



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

TULIO CESAR OLIVEIRA NUNES

**RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA: O DIREITO À REMARCAÇÃO DE DATAS E
HORÁRIOS DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS NA DECISÃO DO STF NO RE
611.874 DF**

Brasília – DF
2022

TULIO CESAR OLIVEIRA NUNES

**RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA: O DIREITO À REMARCAÇÃO DE DATAS E
HORÁRIOS DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS NA DECISÃO DO STF NO RE
611.874 DF**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Brasília – DF

2022

ON972r

Nunes, Tulio Cesar Oliveira
RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA: O DIREITO À
REMARCAÇÃO DE DATAS E HORÁRIOS DE PROVAS DE
CONCURSOS PÚBLICOS NA DECISÃO DO STF NO RE
611.874 DF. / Tulio Cesar Oliveira Nunes; orientador Paulo
Henrique Blair de Oliveira. -- Brasília, 2022.

64 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília,
2022.

1. liberdade religiosa. 2. esfera pública. 3. Direitos fundamentais
não enumerados. 4. concursos públicos. 5. Dias de guarda
religiosa. I. Oliveira, Paulo Henrique Blair de, orient. II. Título.

TULIO CESAR OLIVEIRA NUNES

RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA: O DIREITO À REMARCAÇÃO DE DATAS E HORÁRIOS DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS NA DECISÃO DO STF NO RE 611.874 DF

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Data da defesa: 22/04/2022

Resultado: Aprovado.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira (FD-UnB)

Orientador

Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues (FD-UnB)

Examinador

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (FD-UnB)

Examinador

Brasília – DF

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me formou à sua imagem e semelhança e cuida de cada aspecto da minha vida de maneira maravilhosa. Que me guiou nessa jornada de mais cinco anos rumo à segunda graduação na UnB. A Ele pretendo dedicar meus conhecimentos, na busca pela justiça, pautado pela ética.

Agradeço a minha esposa e a minha filha pela paciência e compreensão ao longo dessa jornada do curso de Direito noturno, com rotina de trabalho durante os dias e de estudos durante as noites. Agradeço a elas pelo amor e carinho sempre presentes e por terem me animado ao longo dessa trajetória.

Agradeço a minha família, em especial aos meus pais, que serviram como inspiração para minhas escolhas, que me mostraram o melhor caminho a seguir e me legaram a maior e melhor das dádivas: o caráter.

Agradeço ao meu orientador, Professor Paulo Blair, pois aceitou de bom grado trilhar comigo essa jornada monográfica, guiando a pesquisa e contribuindo para o aprofundamento do meu aprendizado.

Também agradeço a todos os demais professores dessa casa de excelência que é a UnB, que partilham seus conhecimentos e experiências e ajudam a formar, a cada semestre, mentes brilhantes que fazem e farão a diferença na condução dos rumos do nosso país.

Agradeço e dedico este trabalho a todos os que se empenham na luta pela liberdade religiosa e que combatem a intolerância e o preconceito em todas as suas formas.

De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa. (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do papel da religiosidade na esfera pública e do desenvolvimento da liberdade religiosa como elemento da igualdade. São analisados o processo de secularização do Estado e da melhor forma de convivência entre o secularismo e o pensamento religioso atualmente, em especial na formação da opinião pública. Também são trazidas à discussão o papel da igualdade como virtude necessária dos governos e o modo de se perceber a liberdade como elemento constitutivo da igualdade e não como antítese desta. São feitas considerações a respeito da existência de direitos fundamentais não elencados no texto constitucional, mas que decorrem de princípios constitucionais e da interpretação jurídica argumentativa por meio da teoria do direito como integridade. Por fim, é analisada a constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 611.874 Distrito Federal, que debateu o direito a realização de etapa de concurso público em horário diverso daquele determinado pela comissão organizadora do certame por força de crença religiosa. A decisão ocorreu em sede de repercussão geral e tratou do reconhecimento de um direito fundamental não enumerado, tangenciando os conceitos abordados ao longo do trabalho.

Palavras-chave: liberdade religiosa; esfera pública; direitos fundamentais não enumerados; concursos públicos; dias de guarda religiosa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Enem	Exame Nacional do Ensino Médio
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A ESFERA PÚBLICA E O RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA	15
2.1	O PAPEL DA RELIGIOSIDADE NA ESFERA PÚBLICA.....	15
2.2	SECULARIZAÇÃO COMO DUPLO PROCESSO DE APRENDIZAGEM	17
2.3	O SECULAR E O RELIGIOSOS NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA	19
2.4	O RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRECURSOR DE OUTRAS LIBERDADES	21
2.5	LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E NÃO COMO EXCEÇÃO	23
3	IGUALDADE COMO VIRTUDE SOBERANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS	25
3.1	IGUALDADE COMO VIRTUDE SOBERANA	25
3.2	IGUALDADE QUE REFORÇA A DIFERENÇA	28
3.3	DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS.....	29
3.4	DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	32
4	ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874 DISTRITO FEDERAL	35
4.1	PANORAMA DA AÇÃO	35
4.2	PARECER DA PGR	36
4.3	VOTO DO MINISTRO RELATOR DIAS TOFFOLI	38
4.4	VOTO DIVERGENTE DO MINISTRO EDSON FACHIN	43
4.5	VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS.....	47
4.6	VOTO DO MINISTRO PRESIDENTE DO STF LUIZ FUX.....	55
	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Os embates judiciais envolvendo a administração pública e os seguidores de religiões nas quais é prescrito um dia de guarda e observância religiosa são frequentes, sendo considerado “assunto polêmico e rotineiro nos concursos públicos e vestibulares ao longo dos anos, gerando inúmeros processos judiciais”.¹

Isso se dá principalmente em virtude de algumas religiões terem como regra de fé a observância de dias especiais de guarda religiosa, seja para descanso ou para celebração de festas e rituais religiosos. Nesses dias especiais, os fiéis se abstêm de atividades cotidianas, como trabalhos, comércio, estudos e outras atividades tidas como seculares. Também é possível que esses períodos de guarda religiosa sejam observados por meio da realização de jejuns, peregrinações ou oferecimento de sacrifícios e oblações a Deus, deuses ou entidades.

Entre as religiões que possuem um dia especial de guarda ou períodos de festividade religiosa podem ser citadas a religião judaica, a muçumana, cristãos católicos e protestantes, como os Adventistas do Sétimo Dia e os Batistas do Sétimo Dia, sem, é claro, pretender apresentar aqui uma lista exaustiva.

Para os judeus, o dia de sábado (*Shabbat*, que significa descanso) é observado como um memorial da criação do mundo e começa a ser celebrado ao anoitecer de sexta-feira e se estende até o pôr-do-sol de sábado.² Com base no relato veterotestamentário, Deus criou o mundo em seis dias literais e ao sétimo dia, o sábado, descansou, tendo abençoado e santificado esse dia para descanso de toda a humanidade.³ Ademais, a santificação do sétimo dia da semana também se encontra como preceito do decálogo (Os Dez Mandamentos), lei moral com os preceitos mais fundamentais da religião judaica.⁴

Por esse motivo, os judeus, em diferentes graus, têm na observância do mandamento do repouso sabático um imperativo de consciência muito forte, conferindo a esse dia uma verdadeira identidade religiosa. Além do sábado semanal, há também a celebração de outras festividades

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 611.874 DF**. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346130905&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

² Glossário de termos judaicos: Shabbat. **CONIB – Confederação Israelita do Brasil**. Disponível em: <https://www.conib.org.br/glossario/shabat/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

³ Cf. relato bíblico presente no capítulo 1 e 2 do Livro de Gênesis (BÍBLIA, 2002).

⁴ Cf. relato bíblico presente no capítulo 20 do livro de Êxodo (BÍBLIA, 2002).

anuais, como a festa da Páscoa, festa das primícias e o dia da expiação (*Yom Kipur*), que são também observados como se fossem sábados, mesmo que caiam em outros dias da semana.

Já os muçulmanos têm como dia especial de consagração religiosa a sexta-feira. Nos países em que predomina o islamismo, esse é o dia de descanso semanal. A base para a adoração nesse dia também remonta a semana da criação, mas enfatiza o sexto dia da semana por ter sido o dia em que o homem foi criado. Nos países em que o islamismo não é a religião dominante, é permitido aos fiéis trabalharem na sexta-feira, mas eles devem parar todas as suas atividades por 45 minutos, a partir das 12h30min, para realizar orações.⁵

Além do descanso às sextas-feiras, os muçulmanos também possuem tradições religiosas relacionadas à jejuns às segundas e quintas-feiras, desde o nascer até o pôr do sol, e períodos especiais como o Ramadão, no qual por um mês os fiéis jejuam do nascer ao pôr do sol, e o *Eid Al-Adha*, dia de realização de sacrifícios de carneiros.

Entre os cristãos, podemos citar os católicos e a maioria dos evangélicos e protestantes, que têm no domingo o seu dia especial de adoração a Deus e de reuniões religiosas. Entretanto, para esses grupos a guarda do domingo não é percebida como preceito ou mandamento e não costuma ser invocada como motivo para a abstenção da participação em atividades seculares.

Mas há também entre os protestantes grupos como o dos Adventistas do Sétimo Dia e o dos Batistas do Sétimo Dia, que observam a guarda do sábado de maneira semelhante aos judeus. Eles também se baseiam na santificação do sétimo dia proferida por Deus no fim da semana da criação e no quarto mandamento do decálogo, que determina o descanso e a abstinência de atividades seculares aos sábados.

Em documento presente no site oficial da Igreja Adventista do Sétimo Dia, a guarda do sábado é justificada da seguinte maneira:

A Igreja Adventista do Sétimo Dia reconhece o sábado como sinal distintivo de lealdade a Deus (Êx 20:8-11; 31:13-17; Ez 20:12, 20), cuja observância é pertinente a todos os seres humanos em todas as épocas e lugares (Is 56:1-7; Mc 2:27). Quando Deus “descansou” no sétimo dia da semana da criação, Ele também “santificou” e “abençoou” esse dia (Gn 2:2, 3), separando-o para uso sagrado e transformando-o em um canal de bênçãos para a humanidade. Aceitando o convite para deixar de lado seus “próprios

⁵KHAZRAJI, N. As festividades do Islam. **Arresala.org.br**, 2019. Biblioteca Arresala. Disponível em: <https://www.arresala.org.br/biblioteca/as-festividades-do-islam>. Acesso em: 29 mar. 2022.

interesses” durante o sábado (Is 58:13), os filhos de Deus observam esse dia como uma importante expressão da justificação pela fé em Cristo (Hb 4:4-11).⁶

Independentemente da motivação, o exercício da liberdade religiosa para os membros de certas religiões requererá deles a abstenção de práticas da vida cotidiana em certos dias. Isso vem gerando conflitos judiciais entre a administração pública e candidatos de concursos públicos que professem essas ou outras religiões que prescrevem períodos de adoração ou guarda religiosas e que são impelidos a realizar as provas desses concursos nos dias ou períodos entendidos como sagrados.

De um lado o Estado invoca os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade para se eximir da obrigação de adequar os processos da máquina pública aos ditames desta ou daquela religião. Do outro, religiosos apelam ao princípio também constitucional da liberdade religiosa para invocar sua escusa de consciência para buscar uma prestação alternativa àquela que originalmente não estaria de acordo com suas convicções.

A proteção à liberdade religiosa está presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição do Império. Por mais que, à época, o Estado ainda não fosse laico, já havia no art. 179, inciso V, da Constituição de 1824 o preceito de que ninguém poderia ser perseguido por motivo religioso, desde que respeitasse o Estado e não ofendesse à moral pública.⁷

Por mais evoluções que o texto constitucional tenha sofrido, esse preceito de proteção à liberdade religiosa se perpetuou e está ainda presente na vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que assegura a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos seus locais e liturgias, e assegura que ninguém poderá ser privado de direitos por motivo religioso, com as ressalvas aplicáveis.⁸

A CF/88 não só impõe ao Estado prestações positivas que assegurem o livre exercício da liberdade religiosa, como também recomenda a vivência religiosa, conforme se extrai do art. 5º, inciso VII, que garante a “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de

⁶ Observância do Sábado. **Adventistas.org**. Disponível em: <https://www.adventistas.org/pt/institucional/organizacao/declaracoes-e-documentos-oficiais/observancia-sabado/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

⁷ BRASIL. Constituição (1924). **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. 29 mar. 2022.

internação coletiva”, e do art. 210, §1º, que assevera que o “ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas”.⁹

Dessa forma, a vivência da liberdade religiosa não deve encontrar barreiras na laicidade do Estado, pois esta não deve ser entendida como um isolamento daqueles que sigam alguma religião à sua própria esfera privada. Como se verá ao longo desse trabalho, religiosidade tem seu papel na esfera pública e na formação da opinião pública. A indiferença ou até mesmo a hostilidade com relação à religião são designadas como laicismo, que não deve ser confundido com laicidade.

