclamação da República que trouxe a separação entre religião e Estado, modelo que foi seguido pelas Constituições subsequentes.

As mudanças culturais, no entanto, foram paulatinas e o laicismo da Carta de 1891 restou amenizado.

A existência de conflito entre o direito à igualdade e o direito à liberdade de crença, portanto, remonta ao Brasil Colônia, de modo que podemos concluir que o primeiro critério resta preenchido, na medida em que há, de fato, direitos fundamentais contrastantes em questão.

Preenchido, portanto, o primeiro critério, cumpre analisar, na sequência, se haveria consenso social forte em relação ao tema em questão. Em meu sentir, a resposta também é afirmativa.

A experiência da gestão da prova do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), levada a efeito pelo Ministério da Educação, demonstra esse consenso social ao redor do tema.

A experiência do ENEM revela prática bem sucedida de política pública apta a conformar o exercício da liberdade religiosa, sem descuidar do tratamento equânime de candidatos em prova pública. Rememoro que diversas universidades brasileiras utilizam os resultados do ENEM como critérios de seleção de ingresso.

Desde 2009, o Ministério da Educação permitiu que os sabatistas prestassem o exame em horário alternativo, ou seja, após o pôr-do-sol do sábado.

Na prática, os candidatos que assim optassem se apresentavam ao local da prova no mesmo horário dos demais, permanecendo isolados até que pudessem começar o exame. Milhares de estudantes realizaram essa opção, desde 2009, conforme dados do Instituto Nacional de Estudos e

Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

A partir de 2017, o Enem passou a ser aplicado em dois domingos consecutivos, em metodologia que, segundo o Inep, permitiu a redução de custos. Essa alteração foi precedida de consulta pública oportunizada pelo Ministério da Educação aos pais, professores e alunos, com vistas ao diálogo e a favor da pluralidade. A bem-sucedida experiência evidencia interesse social e pertinência da adoção de solução que compatibilize o direito à liberdade de crença com a garantia do direito à igualdade em exames, provas e concursos públicos, o que nos leva à conclusão de que restam preenchido os dois primeiros critérios.

Resta, por fim, examinar se há risco efetivo para o direito de outras pessoas, ou seja, se haveria violação ao art. 5º, *caput*, CRFB, pois não seria viável admitir que, para atender a interesse de um delimitado grupo de fiéis, pretenda-se conferir tratamento diferenciado a este mesmo grupo, sem que a lei expressamente autorize, sob pena de privilegiar alguns candidatos em desfavor da grande maioria.

Não enfoco a alegada violação ao *caput* do art. 5º, CRFB. Como se pode haurir da argumentação aqui esposada, a liberdade de crença é direito de que decorre o respeito ao rito, o qual é, conforme já afirmava o Ministro Hahnemann Guimarães, em 1949, absolutamente livre na República. O constrangimento a tal direito não deve ser admitido, sob pena de se incorrer em desrespeito à própria diversidade democrática de ideias e de filosofias.

Os argumentos no sentido de que acolher tais direitos significa impor ao Estado custos adicionais também não merecem prosperar. Afinal, a imposição de tais custos suplementares deve, sim, recair sobre o Estado, como meio de propiciar condições materiais aptas a viabilizar o pleno exercício dos direitos fundamentais de crença e culto, desde que o incremento não chegue a inviabilizar a própria prática do certame público.

A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adeque à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*,

mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade.

Essa é a premissa que permite invocar a dimensão epistêmica do procedimento deliberativo a que alude John Rawls em seu conceito de razão pública: *“nosso exercício do poder político é inteiramente adequado apenas quando é exercido de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais podem ser endossados por todos os cidadãos de forma livre e igual à luz dos princípios e ideias aceitáveis à sua razão comum”* (RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia, 1993, p. 137, trad. Livre).

É inerente, como afirma Jane Reis Pereira, à conjugação do princípio da laicidade com a proteção da liberdade de crença a obrigatoriedade, pelo Estado, da acomodação razoável, já que o princípio da laicidade determina exatamente o tratamento igualitário e respeitoso que deve ser dispensado pelo Estado às minorias religiosas. Temos, em ambas as controvérsias em exame, exemplos relevantes desse fenômeno (PEREIRA, Jane Reis. ‘A Aplicação De Regras Religiosas De Acordo Com a Lei Do Estado: Um Panorama Do Caso Brasileiro’. Revista da AGU, v. 41, p. 9-42, 2014, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2958938>>, acesso em 27.10.2020).

Neste influxo, portanto, há de se ter em conta que o direito garantido no art. 5º, VI, da CRFB (*“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”*) é integrado pelo disposto no art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o direito à liberdade de consciência e de religião *“implica a liberdade de conservar sua religião ou crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado”* (grifei).

