

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): Inicialmente, verifico estar o processo devidamente instruído com as informações do Governador do Estado do Maranhão e os pronunciamentos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, de sorte que se mostra conveniente e oportuno converter em julgamento definitivo de mérito o referendo da decisão cautelar.

Anoto, a esse respeito, que tal procedimento vem sendo adotado no Plenário do Supremo por medida de economia processual e com vistas ao benefício da entrega satisfatória da jurisdição (ADI 4.163, Relator o ministro Cezar Peluso, *DJe* de 1º de março de 2013; ADI 4.925, Relator o ministro Teori Zavascki, *DJe* de 10 de março de 2015; ADI 5.253, Relator o ministro Dias Toffoli, *DJe* de 1º de agosto de 2017; ADI 4.788 AgR, Relator o ministro Edson Fachin, *DJe* de 8 de agosto de 2017; ADI 5.949, Relatora a ministra Cármen Lúcia, j. 25 de outubro de 2019; ADI 5.628, Relator o ministro Alexandre de Moraes, j. 24 de agosto de 2020).

Passo, então, a apreciar o caso.

Em síntese, o cerne da controvérsia está em saber se são constitucionais normas estaduais mediante as quais criados cargos comissionados de Oficial Capelão e autorizada a sua livre nomeação e exoneração.

Conforme destaquei na decisão cautelar, a primeira questão que me chama a atenção no feito diz respeito à liberdade religiosa.

A liberdade religiosa está prevista no art. 5º, VI, da Constituição Federal, que garante a todos os cidadãos brasileiros a liberdade de crença, “sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, com respectiva “proteção de culto e a suas liturgias”. Em complemento, o inciso VII versa sobre a “prestação de assistência religiosa”.

A Carta Magna protege, portanto, a liberdade religiosa de todo e cada brasileiro, sem distinção. Assim, na medida em que estabelece ser laico o

Estado, veicula vedação no sentido de esse último – o Estado – não interferir na liberdade de crença.

Nesse contexto, vale esboçar delineamento histórico do tema.

A liberdade religiosa constou expressamente da Primeira Emenda à Constituição norte-americana. Por influência de Thomas Jefferson, evitou-se qualquer interferência do Estado sobre a religião. Assim, tal garantia foi construída de modo a impedir que o Congresso legisse “sobre o estabelecimento da religião” ou proibisse “seu respectivo exercício” (“*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]*”).

No Brasil, semelhante previsão foi moldada já na Constituição de 1891, sob o influxo das ideias de Rui Barbosa. Dispunha o art. 72, § 7º, daquela Carta: “[n]enhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependencia ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados”.

Justamente porque o Estado não deve interferir na liberdade religiosa, não deve preferir uma religião a outra. Antes, deve proteger todas, indistintamente. Ou seja, desde a primeira Constituição republicana há preocupação em salvaguardar referida garantia do cidadão – liberdade de crença – contra ingerências da parte do Estado.

Acerca da matéria, Pontes de Miranda afirma que “liberdade de religião é liberdade de se ter a religião que se entende, em qualidade, ou em quantidade, inclusive de não se ter”.

Para José Afonso da Silva, a liberdade de crença relaciona-se à “liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo”.

Por isso, entendo que não se deve vincular a indicação de cargos, que, no fundo, procuram manter a liberdade religiosa, ao puro arbítrio do Chefe do Executivo.

A laicidade do Estado não se confunde com violar a regra da prévia realização de certame para provimento de cargo público, exigência contida no art. 37, II, da Constituição da República, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

A regra para a admissão no serviço público é, pois, esta: a prévia aprovação em certame público.

As exceções estão previstas nas hipóteses do inciso V do mesmo art. 37, a saber:

[...]

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

No caso em tela, bem se vê que, conquanto de grande relevância, os cargos de Capelão Religioso não podem ser amoldados às funções de direção, chefia ou assessoramento.

Além disso, como já mencionei, cumpre observar sobretudo a garantia do art. 5º, VI, da Constituição de 1988, relativa à liberdade religiosa do cidadão, “sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, com “proteção de culto e a suas liturgias”. Em complemento, o inciso VII do mesmo artigo prevê a “prestação de assistência religiosa”. Trata-se de cláusulas pétreas, normas de eficácia plena que se irradiam por todo o Texto Constitucional.

Os servidores públicos são também cidadãos, portanto devem ter respeitada e preservada sua liberdade religiosa e de credo. O provimento mediante certame constitui, nesse contexto, garantia de que o Executivo não vai interferir nem na fé nem na liberdade religiosa deles, servidores e – repita-se – cidadãos.

É dizer, o concurso público é a forma de ingresso no serviço público mais segura e prudente a fim de que os ocupantes do cargo de Oficial Capelão sejam livres para professar a fé na qual estão imbuídos, sem indevidas interferências que poderiam ocorrer se o provimento se desse por nomeação para cargo de confiança pelo Chefe do Executivo.