A laicidade estabelecida pelo ordenamento constitucional brasileiro pressupõe sim uma separação entre o Estado e a religião, mas a não intervenção daquele nesta não pode ser entendida como uma postura indiferente e passiva, mas sim como um dever de proteção por parte do Estado contra perturbações que possam ser perpetradas pelo próprio Estado ou por particulares às diversas religiões e crenças.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo apresentar as principais teorias que situam a religiosidade na esfera pública, a relação entre o pensamento secular e o pensamento religioso; abordar de que forma o respeito à liberdade religiosa contribui para a efetivação da igualdade entre os membros da sociedade; e escavar a existência de um direito fundamental à obtenção de prestações alternativas diante de objeções de consciência por motivo religioso, não enumerado constitucionalmente.

Esta pesquisa se justifica pelo grande número de demandas judiciais que versam sobre o reconhecimento de um direito fundamental à remarcação de datas e horários de concursos públicos e em razão de a matéria ter sido discutida recentemente, no ano de 2020, no Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.

No primeiro capítulo, será apresentado o papel da religiosidade na esfera pública, como definida por Jürgen Habermas; a visão do processo de secularização como um movimento de aprendizado mútuo entre o secular e o religioso; a permanência da religiosidade na sociedade pós-secular; além de aspectos relacionados à tolerância religiosa e como esta tem o condão de ser precursora de outras liberdades, para além da liberdade religiosa

No segundo capítulo, serão abordados aspectos sobre a igualdade, com especial enfoque nas teorias de Ronald Dworkin, que vê esse princípio como virtude necessária dos governos

⁹ BRASIL, 1988.

legítimos. Também será abordada a ligação entre liberdade e igualdade e a conceituação dessas duas virtudes como complementares e constitutivas uma da outra, em oposição à visão mais tradicional de antítese entre esses ideais. Também no segundo capítulo será abordada a temática dos direitos fundamentais não enumerados. Serão apresentadas as teorias de Dworkin do Direito como integridade, em oposição às visões convencionalistas e pragmáticas do Direito.

No terceiro e último capítulo será analisada a decisão do STF no Recurso Extraordinário 611.874 Distrito Federal, que debateu o direito a realização de etapa de concurso público em horário diverso daquele determinado pela comissão organizadora do certame por força de crença religiosa. Serão apresentados os votos dos Ministros e como a argumentação apresentada pode ou não justificar a existência de um direito fundamental no caso em tela. Nesse capítulo serão retomados os conceitos apresentados nos dois primeiros capítulos, numa vertente prática de análise dos argumentos trazidos pelos julgadores.

2 A ESFERA PÚBLICA E O RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 O PAPEL DA RELIGIOSIDADE NA ESFERA PÚBLICA

Ainda hoje, há a necessidade de se discutir o papel da religiosidade nos espaços públicos. Muitos há que entendem dever esse assunto ser mantido na esfera privada, mantendo os espaços públicos de discussão restritos a assuntos seculares, ditos racionais. No entanto, essa visão é distorcida, vez que entende o discurso religioso como irracional e pressupõe possível dissociar do religioso sua religiosidade.

A religiosidade tem o seu papel no debate público, entendido como aquele que envolve toda a sociedade, composta por membros religiosos e por não religiosos. Para que haja um debate efetivo, os espaços de discussão devem permitir a emergência de uma opinião pública da qual todos tenham a oportunidade de participar e pela qual todos se sintam minimamente representados.

O debate público por meio do discurso racional é fundamental também para a construção das leis que os cidadãos irão aplicar uns aos outros e as normas decorrentes de tais debates racionais devem encontrar o assentimento de todos os possíveis afetados. O princípio do discurso, introduzido por Habermas, considera como válidas apenas as normas produzidas dessa forma: “(D) *Just those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses.*”¹⁰

Logo, uma norma de ação só seria válida se fosse reconhecida como tal por todos os possíveis atingidos por ela, num reconhecimento racionalmente motivado e que não se estanque no tempo, podendo ser problematizado a qualquer momento. Isso reforça a necessidade de um ambiente no qual os debates públicos possam não apenas criar uma opinião pública, mas que também permita o constante diálogo e até mesmo a reformulação dessa opinião.

Para Habermas, a esfera pública, do ponto de vista político¹¹, pode ser entendida como esse espaço social voltado para a comunicação entre as pessoas, a partir do qual se extrai uma

¹⁰ HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.** Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996. Em tradução livre: “São válidas apenas aquelas normas de ação com relação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas podem concordar como participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1996, p. 107).

¹¹ HABERMAS, J. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. O autor defende a diferenciação entre esfera pública como espaço de auto apresentação daqueles que se destacam na

opinião pública, construída por meio de debates entre atores que formulam perguntas e respostas sobre temas políticos, científicos ou literários.¹²

Historicamente esses espaços foram representados pelas portas de entrada das cidades antigas, nas quais os anciãos se reuniam para deliberar os mais diversos assuntos, ou pelas ágoras gregas, que permitiram o surgimento da própria democracia. Atualmente, vemos a esfera pública a se desenvolver por meio das mídias de comunicação em massa e principalmente pela internet, por meio de diversas redes sociais e aplicativos¹³.

Para que esses espaços cada vez mais distribuídos se desenvolvam de maneira saudável, deve ser buscada uma integração cada vez maior entre os indivíduos por meio do respeito de uns para com os outros. Quando falta o respeito, os grupos se dividem e surgem polarizações, que dificultam o emergir de uma opinião realmente pública.

Caso os cidadãos se voltem apenas para as opiniões com as quais concordem, os círculos de influência começam a se fechar e o espaço comunicacional começa a servir apenas para reforçar ideias pré-concebidas, prejudicando o debate e o surgimento de novas ideias. Com isso, ocorre a fragmentação dos espaços públicos e a fragilização das normas criadas pelo Estado, uma vez que as pessoas afetadas não percebem essas normas como válidas, pois não participaram dos debates e não deram o seu assentimento racional, conforme preconiza o princípio do discurso proposto por Habermas.

A religiosidade, muitas vezes, pode acabar servindo como elemento de divisão entre grupos da sociedade. Seja porque há uma intolerância entre grupos religiosos e não religiosos, seja porque há pouca disposição por parte de cada grupo de se extrair o conteúdo racional e político dos discursos religiosos ou seculares.

De toda forma, no cerne da questão encontra-se a necessidade de respeito, que demanda muito mais que tolerância entre os cidadãos. O respeito exige uma postura ativa de se abrir para os conteúdos e participações de pessoas diferentes no espaço público, exige ver o outro como

sociedade, tais como artistas e esportistas proeminentes, e esfera pública como espaço para debate de controvérsias políticas, científicas ou literárias, que possuem outra finalidade (HABERMAS, 2007, p. 17-18).

¹² HABERMAS, 2007, p. 18.

¹³ Nesse ponto, é mister perceber os riscos que as novas mídias representam para o debate público. Em entrevista concedida ao jornal espanhol El País, publicada em 8 de maio de 2018, Habermas afirmou que a internet tem atualmente um papel fragmentador da esfera pública e que as novas mídias apresentam uma tendência centrífuga e atomizadora. Mas o filósofo também entende que a internet é um fenômeno recente e que, com o tempo, será possível que as pessoas aprendam a utilizá-la de forma civilizada. (Entrevista Jürgen Habermas: “Não pode haver intelectuais se não há leitores”. El País Semanal. Publicado em: 8 de maio de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html. Acesso em: 26 abr. 2022).

membro da mesma sociedade político-constitucional, concedendo a mesma consideração e igual tratamento a todos os cidadãos, como um gesto ativo para a construção do pertencimento. Isso permite o florescimento de um espaço comunicacional saudável e a construção de normas percebidas como válidas por um número cada vez maior de pessoas.

2.2 SECULARIZAÇÃO COMO DUPLO PROCESSO DE APRENDIZAGEM

Para que esse espaço comunicacional seja eficiente é necessário que sejam garantidas certas liberdades, notadamente a liberdade de reunião, liberdade de expressão e liberdade de opinião. Menos óbvia, mas não menos importante, pode-se elencar a liberdade religiosa como também necessária a formação de uma opinião pública que reflita a sociedade como um todo.

A liberdade religiosa pode ser vista por alguns como menos óbvia para a garantia de uma esfera pública saudável em virtude da secularização decorrente do processo de separação entre o Estado e a Igreja e do abandono das formas de estruturação social baseadas na religiosidade.

No entanto, por mais que as estruturas de fundamentação e justificação do poder político encontrem-se atualmente positivadas em bases pós-metafísicas e não religiosas, não se deve encarar as convicções religiosas como reminiscências de uma mentalidade ultrapassada, mas sim como uma força ainda muito presente na formação da sociedade como um todo.

A secularização não deve ser percebida como um processo de substituição de um modo de pensar religioso por um não religioso, mas sim de coexistência entre essas duas correntes, como um reflexo de uma sociedade que abarca tanto religiosos como não religiosos em seu seio. Habermas sugere o seguinte a respeito desse assunto:

(...) eu sugiro que interpretemos a secularização cultural e social como um duplo processo de aprendizagem que obriga ambas as tradições, a do esclarecimento e a das doutrinas religiosas, à reflexão sobre os seus respectivos limites.¹⁴

A secularização é um processo social que busca a criação de um ambiente e de uma linguagem sociais mais universais, não ligadas a crenças e religiões, com o intuito de permitir tanto a boa convivência entre os cidadãos de religiões distintas quanto entre cidadãos religiosos e não-religiosos. A secularização busca também reformular a validade e a legitimidade do Estado, desvinculando-as de valores religiosos morais ou éticos.

¹⁴ HABERMAS, 2007, p. 116.

Pode-se sim entender que o Estado democrático liberal está racionalmente fundado em bases pós-metafísicas seculares e que a justificação do poder político é extraída diretamente do próprio processo democrático, que perpassa a formação da opinião e da vontade públicas. Há uma legitimidade pela legalidade, produzida a partir do próprio processo legislativo democrático.¹⁵

Porém, essa legitimidade não é suficiente para manter o vínculo democrático. Os cidadãos, sendo ao mesmo tempo formadores do Direito, como cidadãos do Estado, e destinatários do Direito, como cidadãos da sociedade, dependem de uma solidariedade mútua para a manutenção do contrato social, que é obtida ao passo que os princípios da justiça, aplicada pelo Estado, encontrem eco nas redes de orientação morais e culturais desses cidadãos.¹⁶

Assim, por mais que o Estado possua bases seculares e se justifique sem a necessidade de valores morais e éticos, ele deve possibilitar que cidadãos religiosos e não religiosos, mesmo com suas diferenças, percebam um ambiente social aberto para a construção de um debate político saudável e sintam que as leis e a justiça não violam seus valores pessoais mais íntimos.

Nesse contexto, a secularização exacerbada, que tenta sufocar o fenômeno religioso, pode ferir os princípios que sustentam a solidariedade entre os cidadãos, o que poderia ter impactos no laço democrático, que é o próprio fundamento do Estado. Daí a importância de se perceber a secularização como um processo de inserção e evolução de um modo de pensar não-religioso, sem buscar eliminar o modo de pensar religioso.

Quando se tenta suprimir o fenômeno religioso, há na verdade a supressão das formas de manifestação e da liberdade de pensamento dos cidadãos religiosos, há uma verdadeira agressão contra aspectos vistos pelo indivíduo religioso como formadores do seu próprio ser. Não se pode dissociar do cidadão religioso a sua religiosidade e quando esta não encontra espaço na sociedade, aquele se sente desrespeitado.

Decorre daí a necessidade premente de se encarar a secularização como um duplo processo de aprendizagem entre a tradição secular e a religiosa, sendo essa a única via na qual se garante a igualdade entre os cidadãos e se nutre o senso de pertencimento dos indivíduos à mesma sociedade político-constitucional.

¹⁵ HABERMAS, 1996, p. 151.

¹⁶ Id., 2007, 121.

Quando se caminha para um determinado objetivo, é comum que haja uma oscilação ao redor do ponto de equilíbrio que se pretende atingir. Essas oscilações podem ser percebidas como exageros ora para um lado ora para o outro. O processo de secularização do Estado democrático ocorreu de maneira muito forte, como uma resposta à altura contra o Estado absolutista fundado em bases religiosas.

Mas essa reação, em certos momentos, levou a uma verdadeira perseguição da religião, com depredação de igrejas, assassinatos de clérigos e destruição de imagens sacras, como ocorrido na revolução francesa e na revolução bolchevique, e percebido em diversos outros lugares do mundo, em maior ou menor medida. A sociedade secular teve motes como "A religião é o ópio do povo", de Carl Marx, e "Deus está morto", de Friedrich Nietzsche. Porém, em um natural retorno ao ponto de equilíbrio, a sociedade secular deu lugar a uma sociedade pós-secular.