Outra não é a linha de compreensão contida no art. 18, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que garante que o direito à liberdade de religião *“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”* (grifei).

Há, portanto, inerente ao direito à liberdade de religião, uma dimensão pública, como assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso a *Última Tentação de Cristo*: a proteção à liberdade de consciência “é a base do pluralismo necessário para a coexistência harmônica de uma sociedade democrática, a qual, como qualquer sociedade, é formada por pessoas com diferentes convicções e credos”. O pluralismo democrático não prescinde, pois, como proferi no julgamento da ADI 4439, de convicções religiosas particulares.

É preciso ter em conta que a dimensão religiosa não coincide apenas com a espacialidade privada. Adotar essa premissa, contudo, não significa dizer que a ambiência pública possa ser fundada por razões religiosas. Tanto é assim que a Constituição estabelece, ela mesma, no art. 5º, VIII, o limite preciso:

“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”.

A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade, afinal, não se confunde com laicismo. O princípio da laicidade, em verdade, veda que o “Estado assuma como válida apenas uma (des)crença religiosa (ou uma determinada concepção de vida em relação ao horizonte da fé)” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; TEIXEIRA, Alessandra Sampaio. *A laicidade para além de liberais e comunitaristas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017).

A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada:

“Convém sublinhar que a laicidade não rejeita as crenças, nem as suas manifestações. A imparcialidade não exige a expulsão da fé do espaço público e sua limitação ao domínio privado. Ao revés, instituições inclusivas demandam uma

esfera pública receptiva a pessoas de todos os credos e orientações, que devem ser livres para ser quem são e querem ser". (PIRES, Thiago Magalhães. Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 249).

A razão plural dos cidadãos, como alertou Jürgen Habermas no Discurso de agradecimento pronunciado na Igreja de São Paulo de Frankfurt, em 14.01.2001, ao receber o "Prêmio da Paz" concedido pela Associação dos Livreiros da Alemanha, está *"diretamente vinculada a uma dinâmica de secularização que vincula a uma visão que se mantém equidistante das diversas tradições e cosmovisões. Entretanto, tal razão está disposta a aprender, e sem abandonar sua própria autonomia, manter-se aberta tanto para os aportes das ciências quanto aos das religiões"*. Assim, para Habermas, seria "injusto excluir a religião da esfera pública numa sociedade pluralista na qual a consciência religiosa tem três horizontes: (a) assimilar o encontro cognitivamente dissonante com outras confissões e religiões; (b) adaptar-se à autoridade das ciências, que detêm o monopólio do saber mundano; (c) adequar-se às premissas do Estado constitucional, que se fundam em uma moral profana". (HABERMAS, Jürgen. Fé e Saber. São Paulo: Unesp, 2013, p. 15).

Concluo, portanto, que o Estado deve proteger a diversidade, em sua mais ampla dimensão, dentre as quais incluo a liberdade religiosa e o direito de culto. O limite ao exercício de tal direito está no próprio texto constitucional, nos termos do já referido inciso VI do art. 5º.

Ninguém deve, nessa medida, ser privado de seus direitos em razão de crença religiosa, salvo se a invocar para se eximir de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

A fixação, nesse influxo, por motivos de crença religiosa do candidato em concurso público, de data e/ou horário alternativos para realização de etapas do certame deve ser permitida, dentro de limites de adaptação razoável, após manifestação prévia e fundamentada de objeção de consciência por motivos religiosos. Em igual sentido, o administrador deve oferecer obrigações alternativas para que seja assegurada a

RE 611874 / DF

liberdade religiosa ao servidor em estágio probatório.

São práticas que devem ser adotadas pelo Estado, na medida em que representam concretização do exercício da liberdade religiosa sem prejuízo de outros direitos fundamentais.

Ante o exposto, quanto ao Tema 386 da Repercussão Geral, RE 611.874, peço vênha para divergir do e. Ministro Relator Dias Toffoli e concludo pelo **desprovimento** do recurso extraordinário interposto, fixando-se a seguinte tese: *“Diante de objeção de consciência por motivos religiosos, previamente apresentada e devidamente fundamentada, há dever do gestor público de disponibilizar data e horários alternativos para realização de etapa de concurso público de concurso, certame público ou vestibular por força de crença religiosa”*.

No Tema 1021 da Repercussão Geral, provejo o recurso extraordinário, de modo a conceder a segurança, propondo a seguinte tese: *“O administrador deve oferecer obrigações alternativas para que seja assegurada a liberdade religiosa ao servidor em estágio probatório”*.

É como voto.