Tanto é assim que a Lei n. 6.923, de 29 de junho de 1981, ao versar sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas, dispõe que, para ingressarem no Quadro de Capelães Militares, os candidatos precisam passar por concurso e preencher, além dos requisitos do art. 4º, também os do art. 18, *in verbis*:

Art. 18. Para o ingresso no Quadro de Capelães Militares será condição o prescrito no art. 4º desta Lei, bem como:

- I – ser brasileiro nato;
- II – ser voluntário;
- III – ter entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- IV – ter uso de formação teológica regular de nível universitário, reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião;
- V – possuir, pelo menos, 3 (três) anos de atividades pastorais;
- VI – ter consentimento expresso da autoridade eclesiástica da respectiva religião;
- VII – ser julgado apto em inspeção de saúde; e
- VIII – receber conceito favorável, atestado por 2 (dois) oficiais superiores da ativa das Forças Armadas.

Serão, ainda, submetidos a estágio de instrução e adaptação, nos termos do art. 19:

Art. 19. Os candidatos que satisfizerem às condições do artigo anterior serão submetidos a um estágio de instrução e de adaptação com duração de até 10 (dez) meses, durante o qual serão equiparados a Guarda-Marinha ou a Aspirante-Oficial, fazendo jus somente à remuneração correspondente.

Note-se que, até pelo emprego da palavra “candidato” no citado art. 19 da Lei n. 6.923/1981, é possível inferir a intenção do legislador de indicar que o ingresso será realizado por concurso público, o que vem sendo observado desde a revogação da Lei n. 5.711, de 8 de outubro de 1971.

Desse modo, apesar de a Carta Maior prever a possibilidade de nomeação como uma das formas de investidura em cargo público (art. 37, II, parte final), imperioso pontuar que a exceção à regra do concurso pressupõe vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e exoneração.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de admitir a instituição de cargos em comissão tão somente quanto às funções que exijam relação de confiança a justificar a livre nomeação e exoneração. O Tribunal reconhece ofensa ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal em norma que não demonstre efetiva adequação aos fins pretendidos de modo a autorizar a exceção à regra do concurso público.

Sobre o tema, há precedente da Primeira Turma. Eis a ementa:

Agravo regimental no agravo de instrumento. **Lei municipal que criou cargos em comissão referentes a funções que não dependem de vínculo de confiança pessoal. Inadmissibilidade.** Precedentes. 1. **A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal**. 2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte nesse sentido. 3. Agravo regimental não provido.

(AI 309.399 AgR, Relator o ministro Dias Toffoli, j. 20 de março de 2012 – grifei)

No mesmo sentido: **ADI 3.233** , Plenário, ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 14 de setembro de 2007; **ADI 1.141 MC** , Plenário, ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 4 de novembro de 1994; **ADI 1.141** , Plenário, ministra Ellen Gracie, *DJ* de 29 de agosto de 2003; **ADI 1.269 MC** , Plenário, ministro Carlos Velloso, *DJ* de 25 de agosto de 1995; e **Rp 1.400** , Plenário, ministro Moreira Alves, *DJ* de 11 de dezembro de 1987.

De forma específica, menciono julgado da relatoria do ministro Alexandre de Moraes, no qual o Colegiado, ao analisar a Lei federal n. 7.479/1986, que tratava de concurso público para o provimento de cargos de **Oficial Bombeiro Militar de Saúde e de Capelão** do Distrito Federal, **declarou constitucional a necessidade de concurso público, afastando tão somente o requisito da altura mínima para médicos e capelães**. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RAZOABILIDADE DE LIMITES MÍNIMOS DE ALTURA PARA A MATRÍCULA NOS CURSOS DE FORMAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE BOMBEIRO-MILITAR. ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS NA LEI FEDERAL 12.705/2012 PARA AS FORÇAS ARMADAS. EXCEÇÃO AOS CARGOS DE MÉDICO E DE CAPELÃO POR AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. ART. 11, § 2º, DA LEI FEDERAL 7.479/1986. NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Conforme a Jurisprudência desta SUPREMA CORTE, a adoção de requisitos de capacidade física para o acesso a cargos públicos deve observar critérios idôneos e proporcionais de seleção, que guardem correlação com as atividades a serem desempenhadas pelo servidor.

2. A norma contida no § 2º do art. 11 da Lei Federal 7.479/1986, no que se refere aos médicos e aos capelães, é incompatível com a Constituição Federal.

3. Com relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade. Os limites de estatura estabelecidos pela norma impugnada, que reproduzem a mesma exigência imposta aos militares das Forças Armadas (1,60m para homens e 1,55m para mulheres), mostram-se razoáveis.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a nulidade parcial sem redução do texto do

art. 11 da Lei Federal 7.479/1986 (na redação conferida pela Lei Federal 12.086/2009), excluindo-se da sua incidência os médicos e os capelães.