O termo "pós-secular" foi criado para se prestar reconhecimento ao fato de o fenômeno religioso continuar presente na sociedade, por mais que os espaços estejam sendo cada vez mais dominados por elementos seculares. Para Habermas:

Na sociedade pós-secular impõe-se a ideia de que a "modernização da consciência pública" abrange, em diferentes fases, tanto mentalidades religiosas como profanas, transformando-as reflexivamente. Neste caso, ambos os lados podem, quando entendem, em comum, a secularização da sociedade como um processo de aprendizagem complementar, levar a sério, por razões cognitivas, as suas contribuições para temas controversos na esfera pública.¹⁷

Dessa forma, por mais que o Estado seja secular, como deve ser, ele não pode ignorar o fenômeno religioso e nem mesmo aplicar uma justiça aos seus cidadãos que não se acople, em certa medida, aos seus valores. Os cidadãos religiosos e não-religiosos, que formam o Estado e dele se beneficiam, e que com ele contribuem por meio de sua solidariedade, esperam que haja respeito em relação aos valores, seculares ou religiosos, que constituem quem são como pessoas.

2.3 O SECULAR E O RELIGIOSOS NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

A solidariedade pressupõe respeitar e ser respeitado. Uma secularização nociva seria aquela que nega potencial de verdade a visões de mundo religiosas pelo simples fato de serem religiosas, arrogando para si uma ideia de infalibilidade científica. Essa secularização se coloca na posição que alegadamente retirou de Deus.

¹⁷ HABERMAS, 2007, p. 126.

Deve-se entender que o respeito deve ser estendido a ambos os lados, aos não religiosos, que se pautam pela busca da razão e do conhecimento empírico e demonstrável, e aos religiosos, que possuem “modos de vida que obtêm sua integridade e autenticidade de convicções religiosas”¹⁸. O respeito não é uma concordância, o dissenso pode estar presente e ainda assim haver o necessário respeito. Nas palavras de Habermas:

Devemos continuar respeitando no outro o co-cidadão, mesmo quando avaliamos a sua fé ou seu pensamento como falsos ou rejeitamos a correspondente conduta de vida como ruim. A tolerância preserva uma comunidade política pluralista de se dilacerar em meio a conflitos oriundos de visões de mundo diferentes.¹⁹

Assim, para que haja uma harmonia nas relações entre os cidadãos, no âmbito de suas participações na esfera pública e política, o respeito deve envolver a possibilidade de que cada um tenha a sua própria visão ética ou política, mas que cada cidadão tenha uma visão dos outros como membros da comunidade, dotados de iguais direitos. Na solução de conflitos, deve haver a busca por um resultado racional e motivado, cada um deve apresentar argumentos sólidos e de entendimento comum.²⁰

Para aqueles que possuem como convicção religiosa a prática de separar dias ou períodos especiais para adoração e culto às suas divindades, a observância desse preceito pode constituir elemento moral forte que, juntamente com outros preceitos, os define como pessoas e conseqüentemente como cidadãos.

Por mais que os papéis de membro de uma comunidade religiosa e de membro da sociedade pressuponham diferentes práticas, eles não podem ser dissociados do agente humano que, sendo religioso, possui como elemento constitutivo de si a sua religiosidade própria, que afeta seu modo de viver e de pensar e sua própria linguagem.

Na busca da solução para conflitos que envolvam questões com fundo religioso, não é justo exigir das partes que o debate se atenha estritamente a argumentos seculares. Não se pode ignorar que, para alguns cidadãos, separar os seus argumentos seculares dos religiosos seria uma artificialidade, e o Estado liberal, incumbido de proteger todas as formas religiosas e não

¹⁸ HABERMAS, 2007, p. 124.

¹⁹ Ibid., p. 286.

²⁰ Ibid., p. 137.

religiosas de vida, não pode obrigar os cidadãos religiosos a separar de forma estrita seus argumentos religiosos e seculares.²¹

Da mesma forma que obrigar um cidadão não religioso a se utilizar de argumentos religiosos para sustentar sua posição política seria um ataque à sua personalidade, obrigar um cidadão religioso a se utilizar apenas de argumentos seculares para defender suas ideias também poderia se constituir como uma violência.

Mesmo assim, é importante que todos, religiosos e não religiosos, entendam que para além do discurso institucional, só os argumentos seculares importam, vez que carregam a neutralidade exigida da esfera pública.

Habermas afirma que “a consciência secular que se tem de viver em uma sociedade pós-secular reflete-se filosoficamente na figura do pensamento pós-metafísico”²². Esse pensamento é uma contrapartida secular para uma consciência religiosa que se faz reflexiva. Ele pode assumir duas direções: ou deixa de valorar verdades religiosas e insiste na separação entre a fé e a ciência; ou, por outro lado, volta-se contra a ideia de que a razão científica é a única válida, incluindo doutrinas religiosas no conjunto de saberes racionais.

O pensamento pós-metafísico que se abre para o potencial de validade de saberes religiosos exige um esforço comunicacional extra, vez que não pode se limitar ao discurso secular. O uso público da razão de forma simétrica exige o empenho mútuo de religiosos e não religiosos para assumir uma postura de aceitação, compreensão e respeito ao aspecto cognitivo de seus argumentos na esfera do discurso público. Caso não haja essa abertura, a polarização das visões de mundo pode representar uma ameaça à solidariedade e à própria democracia, reduzindo a esfera pública a espaços cada vez menores e que não representam a sociedade como um todo.

2.4 O RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRECURSOR DE OUTRAS LIBERDADES

A discussão a respeito do pensamento pós-metafísico e da religiosidade reflexiva perpassa a ideia de tolerância, que pode ser entendida na acepção de “permitir” ou na acepção de

²¹ HABERMAS, 2007, p. 144.

²² Ibid, p. 159.

“respeitar”. Habermas, tomando emprestadas as palavras de Rainer Forst, faz a contraposição, em matéria de liberdade religiosa, entre a permissão e o respeito do Estado.²³

À medida que o Estado apenas permite a manifestação do fenômeno religioso por meio da liberdade religiosa, ele se coloca numa postura de tolerância como um simples “aturar” ou “não interferir”, permanecendo de maneira passiva e inerte. Porém, quando esse mesmo Estado vê a liberdade religiosa pela ótica do respeito, a tolerância com relação à liberdade religiosa passa a ser algo ativo e essa liberdade é vista como um direito fundamental de todos os cidadãos que deve ser garantido da forma mais ampla possível.

O respeito é um forte propulsor da solidariedade esperada entre os cidadãos do Estado e o respeito à liberdade religiosa pode ser visto como um precursor de um ambiente de aceitação de uma pluralidade cultural e até mesmo como propulsor de outras liberdades. Uma sociedade que exercitou o respeito em relação ao fenômeno religioso tende a lidar melhor com o fenômeno do multiculturalismo e com a coexistência de diferentes formas de vida dentro da comunidade democrática.²⁴ Para Habermas:

A inclusão de minorias religiosas na comunidade política desperta e promove a sensibilidade para pretensões de outros grupos discriminados. O reconhecimento do pluralismo religioso pode assumir tal função de modelo porque ele traz à consciência, de modo exemplar, a pretensão de minorias a inclusão.²⁵

Por outro lado, a intolerância religiosa pode ser um motor para que a sociedade perpetre outros tipos de diferenciação, pois todos os tipos de discriminação têm o mesmo cerne, qual seja a falta de respeito para com o diferente, seja em função de suas visões de mundo, de sua cultura, de suas formas de expressão ou até de questões relativas à etnia, cor, orientação sexual ou características físicas.

O respeito à liberdade religiosa figura, dessa forma, como um elemento central para o desenvolvimento de uma sociedade na qual o vínculo solidário entre seus atores seja forte. Esse tipo de liberdade prefigura uma aceitação a outros tipos de diferença existentes entre as pessoas e permite o surgimento e o desenvolvimento de um multiculturalismo.

²³ HABERMAS, 2007, p. 280.

²⁴ Ibid., p. 285.

²⁵ Ibid., p. 296.

2.5 LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E NÃO COMO EXCEÇÃO

Do ponto de vista da justiça distributiva, no sentido de se distribuir proporcionalmente aquilo que é comum a todos²⁶, o princípio da igualdade exige que todos os cidadãos tenham as mesmas condições de usufruir plenamente de suas liberdades e direitos. A convicção religiosa a respeito da guarda ou observância de um dia santo para abstinência de atividades seculares deve ser respeitada e se deve buscar a garantia de iguais direitos e oportunidades tanto para cidadãos com essas convicções como para cidadãos seculares.

Dessa forma, privar certas pessoas da participação em certames públicos em virtude de suas convicções religiosas não se configura como medida que proporciona tratamento equânime. A igualdade que não percebe a diferença não é verdadeira igualdade.

O exercício próprio da liberdade religiosa para certas crenças requererá de seus membros a abstenção de práticas da vida cotidiana em certos dias. Desse modo, deve-se proporcionar a esses membros de comunidades religiosas, entre outros direitos, a possibilidade de participação em concursos públicos para os quais preenchem os requisitos para investidura no cargo.

As normas que regem os concursos públicos, na figura dos editais públicos dos certames, não podem ser entendidas como fontes normativas que estejam acima dos direitos fundamentais. As decisões judiciais para alteração de uma data de realização de um certame ou a extensão a certos indivíduos do direito para realização desse certame em horário diverso do previamente estipulado não podem ser vistas como regulamentação de uma exceção, mas sim como a efetivação da regra constitucional da liberdade religiosa.²⁷

O que ocorre de fato, nesses casos, é a atribuição de prioridade a um direito fundamental sobre normas e regras gerais que, no caso, regulam um concurso público. O princípio da legalidade ou da vinculação ao edital não pode ter como consequência a supressão de um direito fundamental constitucionalmente garantido.

²⁶ Tomás de Aquino faz uma divisão quanto ao tipo subjetivo de Justiça, que pode ser comutativa e distributiva. A justiça comutativa estaria ligada à regulação das relações mútuas entre as pessoas privadas, enquanto a justiça distributiva se ligaria à regulação da distribuição proporcional dos bens comuns e a moderação dessa distribuição. Esses conceitos são traçados por Tomás de Aquino levando em consideração ideias de Aristóteles e ele afirma que as justças comutativa e distributiva são divisões da mesma espécie de justiça, mas que se diferem quanto à unidade e à multiplicidade e pela noção diversa do que é devido. A justiça comutativa consiste em dar alguma coisa a alguém, numa proporção aritmética, enquanto a justiça distributiva consiste em dar alguma coisa a muitos. Na primeira o que é devido é o próprio, na última é devido o comum (AQUINO, p. 2124-2125).

²⁷ HABERMAS, 2007, p. 325.

A liberdade religiosa deve se desdobrar efetivamente em direitos subjetivos que fixem da maneira mais ampla possível os limites da liberdade subjetiva de ação, dentro dos quais o sujeito pode agir conforme sua vontade. Essa liberdade de ação deve ser garantida a todos de maneira igual, afirmando os cidadãos como sujeitos de direitos independentemente de suas orientações religiosas, filosóficas ou políticas.²⁸

O Direito a iguais liberdades subjetivas de ação é, de um ponto de vista histórico, o núcleo das declarações de direitos humanos²⁹, e é a base na qual a democracia se assenta. A garantia da igualdade deve levar em conta as diferenças que existem entre os membros da sociedade.

A autonomia pública deve definir como tratar o igual como igual e como tratar o desigual como desigual para, de fato, se atingir a igualdade. Por sua vez, garantida a igualdade, por meio da autonomia privada os indivíduos podem decidir como usufruir dos seus direitos subjetivos igualmente garantidos. Esse conceito, que será mais bem abordado no próximo capítulo, é reafirmado por Habermas:

In short, this rationality is proven in the equal treatment of legal persons who at the same time are protected in their integrity. This consequence is juristically expressed in the requirement of equal treatment. Although this includes equality in applying the law, that is, the equality of citizens before the law, it is equivalent to the broader principle of substantive legal equality, which holds that what is equal in all relevant respects should be treated equally, and what is unequal should be treated unequally.³⁰

Assim, o tratamento diferenciado em certos casos para candidatos a cargos públicos em virtude de suas convicções religiosas é providência necessária para se garantir a igualdade material entre os candidatos e fundamental para se garantir iguais direitos de acesso aos cargos públicos para cidadãos religiosos e não religiosos. A alteração de uma data ou horário de um certame não pode ser vista como uma medida de exceção, e sim como a aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade religiosa.

²⁸ HABERMAS, 1996, p. 85.

²⁹ Ibid., p. 174.

³⁰ Em tradução livre: “Em suma, essa racionalidade é comprovada na igualdade de tratamento das pessoas que ao mesmo tempo são protegidas em sua integridade. Essa consequência está expressa juridicamente na exigência de igualdade de tratamento. Embora isso inclua a igualdade na aplicação da lei, ou seja, a igualdade dos cidadãos perante a lei, é equivalente ao princípio mais amplo da igualdade jurídica, que sustenta que o que é igual em todos os aspectos relevantes deve ser tratado igualmente, e o que é desigual deve ser tratado desigualmente.” (HABERMAS, 1996, p. 414).

3 IGUALDADE COMO VIRTUDE SOBERANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS

3.1 IGUALDADE COMO VIRTUDE SOBERANA

A igualdade entre os indivíduos de um Estado é pressuposto para a vida em sociedade e para a solidariedade como vínculo democrático. A legitimidade de um governo depende da igual consideração de todas as pessoas, materializada em seus programas e ações na condução das políticas públicas. Em um contexto no qual se percebem distinções injustificadas, a solidariedade entre os cidadãos fica prejudicada e, por consequência, ameaça-se a própria democracia.

Para Ronald Dworkin, a defesa da igualdade deve ser tida como ideal político máximo a ser buscado pelo Estado e a igual consideração de todos os indivíduos seria a virtude especial e indispensável para os governantes. A efetivação da igualdade deve ser a contrapartida do Estado frente às exigências de obediência às leis e fidelidade dos cidadãos.³¹

Dworkin também afirma que “O governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância”³² e defende como melhor teoria a igualdade de recursos, na qual o governo atribui a cada cidadão uma igual medida de recursos para que, em seguida, possam consumir e aplicar como lhes convier, assumindo os resultados naturais de suas escolhas.

A igualdade defendida por Dworkin não ignora a diversidade de ideias e projetos de vida, nem pretende igualar perfeitamente todas as pessoas em todos os aspectos possíveis da vida. A igualdade defendida por Dworkin afirma a diferença e atribui aos indivíduos a responsabilidade por suas decisões. Esse modelo, naturalmente, é ideal e se desdobra na prática em ações de distribuição igualitárias defensáveis, que levarão ao melhor estado possível de igualdade entre os cidadãos.

Ademais, primordialmente, essa igualdade busca encarregar o Estado de uma mesma consideração por todos, atribuindo igual importância a todos os planos de vida e buscando ao máximo a sua concretização.

A partir dessa definição de igualdade, Dworkin busca então demonstrar que igualdade e liberdade não estariam em conflito, mas que esta seria um aspecto daquela, e que nenhuma estaria

³¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XVI.

³² DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999., p. 356.

acima da outra. Para o autor, as liberdades devem ser protegidas segundo a melhor definição de igualdade distributiva.³³

A liberdade, se vista sob a ótica correta, se torna indispensável para a promoção da justiça política e da igualdade, uma vez que sem a proteção da liberdade dos cidadãos não há como dispensar a eles a igual consideração esperada. A igualdade pressupõe o igual respeito às liberdades individuais.

Assim, se vistas como duas virtudes políticas fundamentais, a liberdade e a igualdade não poderiam entrar em conflito, posto que a igualdade só pode ser percebida e aprimorada na sociedade quando se presume a prática da liberdade.³⁴

Caso houvesse uma subordinação da igualdade à liberdade, abrir-se-ia margem para casos em que o Estado não tivesse o dever de tratar com igual consideração os cidadãos, deixando de lado a virtude da igualdade em nome da liberdade individual. Mas, como já visto, a legitimidade de um governo está assentada na igual consideração deste para com todos os indivíduos, não podendo ser admitido o tratamento desigual, sob pena de perda dessa legitimidade.

Nas palavras de Dworkin:

Não podemos rejeitar completamente o princípio igualitário, porque é absurdo que o governo não demonstre consideração pela vida de seus cidadãos, e imoral que demonstre mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros. Nem é plausível, pelos motivos que acabamos de analisar, tratar a liberdade como um valor independente e adversário do princípio abstrato, e às vezes predominante sobre ele. Não podemos, então, de plena consciência, exigir nenhum direito à liberdade que entre em conflito com as exigências da igualdade na concepção que escolhemos.³⁵

Assim, caso houvesse qualquer conflito genuíno entre igualdade e liberdade, esta última deveria ser sacrificada em nome da primeira. Mas, como defende Dworkin, qualquer conflito entre essas virtudes seria aparente, dependente da teoria da qual se valha para explicar esses conceitos.

A teoria proposta por Dworkin busca a conciliação entre igualdade e liberdade por meio de uma estratégia constitutiva, que assume a liberdade como um elemento do conceito de

³³ DWORKIN, R. **A Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 158-159.

³⁴ *Ibid.*, p. 249.

³⁵ *Ibid.*, p. 172.

igualdade, e do princípio da abstração, que estabelece a liberdade de escolha como o núcleo da equidade.³⁶

Essa liberdade de escolha plena daria uma máxima efetivação à igualdade, uma vez que proporcionaria uma melhor distribuição dos recursos entre os cidadãos, por meio de escolhas racionais que levam em consideração o custo de oportunidade ponderado com base nas aspirações e desejos desses indivíduos.

No entanto, o princípio da abstração, por mais que permita restrições que visem à promoção da segurança das pessoas e à efetivação do controle sobre suas propriedades, não abre margem para restrições legais com base na religião ou na moral da maioria. Pode-se ir além e afirmar que o princípio da abstração não permite restrições legais com base na aversão a religiosidade ou na secularidade da maioria.

Como discutido no primeiro capítulo deste trabalho, os valores religiosos ou seculares de cada indivíduo constituem quem eles são como pessoas e as restrições impostas pelo governo que colidam com esses valores mais íntimos dos cidadãos constituem uma violência e não se coadunam com a exigência da igual consideração para com todos os projetos de vida exigida do Estado.

A esse respeito, Dworkin afirma o seguinte no livro *Uma Questão de Princípios*:

Irei expor, neste ensaio, o que considero ser os princípios mais importantes do liberalismo baseado na igualdade. Essa forma de liberalismo insiste em que o governo deve tratar as pessoas como iguais no seguinte sentido. Não deve impor sacrifícios nem restrições a nenhum cidadão com base em algum argumento que o cidadão não poderia aceitar sem abandonar seu senso de igual valor. [...]

Portanto, o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada.³⁷

Como moralidade não se pode entender apenas a visão religiosa, mas também a não religiosa. Desse modo, restrições com base religiosa para que projetos de vida seculares se concretizem são tão objetáveis como restrições com base secular que impeçam a realização de planos de vida ligados à religiosidade.

Desse modo, o Estado não pode dificultar o acesso de cidadãos religiosos a cargos públicos, o que se verifica na omissão em se franquear a estes cidadãos a oportunidade de realizar

³⁶ DWORKIN, 2011, 205.

³⁷ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000., p. 306.

os certames em horários e dias diversos dos seus períodos de guarda e descanso religiosos. A moral secular da maioria não pode ser invocada para justificar a falta de igual consideração por parte do Estado para com os projetos de vida dos cidadãos religiosos e nem pode legitimar a quebra do princípio da igualdade.

3.2 IGUALDADE QUE REFORÇA A DIFERENÇA

Como já mencionado, o exercício próprio da liberdade de consciência, para certas crenças, requererá de seus membros a abstenção de práticas da vida cotidiana em certos dias. Porém, essa característica não pode representar uma restrição para que esses cidadãos possam concretizar seus projetos de vida.

Diante do caso concreto em discussão neste trabalho, candidatos que, por suas crenças, se vejam impossibilitados de realizar provas ou outras etapas de concursos públicos em certos dias deveriam receber igual consideração, por parte do Estado, àquela dispensada para candidatos que não possuem tais imperativos de consciência.

A realização de concursos públicos se mostra como oportunidade de ascensão ou mobilidade social, que se adequa ao projeto de vida de certos cidadãos. Desse modo, é fundamental que se igualem as condições iniciais o máximo possível, para que se permita que cada pessoa aja na busca da concretização de seus planos de vida de todas as formas que entende possíveis.

Na busca por igualar essas condições de acesso a cargos públicos, materializada por meio de edital público baseado nos princípios da igualdade, impessoalidade e publicidade, não devem ser criadas barreiras de acesso a certos grupos. A busca da igualdade não pode ter como resultado a desigualdade. O filósofo canadense Will Kymlicka, trata do assunto da seguinte forma:

Nossas circunstâncias afetam nossa capacidade de perseguir nossas ambições. [...] Se, ao tentarmos igualar os meios, impedirmos qualquer pessoa de alcançar seus fins, então, teremos fracassado completamente.³⁸

Do mesmo modo que o candidato cego pode realizar a prova em braile e o candidato deficiente tem suas limitações respeitadas, o candidato religioso em questão deve também ser considerado com base na sua especificidade, que não pode ser ignorada. A igualdade deve ser

³⁸ KYMLICKA apud BRASIL, 2020, p. 236.

materializada do ponto de vista de condições iguais para os candidatos dos certames públicos na medida de suas desigualdades.

Nenhum conceito apropriado de igualdade desconsidera as especificidades dos indivíduos, mas primordialmente reforça a diferença. Considerações rasas a respeito da igualdade, que ignoram as especificidades de cada um, são na verdade grandes motores de promoção de desigualdades. Não se pode, em nome da igualdade, desconsiderar aquilo que torna cada pessoa única.

Retomando o conceito proposto por Dworkin, na busca pela igual distribuição de recursos na sociedade, a oferta de cargos públicos por meio de concursos deve ser realizada de forma a oportunizar esses cargos da maneira mais ampla e irrestrita a todos os cidadãos. O princípio da igualdade não pode ser concretizado de maneira plena caso haja indivíduos que sejam impedidos de participar de certames em virtude de suas convicções religiosas.

Importante ressaltar que a flexibilização de dias e horários de etapas de concursos para que seja oportunizada a realização dessas provas aos candidatos que observem algum dia da semana por motivo religioso é medida de acomodação que se mostra totalmente possível e razoável. Acima de tudo, é medida de garantia de um direito fundamental à liberdade religiosa.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS

No caso do julgado que será analisado no capítulo 3 deste trabalho, existe a discussão sobre a existência de um direito subjetivo, ou direito fundamental, à remarcação de provas de concursos públicos para candidatos que invoquem escusa de consciência para não participar dos certames nos dias e horários previamente estabelecidos em edital.

De fato, não há na Constituição Federal ou em qualquer lei no ordenamento brasileiro qualquer disposição específica que crie um direito à remarcação de provas de concursos públicos. Mas os direitos fundamentais estariam limitados aos positivados? Como decidir casos nos quais se invoque um direito não enumerado? Há direito fundamental à remarcação de provas em razão da liberdade religiosa?

Direitos e garantias fundamentais são conceitos ainda em construção na doutrina jurídica, havendo uma ausência de consenso com relação ao assunto nas esferas conceitual e terminológica. Há discussões tanto sobre a diferença entre os termos “direito” e “garantia” quanto com relação à melhor terminologia a ser usada, sendo também vistas as expressões “direitos

subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, todos esses muitas vezes expressando a mesma ideia.³⁹

Outra discussão presente diz respeito à exigência de positivação constitucional para a definição de um direito como fundamental. Para apoiar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, alguns autores afirmam ser aqueles universais, inerentes ao indivíduo e supranacionais; e estes, direitos de mesma natureza positivados na constituição de um Estado.

Autores como como Dirley da Cunha Júnior⁴⁰ e Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ incluem no conceito de direito fundamental a positivação constitucional como elemento constitutivo desse tipo de direito. Entretanto, a mencionada visão se fecha para a existência de outros direitos fundamentais, além dos elencados no texto constitucional, e não leva em consideração o caráter fluido do próprio ser humano e sua natural evolução como indivíduo e como ser social.

Além disso, seria muita presunção considerar que o constituinte teria a capacidade de conhecer e positivar todos os direitos inerentes à natureza humana, por mais que, no Brasil, o rol de direitos positivados na constituição seja deveras extenso.

Caso os direitos fundamentais fossem estanques aos positivados, não haveria espaço para discussão de questões como o reconhecimento da união civil de homossexuais, a proteção ao meio ambiente, entre outras evoluções que foram percebidas ao longo dos anos. Esses direitos não estão positivados constitucionalmente, mas decorrem dos princípios da própria constituição e vêm sendo reconhecidos pelo judiciário como direitos fundamentais.

Discussão aplicável ao presente trabalho seria se o princípio da liberdade religiosa poderia ser invocado para atestar a existência de um direito subjetivo fundamental a, por exemplo,

³⁹ SARLET, I. W. **Conceito de direitos e garantias fundamentais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 20 fev. 2022.

⁴⁰ Direitos fundamentais “são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 573).

⁴¹ “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)” (SARLET, 2012, p. 96).

remarcação de datas e horários de provas de concursos públicos por motivo de convicção religiosa.