(ADI 5.044/DF, Plenário, Relator o ministro Alexandre de Moraes, j. 11 de outubro de 2018)

A Corte concluiu pela constitucionalidade da lei, assentando que os requisitos nela previstos para o provimento dos cargos mediante concurso público estavam em harmonia com os princípios do art. 37 da Carta Magna (impessoalidade, moralidade, eficiência e proporcionalidade), à exceção, como já mencionado, do requisito da altura mínima quanto aos médicos e capelães:

Nota-se claramente que, apesar da atuação dos integrantes do quadro médico e de capelães do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal poder se dar em situações operacionais muitas vezes sujeitas a condições extremamente adversas, não se justifica a exigência estabelecida pela norma impugnada nesta ação direta, em relação às suas atividades.

Outrossim, ressalte-se que não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade em relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, na medida em que a norma impugnada, por se mostrar condizente com as atribuições desempenhas pelos seus destinatários, é compatível com o texto constitucional.

A norma é impessoal, sendo aplicada de forma genérica e objetiva aos que almejam ingressar no Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, não incidindo em qualquer pecha de imoralidade, uma vez que harmônica com as atribuições do cargo a ser desempenhado.

Ademais, o enunciado impugnado labora busca concretizar o princípio da eficiência – e não desobedecê-lo – sendo certo que as missões da corporação em referência serão cumpridas de forma mais eficiente se seus membros ostentarem as condições físicas necessárias.

Ainda, como apontado pela Advocacia-Geral da União, no caso em tela, a própria Lei n. 8.449/2006, na redação original, dispunha, no art. 4º, *caput*, que o ingresso no Quadro de Oficiais Capelães ocorreria “ **mediante concurso público de provas ou de provas e títulos**”, devendo o candidato ser padre, pastor ou equivalente, com formação teleológica de ensino superior, reconhecido pelo MEC”.

Outro ponto relevante advém do fato de as modificações legislativas mais recentes terem previsto a criação, na Polícia Militar, conforme se vê no Anexo I da Lei n. 10.654/2017, dos cargos de “Coronel PM Capelão”, “Tenente Coronel PM Capelão”, “Major PM Capelão”, “Capitão PM Capelão” e “1º Tenente PM Capelão”, assim como, no quadro de Bombeiros Militares, consoante o Anexo II, de “Coronel CB Capelão”, “Tenente Coronel CB Capelão”, “Major CB Capelão”, “Capitão CB Capelão” e “1º Tenente CB Capelão”. Ocorre que tais cargos não podem ser providos sem prévio concurso público e promoção de patentes, surgindo possível violação à hierarquia das instituições.

Em se tratando de norma por meio da qual criados cargos em comissão para o desempenho de atividades que prescindem de vínculo de confiança e não são voltadas ao propósito de assessorar, dirigir ou chefiar (CF/1988, art. 37, V), a jurisprudência do Supremo é pela possibilidade de intervenção judicial para sanar situação de ilegalidade. No caso, os dispositivos normativos são inconstitucionais na medida em que os cargos em comissão criados se destinam a funções que não pressupõem relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Feitas essas ponderações, e tal como bem lançado pela Procuradoria-Geral da República, que apontou a necessidade premente de auxílio espiritual – e mesmo assistencial – aos servidores e detentos, sobretudo em momento delicado como o da pandemia ora em curso, e, ainda, em harmonia com a jurisprudência do Tribunal, a recomendar evitar-se a interrupção abrupta na prestação de serviço público, mormente religioso (ADI 4.876, Relator o ministro Dias Toffoli, *DJe* de 1º de julho de 2014; ADI 3.819, Relator o ministro Eros Grau, *DJe* de 28 de março de 2008; ADI 3.609, Relator o ministro Dias Toffoli, *DJe* de 30 de outubro de 2014; ADI 4.541, Relatora a ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 4 de maio de 2021), **tenho como razoável, presente o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, modular os efeitos da decisão quanto aos capelães já contratados, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia após 31 de dezembro de 2022**, viabilizando-se à Administração Pública período de adaptação ao que assentado neste julgamento (inclusive para efeito de publicação de editais e realização dos necessários concursos), sem prejuízo da manutenção dos serviços religiosos.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, converto o referendo da medida cautelar em apreciação definitiva do mérito, julgando procedente o pedido formulado nesta ação direta e declarando a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.449, de 25 de agosto de 2006, com a redação dada pelo art. 11 da Lei n. 8.950, de 15 de abril de 2009; dos arts. 1º a 4º, 7º, 9º e 11, e Anexo Único da Lei n. 8.950/2009; dos arts. 1º, § 3º, 2º e Anexos I e II da Lei n. 10.654, de 11 de agosto de 2017; e dos arts. 4º, 8º, § 2º, e Anexo II da Lei 10.824, de 28 de março de 2018, todas do Estado do Maranhão, na parte em que criam cargos em comissão de Capelão Religioso na Administração Pública estadual . A fim de evitar a interrupção abrupta na prestação do serviço público, modulo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que tenha eficácia apenas após 31 de dezembro de 2022, observado o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 00:00:00