É possível verificar que a CF/88 se abre para direitos não enumerados, como se percebe claramente pela leitura do § 2º do art. 5º de nossa carta constitucional:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁴²

Esse dispositivo é conhecido como cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais. De maneira expressa, o constituinte reconheceu que os direitos e garantias fundamentais do ser humano não poderiam jamais ser limitados por um texto positivado, vez que, assim como o próprio ser humano, eles estariam em constante construção.

Outros países também possuem disposições semelhantes em seus textos constitucionais, abrindo margem para o reconhecimento de outros direitos não explícitos. A nona emenda à constituição americana abre o rol de direitos fundamentais nos Estados Unidos da América para outros além dos positivados: *“The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”*⁴³.

A liberdade religiosa, por sua vez, é direito fundamental positivado e pode ser entendida também como princípio constitucional. A CF/88, ao consagrar a inviolabilidade de crença e de religião (art. 5º, inciso VI) e afirmar taxativamente que ninguém pode ser privado de direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, inciso VIII), claramente coloca a liberdade religiosa como um direito fundamental no nosso país.

A partir desse princípio, é natural que surjam outros direitos e outras liberdades que, para serem exercidas, precisam ser percebidas como decorrência natural de um princípio constitucional que faz nascer direitos e liberdades também constitucionais. Os direitos existem para serem exercidos e uma liberdade religiosa que não se desdobra, por exemplo, no direito fundamental à remarcação de provas de concursos, é uma liberdade que não se materializa, que fere diretamente o inciso VIII do art. 5º da CF/88, pois cria uma situação na qual certos cidadãos são privados de seus direitos por motivo de crença religiosa.

⁴² BRASIL, 1988, art. 5º, § 2º.

⁴³ UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**. United States Senate, [2022]. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 21 fev. 2022. Em tradução livre: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada no sentido de negar ou menosprezar outros detidos pelo povo”.

Assim, a correta visão do Direito pressupõe entendê-lo mais como um conjunto de princípios do que como um conjunto de regras, mais como adequação do que como convenção, mais como efetividade do que como pragmatismo. O Direito precisa ser visto em sua integridade, com a ótica da máxima garantia das liberdades como instrumento para a promoção da verdadeira igualdade.

3.4 DIREITO COMO INTEGRIDADE

Diante da possibilidade oferecida pela cláusula de abertura constitucional, um caminho para o reconhecimento de novos direitos fundamentais pode passar pela interpretação dos princípios constitucionais em conjunto com outros direitos fundamentais já reconhecidos ou positivados. Assim, esse reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados teria um caráter interpretativo.

Não se pode, entretanto, confundir esse caráter interpretativo com um decisionismo judicial e nem com um subjetivismo oportunista. Os direitos fundamentais não enumerados devem ser reconhecidos por meio do discurso argumentativo racional no âmbito do sistema jurídico, com a utilização de critérios metodológicos que atestem a fundamentalidade e a constitucionalidade desses novos direitos.

Dessa forma, a argumentação assume um papel central na definição de direitos. Para Dworkin, a prática do direito é argumentativa e todos os envolvidos devem compreender que essa prática consiste na mobilização e na discussão de proposições que são validadas, ou não, por meio de debates que conduzam a uma aceitabilidade racional dos argumentos apresentados.⁴⁴

Nesse sentido, pode-se afirmar que o caráter interpretativo do reconhecimento de novos direitos fundamentais é essencialmente argumentativo. Os argumentos possuem aceitabilidade na medida em que realmente contribuam para o alcance de uma solução para o debate em questão e sejam apresentados de maneira lógica e racional.

Os argumentos podem ser produzidos e aduzidos por todos os atores da sociedade, seja na feitura das leis pelo poder legislativo, seja na interpretação dessas leis pelo poder judiciário e até mesmo pela vivência das leis na esfera pública. O próprio processo judicial pode ser visto como

⁴⁴ DWORKIN, 1999, p. 17.

uma dança coordenada de argumentos entre acusação e defesa, culminando numa decisão argumentativamente fundamentada.

Os juízes e tribunais, principais atores no reconhecimento de novos direitos não enumerados, devem conduzir a atividade judicial de maneira a construir de forma argumentativa a resposta correta para os casos que lhes são apresentados, por meio de um juízo interpretativo que entenda a prática jurídica como um processo em constante construção.

Essa prática de interpretação construtiva do direito é denominada por Dworkin de direito como integridade. O autor diferencia essa teoria do direito do convencionalismo e do pragmatismo. Para ele, o convencionalismo vê o direito como uma questão de respeitar e aplicar convenções jurídicas e se prende a repertórios jurídicos e registros parlamentares a respeito das decisões já tomadas anteriormente, aplicando o direito da forma como lhe parecer mais justa apenas nos casos lacunosos.⁴⁵

Já o pragmatismo teria o condão de exigir que os juízes pensem de modo instrumental, ignorando uma ideia de coerência com o passado e levando em consideração os impactos que as decisões terão no futuro ou em outros âmbitos além da matéria decidida, impedindo que o julgador que aceite esse modelo possa enxergar a prática jurídica como um todo.⁴⁶

A teoria do direito como integridade é tanto o produto da interpretação jurídica quanto a sua fonte de inspiração, encarando o direito como um conjunto de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal que vise a atribuir a cada pessoa a decisão mais justa e equitativa diante do seu caso concreto. Ele é produto e é origem à medida que exige que os juízes interpretem novamente o mesmo material que afirmam já terem interpretado com sucesso.⁴⁷

Assim, a teoria interpretativo argumentativa do direito como integridade se mostra como uma forma de se decidir levando em consideração um conjunto de princípios que podem ser usados para a definição de novos direitos no caso concreto. Esse modelo entende que os casos submetidos à decisão do judiciário nem sempre se adequarão perfeitamente aos casos prescritos e definidos em lei e que a melhor medida de equidade é a aplicação de um conjunto de princípios sobre os direitos e os deveres das pessoas para encontrar a melhor solução.⁴⁸

⁴⁵ DWORKIN, 1999, p. 272.

⁴⁶ Ibid., p. 272-273.

⁴⁷ Ibid., p. 273.

⁴⁸ Ibid., p. 291.

Assim, entende-se que sempre será possível encontrar situações nas quais uma solução adequada para uma causa tenha que valer-se de uma posição jurídica até então desconhecida ou do reconhecimento de direitos fundamentais até então não percebidos como tais.

A visão do Direito como um conjunto de princípios abre a possibilidade de se atestar, no caso em discussão no presente trabalho, a existência de um direito subjetivo à remarcação de provas de concursos públicos, uma vez que decorre da aplicação do princípio da liberdade religiosa e da igualdade e se mostra como medida para efetivação deste princípio.

Parece mais acertada uma teoria jurídica que esteja aberta para releituras constantes do sistema de direitos, principalmente diante de situações novas. Nesse sentido, é razoável concluir que uma interpretação jurídica correta implica leituras renovadas também dos direitos fundamentais outorgados pela Constituição, diante de novas pretensões que surgem.

No capítulo seguinte, serão analisados os argumentos trazidos pelos ministros do STF no julgamento do RE 611.874 Distrito Federal, a partir do qual foi declarada, em tese de repercussão geral, a existência de um direito subjetivo à alteração de datas e horários de provas de concursos públicos para candidatos que invoquem escusa de consciência por motivo religioso.

Na decisão é possível perceber a aderência, ou a falta desta, aos marcos teóricos até aqui apresentados. Será abordado como as posições dos ministros se assemelham ou se distanciam da visão do Direito como integridade e em que medida os argumentos apresentados realmente justificam as pretensões dos julgadores.

4 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874 DISTRITO FEDERAL

4.1 PANORAMA DA AÇÃO

No presente capítulo será analisada uma decisão do STF em matéria de liberdade religiosa que tangencia os conceitos e abordagens desenvolvidos nos primeiros capítulos. A argumentação apresentada pelos Ministros é uma rica exposição sobre o tema da liberdade religiosa e resgata muitos conceitos importantes para a temática, especialmente para o reconhecimento de um direito fundamental à consideração da especificidade de certas religiões que professam a guarda ou a observância de dias ou períodos sagrados.

O caso em análise versa sobre um Recurso Extraordinário (RE)⁴⁹ interposto pela União contra um particular que teve sua participação na fase de exame físico de concurso público para cargo no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) garantida por meio de mandado de segurança. O recorrido é adventista do sétimo dia, sendo considerado sabatista, e tem como crença fundamental a observância do dia de sábado como dia de especial dedicação a atividades religiosas e descanso, sendo esse período de guarda compreendido desde o pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado.

Após as primeiras fases do certame, com provas realizadas em dias de domingo, foi designada a realização de teste de capacidade física num dia de sábado, na cidade de Macapá/AP. O candidato solicitou, por via administrativa, que lhe fosse conferido o direito de realizar o exame físico no dia de sábado após às 18h ou que, alternativamente, lhe fosse facultado realizar o mesmo exame no dia seguinte, domingo, junto aos candidatos da cidade de Manaus/AM. Diante da negativa do presidente do TRF1, o candidato impetrou mandado de segurança contra o ato coator do presidente desse tribunal e do presidente da banca examinadora do concurso, por meio do qual teve assegurado o seu direito de participar do exame físico na cidade de Manaus/AM, juntamente com os demais candidatos daquela localidade. Inconformada, a União interpôs o RE em análise no presente trabalho.

O STF concluiu haver repercussão geral no caso, correspondente ao tema nº 386 da Gestão por Temas de Repercussão Geral do portal do STF, com a seguinte ementa:

⁴⁹BRASIL, 2020.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA DE CONCURSO PÚBLICO EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DETERMINADO PELA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CERTAME POR FORÇA DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.⁵⁰

O parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) foi pelo provimento do recurso da União, sob a alegação de ter havido um tratamento diferenciado ao candidato adventista em relação aos demais em virtude de sua crença religiosa. Aduziu também o Parquet que o direito à liberdade religiosa não é absoluto, podendo ser restringido, e que a impossibilidade de realização da prova juntamente aos demais candidatos de sua praça decorreu de uma proibição imposta pela sua religião e não pelo Estado.

A decisão do STF foi de, por oito votos a três, vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), Nunes Marques e Gilmar Mendes, negar provimento ao recurso, tendo fixado a seguinte tese: "Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada"⁵¹.

Independentemente do resultado, os Ministros apresentaram argumentos importantes em relação à liberdade religiosa, tanto a favor quanto contra a possibilidade de se considerar que há um direito subjetivo dos candidatos de concursos públicos a remarcação por motivo religioso de datas e horários para realização das provas, que merecem ser analisados pormenorizadamente.

4.2 PARECER DA PGR

Como já mencionado, o parecer da PGR foi pelo provimento do recurso da União, sob a alegação de que a impossibilidade de realização da prova decorreu de uma suposta proibição imposta pela sua religião e não pelo Estado. Argumentou, ainda, que o fato de o candidato ter

⁵⁰ BRASIL, 2020., p. 5.

⁵¹ Ibid., p. 260, Resolução 672/2020/STF.

realizado a prova em praça distinta da prevista em edital se configurou como tratamento diferenciado e quebra da isonomia e igualdade entre os candidatos.

O argumento apresentado desconsidera completamente o papel da religiosidade na formação e constituição dos indivíduos e entende a opção religiosa como mero capricho ou idiosincrasia. Como visto ao longo do presente trabalho, para os indivíduos religiosos, a religiosidade é elemento constitutivo de sua própria identidade, com impactos não apenas em seu papel como membro da comunidade religiosa, mas também como cidadão.

A lógica argumentativa apresentada pela PGR poderia ser usada para afirmar que um candidato cego não pode realizar a prova escrita da maneira convencional em razão de suas características pessoais e não por uma proibição da administração pública. Assim como o candidato cego não pode optar por enxergar quando lhe convém, o candidato religioso que observa um dia de guarda especial não pode simplesmente decidir ignorar esse princípio moral diante de qualquer situação. Exigir que os candidatos religiosos se abstenham de sua religiosidade na realização de provas de concursos públicos é uma violência contra a dignidade dessas pessoas.

A postura adotada pelo *Parquet* parece estar aderente à linha da tolerância com relação ao fenômeno religioso na ótica de aturar a religiosidade, mas se mostra afastada da esfera do respeito. A tolerância que se reveste de respeito não busca restringir a religiosidade à esfera privada, não entende a religiosidade como uma autoimposição de restrições por parte do indivíduo, mas leva a sério a liberdade religiosa e percebe o religioso, mesmo com suas diferenças, como membro da mesma comunidade político-constitucional.

No respeito pelo indivíduo e no reconhecimento de suas diferenças, busca-se, então, de maneira ativa, um tratamento que efetive a igualdade entre os cidadãos, permitindo a máxima fruição dos direitos tanto por religiosos quanto por não religiosos. A igualdade que ignora as diferenças, ou que trata essas diferenças como questão de capricho, não é verdadeira igualdade.

Da mesma forma, a alegação da quebra de isonomia no concurso em razão da realização da prova de aptidão física em outra localidade não merece prosperar, uma vez que essa medida foi tomada exatamente para promover a igualdade entre os candidatos, sem ferir a lisura ou a regularidade do certame. Quebra de isonomia seria impedir que um candidato realizasse a prova em razão de sua opção religiosa.

4.3 VOTO DO MINISTRO RELATOR DIAS TOFFOLI

Em seus votos, os Ministros do STF trouxeram conceitos e debates acerca da liberdade religiosa e das tensões entre igualdade e liberdade religiosa. O Ministro Dias Toffoli foi o relator do recurso e apresentou voto no sentido de se prover o RE, lançando a tese de que não há direito subjetivo à remarcação de data e horário diversos daqueles determinados em edital de concurso público ou vestibular, sem prejuízo de que a administração pública avalie a possibilidade de se conciliar a liberdade de crença com o interesse público.⁵²

O Ministro Relator trouxe a comento a ideia de que os direitos de liberdade podem ser considerados como direitos-imunidades ou posições jurídicas não restringíveis, e que estariam ligadas à proteção da personalidade tanto moral quanto espiritual dos indivíduos. No entanto, ele também vislumbrou que o próprio texto constitucional teria estipulado limites a essa liberdade, quando estabelece a ressalva na segunda parte do inciso VIII do art. 5º da CF/88⁵³.

Dessa forma, ao passo que entende que os direitos e liberdades fundamentais são posições jurídicas não-restringíveis, o Ministro parece não incluir a liberdade religiosa como um direito fundamental. A sua análise do inciso VIII do art. 5º da CF/88 é míope e limitada, pois ignora a parte final do texto do inciso, que deixa claro que a ressalva para a inviolabilidade da liberdade religiosa só se configura quando há a recusa ao cumprimento de prestação alternativa.

A prestação alternativa para o exercício de direitos é, dessa forma, uma imposição constitucional para o Estado. Este deve oferecer uma opção para os indivíduos que estejam diante de privações para a fruição de direitos por motivo de crença religiosa. Apenas quando oferecida a possibilidade de prestação alternativa que esteja de acordo com as suas convicções e diante de uma negativa para cumprir essa prestação é que o texto constitucional abre margem para que haja limitação ao direito do religioso.

Assim, não se pode aceitar como plausível a argumentação do Ministro Toffoli de que a liberdade religiosa seria uma liberdade menor ou que seria passível de restrições injustificadas por parte da Administração ou do poder Judiciário. A liberdade religiosa deve ser percebida,

⁵² BRASIL, 2020, p. 45.

⁵³ 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 nossos) (art. 5º, VIII, CRFB). BRASIL, Constituição (1988).

como já demonstrado, como mãe de outras liberdades e a sua limitação ou restrição não encontra amparo constitucional, a não ser em situações muito específicas.

Interessante argumento trazido pelo Ministro Dias Toffoli foi o de que a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da CF/88 não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, mas abarca, além do direito de exercer uma crença, o direito de não exercer crença alguma ou até mesmo de renunciar a fé. Há o direito tanto de acreditar e se conduzir de acordo com determinado credo quanto o de questionar esse credo e modificá-lo ou substituí-lo. Nas palavras de 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”.⁵⁴

O Ministro Relator afirma que a consagração da liberdade religiosa contribui para a edificação de uma sociedade pluralista, e que essa liberdade seria o elemento central do constitucionalismo moderno, em virtude da ampla aplicação dessa liberdade e da multiplicidade de pensamentos que dela decorrem.⁵⁵

Essa argumentação resgata o conceito de Habermas de que o respeito à liberdade religiosa se mostra como um propulsor de outras liberdades no seio da sociedade, no sentido de que “A inclusão de minorias religiosas na comunidade política desperta e promove a sensibilidade para pretensões de outros grupos discriminados”⁵⁶. Reforça-se a ideia de que o respeito se constitui como um elemento central para o desenvolvimento de uma sociedade na qual o vínculo solidário entre seus atores seja forte.

Após delinear aspectos da liberdade religiosa em face dos Direitos Humanos e em casos de Direito comparado, o Ministro Dias Toffoli passou a analisar o caso concreto. Sua decisão girou em torno da existência do direito de se exigir do Estado, ou mesmo de particulares, formas alternativas para o cumprimento de obrigações espontaneamente assumidas pelo particular para adequá-las às suas crenças. No entendimento do Relator, não existe esse direito.

Em sua análise, ele externou a preocupação em se decidir matéria em sede de repercussão geral na qual um indivíduo pretende ter um direito subjetivo a um tratamento diferenciado, em razão de sua crença religiosa, daquele dispensado a todos os outros indivíduos. Para o Ministro

⁵⁴ BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132.

⁵⁵ MACHADO, J. A **Constituição e os Movimentos Religiosos Minoritários**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996. 52 v.

⁵⁶ HABERMAS, 2007, p. 296.

Relator estaria em jogo a segurança, a ordem, a saúde e a moral públicas, bem como os direitos e liberdades das outras pessoas.⁵⁷

Haveria, para o Ministro Toffoli, uma inversão da ótica de restrição de direitos nos casos desse tipo. Não é o Estado que estaria limitando o exercício de uma liberdade religiosa, mas a crença religiosa é que estaria impondo ao fiel a restrição do exercício de um direito garantido pelo Estado. No julgamento da STA nº 389, o Ministro Cezar Peluso trouxe argumentação exatamente nesse sentido.⁵⁸

Ora, deve-se analisar o raciocínio acima exposto que, se estendido para outros campos, se mostraria incompatível com a própria evolução do Direito. Não se pode estancar a norma e fazer com que a realidade se adeque a ela. A própria construção legislativa e jurisprudencial é considerada como um acompanhar do raciocínio jurídico às realidades fáticas e sociais.

Poder-se-ia dizer, há alguns anos, que a opção sexual homoafetiva adotada por um indivíduo é que o estaria privando do exercício do seu direito constitucional de se casar e constituir família? Poder-se-ia afirmar nos casos que envolvem o suicídio assistido que um inconformismo com a própria condição de vida é que estaria privando o paciente moribundo de gozar do direito à vida a todos garantido pela lei? A resposta para ambas as perguntas é negativa.

O Ministro Relator assume uma postura de interpretação pragmática, pensando o direito de modo instrumental, tentando avaliar todas as implicações presentes e futuras da decisão, afastando-se do caso concreto. Mas, como demonstrado no capítulo 2 deste trabalho, a melhor forma de interpretação jurídica seria a teoria do direito como integridade, percebendo o direito mais como um conjunto de princípios que como um conjunto de regras.⁵⁹

Ignorar a existência do direito de se exigir do Estado formas alternativas para o cumprimento de obrigações às quais o religioso se encontre impedido de atender em virtude de sua crença é ignorar completamente o texto constitucional. O próprio Ministro traz a comento o inciso VIII do art. 5º da CF/88, mas ignora que a prestação alternativa é imposição constitucional expressa nesse dispositivo.

Outro ponto apresentado pelo Ministro Dias Toffoli é o de que a designação de data ou horário alternativos para realização de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos estaria ferindo o princípio da igualdade e da isonomia.

⁵⁷ BRASIL, 2020, p. 30.

⁵⁸ Ibid., p. 32.

⁵⁹ DWORKIN, 1999, p. 291.

A esse respeito deve-se considerar a decisão da Suprema Corte no ARE nº 1.058.333/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que fixou a tese de que “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”.

Dessa forma, por mais que as circunstâncias sejam diferentes entre o caso mencionado anteriormente e o caso em comento neste trabalho, percebe-se que o direito à igualdade e à isonomia nos concursos públicos não é absoluto e comporta limitações. A remarcação de data para realização de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos não necessariamente fere a isonomia e a igualdade no certame, ao menos não foi esse o entendimento do STF no ARE nº 1.058.333/PR.

Sabe-se que o bem da vida a ser protegido com a decisão no caso de mulheres grávidas é a própria vida, da gestante e do bebê, e que o bem para o qual se busca proteção no caso de sabatistas é a liberdade de consciência. Ainda que se considerasse haver uma hierarquia entre esses direitos, salienta-se que, para muitos religiosos, a questão de sua consciência para com seu Deus é tão cara, que muitos estariam dispostos a enfrentar penas capitais ante a imposição de violações a essa liberdade. Não se pretende aprofundamentos a esse respeito, mas apenas ressaltar que o sopesamento do valor de cada direito tem nuances complexas.

Mais uma vez, é importante resgatar que a igualdade e a isonomia no âmbito de concursos públicos devem ser materializadas do ponto de vista de condições iguais para os candidatos dos certames públicos na medida de suas desigualdades. Não se pode ignorar a especificidade do religioso, sob pena de na busca da igualdade ter-se como resultado a desigualdade. Nas palavras de Will Kymlicka, “Se, ao tentarmos igualar os meios, impedirmos qualquer pessoa de alcançar seus fins, então, teremos fracassado completamente”⁶⁰.

Foi ponderado, ainda, pelo Ministro Relator, apontamento feito pela Advocacia Geral da União (AGU) a respeito do ônus que seria gerado caso se entendesse que há o direito a remarcação de provas, nos seguintes termos:

[...] 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

⁶⁰ KYMLICKA apud BRASIL, 2020, p. 236.

provas, seguranças e outros para atender somente a poucos concorrentes privilegiados por liminar ilegal e inconstitucional.⁶¹

Em sua análise, o Ministro Dias Toffoli conclui acerca do assunto que não há direito subjetivo à remarcação de prova com base na liberdade religiosa, cabendo apenas ao administrador público a escolha de dias para realização dos certames, pois somente ele poderia saber os custos reais da escolha para adequar o certame aos candidatos.⁶²

De pronto, percebe-se que a argumentação não se aplicaria ao caso em tela, no qual o candidato solicitou que pudesse prestar o exame juntamente com outros candidatos que realizariam a mesma prova no dia de domingo, deslocando-se a suas expensas para a cidade de Manaus/AM, não havendo necessidade de contratação de efetivo adicional de funcionários ou qualquer outro ônus à administração pública nesse sentido.

Mas o argumento poderia fazer sentido em face de remarcação de provas para dias ou horários nos quais não haveria aplicação de provas não fosse a necessidade de atender candidatos que invocaram escusa de consciência.

Entretanto, não há a possibilidade de garantia de direitos por parte do Estado sem que isso importe algum tipo de ônus. A remarcação de provas para grávidas importará em ônus, a garantia da segurança, da saúde e da educação importa necessariamente em ônus ao Estado. Logo, o reconhecimento de direitos individuais e sociais não pode se valer de um binômio simplista de haver ou não haver ônus para a administração pública. Poderia ser defensável evitar o ônus desproporcional, mas evitar todo e qualquer ônus ao custo do exercício do direito não parece a melhor escolha.

Caso se entenda que há o direito para que sabatistas, mulçumanos ou outros religiosos possam ter suas provas remarcadas, isso deve ser concretizado pela administração pública com a aplicação dos recursos e meios possíveis para sua efetivação. A busca por minimizar os impactos financeiros é defensável, mas deve-se levar em conta que o dever de eficiência e economicidade é direcionado à administração e não ao particular⁶³. Por mais que o critério da economicidade deva ser levado em consideração na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, ele não deve ser invocado para afastar a incidência desses direitos.

⁶¹BRASIL, 2020, p. 40.

⁶² Ibid., p. 43.

⁶³ Cf. arts. 37 e 70 da CF/88. BRASIL, Constituição (1988).

De toda forma, pelos motivos expostos e por outros apresentados em seu voto, o Ministro Dias Toffoli votou pelo provimento do recurso da União, propondo a tese de repercussão geral de que:

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.⁶⁴

4.4 VOTO DIVERGENTE DO MINISTRO EDSON FACHIN

O Ministro Edson Fachin apresentou em seguida a antecipação do seu voto e inaugurou tese com conclusão divergente da apresentada pelo Ministro relator. Para o Ministro Fachin, não seria possível analisar a liberdade religiosa sem abordar o tema da tolerância, devendo-se buscar uma “ética do respeito” na análise da matéria, onde estariam contrapostos a liberdade religiosa e o direito à igualdade.

Acertou o ministro ao elencar como ponto de partida a ética do respeito. Para Habermas, o Estado deve não apenas permitir a manifestação do fenômeno religioso na sociedade, mas deve assumir uma postura ativa de respeito para com os cidadãos religiosos. A tolerância religiosa deve possuir sempre essa postura ativa, de se vislumbrar essa liberdade como um direito fundamental a ser garantido da forma mais ampla possível.

O cerne da questão, para o Ministro, não estaria na estipulação de privilégios ou diferenciações entre candidatos a cargos públicos, mas em permitir o exercício da liberdade de crença sem uma indevida interferência estatal. Em suas palavras, “constranger a pessoa de modo a levá-la à renúncia de sua fé representa desrespeito à diversidade de ideias e à própria diversidade espiritual”.⁶⁵

Entre os argumentos apresentados pelo Ministro Fachin figurou um acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão 545/14, de 2014) no qual foi julgado um caso em que se analisou solicitação de um trabalhador adventista para que fosse dispensado de comparecimento ao local de trabalho aos sábados com a devida compensação da jornada em dias alternativos.

⁶⁴ BRASIL, 2020, p. 45.

⁶⁵ Ibid., p. 51.

Após negativa nas instâncias administrativas, o Tribunal português considerou que a laicidade do Estado não o impede de atuar positivamente na criação de condições para a facilitação do exercício da liberdade religiosa.

Aquela Corte avaliou que não se tratava de privilegiar esta ou aquela crença, mas de efetivar a possibilidade do exercício da liberdade religiosa, em resposta a uma exigência social. Na decisão, o Tribunal Constitucional português considerou 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”.⁶⁶

O Ministro também elencou disposições presentes em normas de diversos estados brasileiros que garantem o direito de sabatistas à realização de provas em dias distintos do sábado, como uma lei de Santa Catarina que estipula que os concursos públicos devem ocorrer entre os dias de domingo e sexta-feira (Lei estadual nº 11.225/1999) e uma lei de São Paulo que apresenta dispositivo semelhante (Lei Estadual nº 12.142/2005), além de leis de Rondônia, Mato Grosso e do Distrito Federal com conteúdo similar.

Foram trazidos a comento pelo Ministro Fachin os critérios elencados pelo Ministro Roberto Barroso em sua manifestação que concluiu pela repercussão geral do Tema nº 953, no âmbito do RE 859.376, julgado em 2017, que poderiam ser utilizados para responder às questões suscitadas no recurso em análise: “i) saber se há ou não 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”.⁶⁷

Adotando um critério historicista, similar ao adotado pelo Juiz Byron White, da Suprema Corte Americana, em decisão no processo *Bowers versus Hardwick*, de que os direitos fundamentais protegidos pela constituição seriam aqueles “profundamente arraigados na história e na tradição do país”⁶⁸, o Ministro Edson Fachin rememorou os preceitos sobre liberdade religiosa presentes no ordenamento brasileiro desde a sua primeira constituição. Desse modo, ele entendeu que, no caso em análise, a resposta para o primeiro critério apresentado pelo Ministro Roberto Barroso seria positiva.

⁶⁶ BRASIL, 2020, p. 64.

⁶⁷ Ibid., p. 74.

⁶⁸ *Bowers versus Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986, apud. DWORKIN, 2005.

O Ministro, dessa forma, reconheceu a existência de um direito fundamental à remarcação de datas e horários de concursos públicos para acomodação de candidatos religiosos. Por mais que esse direito não esteja elencado textualmente na CF/88, a cláusula de abertura constitucional permite esse reconhecimento, por meio de uma teoria do Direito como integridade que percebe o conjunto de princípios constitucionais e busca a efetivação desses princípios.

Em relação ao consenso social forte a respeito do tema, o Ministro Fachin entende que esse critério também está preenchido no caso em tela. Ele traz como exemplo a experiência do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que acontecia em um fim de semana, mas que atualmente é realizado em dois domingos consecutivos com o objetivo de comportar melhor as necessidades dos candidatos sabatistas⁶⁹. O Ministro cita essa experiência como uma bem-sucedida política pública, idônea em conformar o exercício da liberdade religiosa com os princípios da igualdade e da isonomia.

Para além da experiência do Enem, para se justificar a repercussão social com relação ao tema, poderiam ser citados os inúmeros casos de judicialização a esse respeito, as diversas leis estaduais que já regulam o assunto e a necessidade de se atender a essa parcela minoritária da sociedade, que precisa encontrar seus anseios acolhidos e inseridos no debate público.

Por fim, restaria avaliar se há risco efetivo para o direito de outras pessoas com a concretização do direito ora pretendido. O Ministro relembra o argumento trazido pela União no recurso, de que o reconhecimento do direito de alteração de datas e horários feriria a isonomia do certame e acarretaria ônus à administração pública.

Com relação a este último argumento, o Ministro entende que não deve prosperar, uma vez que a imposição de custos adicionais deve sim recair sobre o Estado, uma vez que se configura como único meio de proporcionar as condições necessárias para viabilizar o pleno exercício de um direito, desde que esse custo não chegue a inviabilizar a realização do concurso.

⁶⁹ Até o ano de 2016 o exame era realizado em um final de semana, no sábado e no domingo. A partir de 2017 o exame passou a ser realizado em dois domingos seguidos, para atender as demandas de candidatos sabatistas e reduzir os custos extras de aplicação da prova em horário diferenciado para esses candidatos. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/prova-do-enem-em-um-so-dia-pode-gerar-economia-de-r-646-mil-com-sabatistas.ghhtml>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Ele estabelece, ainda, que a solução de casos como este permite invocar a dimensão epistêmica do procedimento deliberativo, conforme versa John Rawls em seu conceito de “razão pública”⁷⁰.

Nesse sentido, o Ministro enfoca a dimensão pública do direito à liberdade religiosa, que não se restringe apenas à esfera privada de cada um, mas que, de acordo com normas e tratados internacionais sobre Direitos Humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, abrange a faculdade de professar uma religião e de divulgar suas crenças, seja por meio do culto, da celebração dos rituais ou da prática e do ensino.⁷¹

Nesse contexto se insere o conceito de “ética da cidadania democrática” defendido por Habermas em seu livro *Entre Naturalismo e Religião*. No capítulo 5, intitulado *Religião na Esfera Pública*, o autor analisa as tensões dos discursos seculares e religiosos com eminente carga política. Ainda que o Estado seja secular, esses discursos devem ser mutuamente interpretados por agentes seculares e agentes religiosos para uma saudável construção da sociedade.⁷²

Deve-se entender que, mesmo os cidadãos que não podem separar seus argumentos e, assim, se comunicam na linguagem religiosa são também atores da sociedade. Esses discursos também apresentam conteúdo político, não traduzido para uma linguagem secular. A decisão do Ministro inclusive cita trecho do mencionado livro com o seguinte conteúdo:

O trabalho exigido de uma reconstrução filosófica mostra que a ética da cidadania democrática assume que os cidadãos secularizados exibem uma mentalidade que não é menos exigente da correspondente mentalidade de sua contraparte religiosa. É por isso que as cargas cognitivas que ambos os lados devem suportar para desenvolver atitudes epistêmicas apropriadas não são de nenhuma forma assimetricamente distribuídas.⁷³

Dessa forma, o discurso religioso da necessidade de um dia de guarda tem conteúdo político que deve ser traduzido para a linguagem secular e materializado na forma direitos subjetivos que assegurem a sua prática. Não se pode invocar a laicidade do Estado como escusa

⁷⁰ “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” (RAWL, John. *Political liberalism*. New York: Columbia, 1993, p. 137, trad. Livre, apud. BRASIL, 2020, p. 79).

⁷¹ BRASIL, 2020, p. 80.

⁷² HABERMAS, 2007, p. 159.

⁷³ HABERMAS, 2007, apud. STF, 2020, p. 82.

para que esses anseios derivados de parcela minoritária da população não sejam levados em consideração, sob pena de se incorrer em laicismo.

Deve o Estado, portanto, nas conclusões do Ministro Fachin, proteger a diversidade, aí incluída a liberdade religiosa e o direito de culto, estando os limites ao exercício desses direitos já definidos no próprio texto constitucional (art. 5º, VIII da CRFB). O direito de alteração de datas e horários na realização de concursos públicos deve, portanto, ser assegurado após a devida manifestação prévia do candidato fundada em objeção de consciência. Essa prática representa a concretização do direito à liberdade religiosa e não fere outros direitos fundamentais.

Em sua conclusão, o Ministro Edson Fachin votou pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela União, fixando a tese de que:

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, certame público ou vestibular por força de crença religiosa.⁷⁴

Os argumentos apresentados pelo Ministro Fachin demonstraram uma aplicação da teoria do direito como integridade, percebendo o direito como um conjunto de princípios e entendendo que os direitos e liberdades devem ser garantidos ao máximo pelo Estado. Percebe-se um grande alinhamento entre as ideias defendidas pelo Ministro e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos primeiros capítulos deste trabalho.

4.5 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS

Passa-se à análise menos pormenorizada dos votos dos demais Ministros, com exceção do voto do Ministro Presidente Luiz Fux, que será tratado em seção à parte, trazendo apenas as principais considerações daqueles.

O Ministro Nunes Marques votou pelo provimento do recurso da União, seguindo o Relator Ministro Dias Toffoli.⁷⁵ Seus principais argumentos foram em relação aos princípios da isonomia, da igualdade e da legalidade administrativa, asseverando que na falta de lei que permita ou estipule a prestação alternativa de data e horário para realização de provas de concursos, o administrador estaria impossibilitado de atuar dessa maneira.

⁷⁴ BRASIL, 2020, p. 53.

⁷⁵ Ibid., p. 97-98.

O Ministro apresenta claramente uma visão convencionalista do Direito, como uma questão de respeitar e aplicar convenções jurídicas já estabelecidas e se prendendo a repertórios jurídicos e registros parlamentares a respeito das decisões já tomadas anteriormente. Esse tipo de visão se fecha para a natural evolução do pensamento jurídico. Não houve uma argumentação elaborada no voto apresentado, restringindo o voto a uma aplicação estrita do princípio da legalidade administrativa.

Noutra toada foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que negou provimento ao recurso da União. Para o Ministro, seria perigoso admitir a ideia de restrição ao exercício do direito à liberdade religiosa sob o manto de que em qualquer situação isso representaria lesão ao princípio da isonomia e da igualdade.⁷⁶

O Ministro trouxe ainda a ideia de que não seria razoável admitir que, em virtude de crença religiosa, uma pessoa estivesse terminantemente proibida de participar de concursos públicos ou até mesmo de exercer cargo no serviço público por não poder prestar a prova ou atuar laboralmente em determinado dia da semana.

Para o Ministro:

A coerção à pessoa humana de forma a constrangê-la a renunciar, total ou parcialmente, a sua fé, ou ainda a obrigá-la a professar determinada crença representa desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias, e vou mais além, um desrespeito à própria diversidade espiritual.⁷⁷

O argumento apresentado em muito se assemelha à visão de Habermas com relação ao fato de a religiosidade constituir-se como elemento de formação pessoal do religioso. A coerção à renúncia de sua fé é um ato de violência e atendado contra a dignidade da pessoa, atingindo aquilo que a constitui. Percebem-se ecos de que a intolerância religiosa pode preceder outros ataques, posto que o desrespeito está na base de toda forma de intolerância.

O Ministro Luís Roberto Barroso também negou provimento ao recurso da União. Em sua introdução ele afirmou o importante papel que a religiosidade ainda desempenha na sociedade moderna e entendeu que o caso em tela deve ser resolvido por meio da ponderação entre o direito fundamental à liberdade religiosa e o bom funcionamento da máquina pública. Lembrando

⁷⁶ BRASIL, 2020, p. 103.

⁷⁷ Ibid., p. 102-103.

Dworkin, ele afirmou que os direitos fundamentais são uma espécie de trunfo contra a vontade das majorias.⁷⁸

O Ministro entendeu que, mediante o critério da ponderação, seria totalmente possível, sem implicar ônus irrazoável e sem quebrar a isonomia, conceder o pedido do candidato sabatista para realização do exame físico em horário ou data diversos dos inicialmente designados.

A argumentação do Ministro perpassa a ideia do Estado pós-secular como reconhecimento ao fato de o fenômeno religioso continuar presente na sociedade nos dias de hoje, mesmo diante do crescente secularismo iniciado com o iluminismo. Esse secularismo não deve ser pensado como uma substituição do pensamento religioso, mas como um novo modo de pensar que pode conviver com outros numa sociedade plural.

O secularismo não pode ser entendido como um afastamento ou como a negação do fenômeno religioso, mas deve se mostrar aberto para um aprendizado mútuo com a tradição religiosa. Negar potencial de verdade a qualquer ideia não secular faz surgir uma ruptura na esfera pública, que gera desagregação e fere o vínculo democrático dos cidadãos.

A Ministra Rosa Weber trouxe em sua explanação sobre a laicidade do Estado argumento de Habermas no célebre diálogo que travou com Joseph Ratzinger, sobre a dialética da secularização, tendo citado trecho em que Habermas alude que:

A concepção de tolerância de sociedades pluralistas de constituição liberal não exige apenas dos crentes que entendam, em suas relações com os descrentes e os crentes de outras religiões, que precisam contar sensatamente com a continuidade de um dissenso, pois numa cultura política liberal exige-se a mesma compreensão também dos descrentes no relacionamento com os religiosos.⁷⁹

A Ministra negou provimento ao recurso da União por entender que a prestação de obrigação alternativa para que cidadãos cumpram seus deveres, com base em manifestação fundada em objeção de consciência, não se configura como concessão de privilégio a um grupo religioso.

Importante salientar que a Ministra Rosa Weber não entendeu haver um direito subjetivo do candidato à prestação alternativa, passível de ser exigida em toda e qualquer circunstância, mas que há sim um dever de proteção por parte do Estado, que exige que, nos casos concretos

⁷⁸ BRASIL, 2020, p. 114-115.

⁷⁹ HABERMAS, J.; RATZINGER, J. **Dialética da secularização: sobre razão e religião**. Organização e prefácio de Florian Schuller; tradução de Alfred J. Keller. Aparecida: Editora Ideias e Letras, 2007.

sejam promovidas as acomodações necessárias e razoáveis para a tutela do direito à liberdade religiosa.

Com relação a esse ponto, o melhor entendimento é o de que essa prestação alternativa é sim um direito constitucionalmente consagrado que deve ser garantido de forma a se criar uma opção para o exercício de direitos. Garantir uma prestação alternativa não é medida de exceção, mas de garantia constitucional do exercício da liberdade religiosa.

De acordo com o inciso VIII do art. 5º da CF/88, só se pode privar alguém de direitos por motivo de crença religiosa caso a pessoa invoque essa crença para se eximir de uma obrigação legal e, cumulativamente, se recuse a cumprir uma prestação alternativa. Ora, se a prestação alternativa não for oferecida não se pode falar de maneira alguma em restrição do direito. Por conseguinte, a prestação alternativa é medida necessária para se cumprir a garantia constitucional da inviolabilidade da liberdade de crença.

A Ministra Carmen Lúcia também negou provimento ao recurso da União. Em seu discurso, ela afirmou que, conquanto o Estado se separe da religião, “o ser humano não se separa de sua fé”. Desse modo, em seu entendimento, o Direito deve ser um “instrumento atento de expressão da fé”.⁸⁰

Ela também trouxe considerações a respeito da liberdade, questionando que tipo de liberdade um indivíduo tem quando, ao escolher prestar um concurso para o cargo de juiz, por exemplo, se depare com o único dia para realização do exame ser um sábado. Ela indaga: “Ele é livre? Livre em que e para quê? De não ser juiz, ou de não ser adventista? Que escolha é essa? Que liberdade é essa?”⁸¹

Os argumentos da Ministra resgatam implicitamente a tese da igualdade como virtude soberana de Ronald Dworkin, na medida em que o Estado tem a obrigação de tratar todos os projetos de vida com igual consideração e que a liberdade é elemento constitutivo da igualdade. A verdadeira igualdade pressupõe o igual respeito às liberdades individuais.

Ao se delinear a liberdade de escolha como o núcleo da equidade, dá-se efetivação máxima à igualdade entre os cidadãos, pois suas escolhas racionais levariam em consideração o custo de oportunidade ponderado com base nos interesses de todos. A falsa liberdade de se fazer

⁸⁰ BRASIL, 2020, p. 144.

⁸¹ Ibid. p. 146.

uma escolha entre ser um funcionário público ou professar uma certa crença não traduz a verdadeira equidade e prejudica a igualdade de recursos, como defendida por Dworkin.

Para muitos cidadãos religiosos, abdicar de sua fé não é em absoluto uma escolha, pois a sua crença está ligada a questões mais íntimas que o definem como pessoa. Ao se limitar essa liberdade de escolha, limita-se a percepção do custo de oportunidade pelos cidadãos, criando distorções que afetam a igualdade de recursos.

O Ministro Ricardo Lewandowski também negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida, por entender que essa decisão permitiu otimizar o princípio da liberdade religiosa sem ter trazido prejuízo desproporcional à administração pública.⁸²

Ele também defendeu a tese da Ministra Rosa Weber de não haver um direito subjetivo à remarcação de provas de concursos, a não ser que isso possa ser feito de forma razoável e sem ônus desproporcional para a Administração Pública.

O não reconhecimento do direito subjetivo à remarcação de datas e horários de provas de concursos representa uma limitação da liberdade religiosa, uma vez que ao manter, em sede de repercussão geral, a decisão que reconheceu esse direito e, ao mesmo tempo, consignar no voto que não há direito subjetivo, os ministros abrem margem para que outros julgadores se atenham mais a fundamentação dos votos do que ao acórdão em si, levando a decisões que podem estar em total desacordo com a posição geral do STF.

O Ministro Gilmar Mendes apresentou tese contrária à maioria já assentada, acompanhando o Relator. Tendo asseverado que a liberdade de religião e de consciência são direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, entendeu, no entanto, que o Estado não deve ser obrigado a se ajustar a particularidades dos administrados para assegurar o seu direito à liberdade religiosa.

Por entender que o candidato, no caso em tela, voluntariou-se para participar do certame, não pareceu razoável ao Ministro exigir a movimentação de toda a máquina pública para se adequar a suas convicções pessoais, sob pena de ferir os princípios da isonomia e da impessoalidade. Para o Ministro, a “A Administração não deve ficar à mercê de particularidades de cada um dos candidatos”.⁸³

⁸² BRASIL, 2020, p. 178.

⁸³ Ibid., p. 208.

A visão apresentada não se coaduna com o princípio da igualdade como virtude soberana proposto por Dworkin, uma vez que o julgador acredita que apenas os projetos de vida que não apresentem “peculiaridades” merecem ser levados em consideração pelo Estado. É absurdo entender que aqueles indivíduos que, no julgamento subjetivo de juízes e administradores públicos, possuem características diferentes podem ser discriminados.

O Ministro parece entender a observância de um dia especial de guarda religiosa como mero capricho do religioso, não percebendo a dimensão moral presente. Não se pode rotular a opção religiosa como uma particularidade ou um desvario, isso é ignorar toda a dimensão espiritual que constitui grande parcela da população brasileira.

Preocupado com as consequências que uma decisão no sentido de se negar o recurso pudesse causar, mormente em um tema de repercussão geral, o Ministro congeminou diversos impactos negativos que o reconhecimento de um direito subjetivo no caso poderia trazer à administração pública.

O Ministro Gilmar Mendes trouxe os seguintes exemplos e argumentos:

Eu fico a imaginar a Prefeitura de Diamantino, no Mato Grosso, a minha terra, que decida contratar um médico que tenha essas peculiaridades em termos de religião, quer dizer, tem direito ou não tem direito? Deve trabalhar ou não? Porque é isso que vai se colocar no final.⁸⁴

As demandas formuladas nos casos em exame são específicas, dizem respeito à remarcação de prova de aptidão física e à não realização de atividade laboral em dia de guarda, mas quantos outros pleitos inimagináveis por nós podem ser formulados com fundamento na liberdade de religião?

No que diz respeito à impossibilidade de exercer atividades laborais em determinado dia da semana, eu também reflito sobre como ficará a prestação de serviços públicos essenciais à sociedade, a exemplo da saúde, da educação e da própria atividade jurisdicional.

Aceitar, por exemplo, que médicos e juízes de pequenos municípios não exerçam regime de plantão em certos dias da semana significa privar a população de atendimento médico e de tutela jurisdicional em casos de urgência.⁸⁵

Nos exemplos colocados, o ministro assume que um cidadão sabatista, por exemplo, não poderia exercer o cargo de médico de um pequeno município, visto que supostamente não atenderia aos sábados ou até mesmo não prestaria socorro emergencial nesse dia. O argumento apresentado é completamente descontextualizado e falacioso.

Primeiramente, o Ministro passa a ideia de que médicos e outros profissionais como professores e juízes não poderiam ter um dia de descanso semanal, o que é equivocado. No caso

⁸⁴ BRASIL, 2020, p. 182.

⁸⁵ Ibid., p. 209.

de um servidor público sabatista, o descanso semanal constitucionalmente assegurado poderia muito bem ser alocado aos sábados.

Também é totalmente equivocado assumir que um médico sabatista não atenderia uma emergência num dia de sábado, visto que flagrantemente inverídico. A Igreja Adventista do Sétimo Dia, por exemplo, provê uma ampla rede de hospitais ao redor do Brasil e do mundo e há atendimento aos sábados. Cirurgias eletivas e procedimentos que podem ser feitos em outros dias não são realizados aos sábados, mas a evolução de pacientes, atendimentos emergenciais e outros procedimentos necessários à preservação da vida são realizados e garantidos por médicos adventistas.

Em posicionamento em relação ao tema, relacionado à pandemia de Corona Vírus, a Igreja Adventista do Sétimo Dia afirma que:

A natureza do trabalho dos profissionais de saúde pode requerer a realização de deveres no sábado. Isso porque existem situações emergenciais nas quais eles devem se empenhar no esforço de preservar vidas – como na atual pandemia pela qual o mundo passa – com base no princípio de que “é lícito curar no sábado” (Lucas 6:9; 14:3), o que significa que as necessidades vitais urgentes da humanidade sofredora não devem ser negligenciadas (Lucas 14:1-5; Mateus 12:9-13; Ellen G. White, Conselhos Sobre Saúde, p. 236).⁸⁶

Desse modo, um médico sabatista que seja o único profissional da área em um município pequeno, cumpriria seu papel como profissional e como cidadão da melhor forma possível, não colocando a guarda do sábado como empecilho para salvar vidas ou para amenizar o sofrimento dos pacientes sob seus cuidados.

O argumento trazido pelo Ministro Mendes se assemelha ao dos fariseus, conforme relato presente na Bíblia, que acusaram Jesus de transgredir a guarda do sábado ao realizar milagres de cura nesse dia. Sua resposta aos fariseus continua válida nos dias de hoje: “É lícito, nos sábados, fazer o bem”⁸⁷.

Ademais, o Ministro aplica a exceção como se a regra fosse. Nesse aspecto, deve-se analisar se o impacto previsto pelo Ministro é de fato potencialmente tão prejudicial. Segue para

⁸⁶ O trabalho de profissionais de saúde aos sábados em situações de emergência e/ou calamidade pública. Adventistas.org. Disponível em: <https://www.adventistas.org/pt/institucional/organizacao/declaracoes-e-documentos-oficiais/o-trabalho-de-profissionais-de-saude-aos-sabados-em-situacoes-de-emergencia-e-ou-calamidade-publica/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

⁸⁷ BÍBLIA. Português. **Bíblia de Estudo Plenitude**. Tradução de João Ferreira Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica Brasileira, 2002. 1526 p. Velho Testamento e Novo Testamento. Mateus 12:12.

reflexão argumento trazido pelo Ministro Alexandre de Moares nos debates finais do julgamento, que refutou a posição do Ministro Gilmar Mendes:

“Gostaria de lembrar também que 0,8% dos brasileiros - repito, 0,8% dos brasileiros - são adventistas que guardam o sábado e judeus. Dos 0,8%, 14%, no máximo, são servidores públicos - ou seja, 0,1%, que atuam pelo Brasil todo [...]”.⁸⁸

O Ministro Marco Aurélio também votou pelo desprovisionamento do recurso da União, por entender que a decisão impugnada não carecia de reforma, tendo sido a melhor decisão para o caso concreto apresentado.⁸⁹

Entretanto, apresentou, em seu voto, argumentação no sentido de que a crença religiosa não autoriza embaraços ou qualquer tipo de ônus à atividade administrativa. Por mais que tenha desprovido o recurso e tenha manifestado adesão à tese divergente inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, o Ministro Marco Aurélio parece não aderir às bases que nortearam a tese vencedora.

Entender que a administração pública não deve suportar qualquer tipo de ônus em razão da crença religiosa de seus cidadãos é negar em absoluto a liberdade religiosa. Refrise-se que não há a possibilidade de garantia de direitos por parte do Estado sem que isso importe algum tipo de ônus. Sendo a liberdade religiosa um direito fundamental, é obrigação da administração pública concretizar a fruição máxima desse direito, não podendo aduzir o ônus com empecilho para tal.

Todos os cidadãos contribuem por meio de sua solidariedade e por meio de seus impostos para a manutenção da atividade administrativa. Os cidadãos religiosos também merecem ter seus projetos de vida considerados pelo Estado, que deve sim aplicar recursos para a materialização desses projetos.

Por mais que tenha desprovido o recurso da União, o Ministro Marco Aurélio demonstra que pode até tolerar a liberdade religiosa, mas não respeita o fenômeno religioso como elemento constitutivo dos cidadãos. A ótica do respeito exige uma postura ativa da administração pública, exige perceber o cidadão religioso como membro da mesma sociedade político-constitucional, merecedor de igual consideração dispensada a todos os indivíduos.

⁸⁸ BRASIL, 2020, p. 253.

⁸⁹ Ibid, p. 216.

4.6 VOTO DO MINISTRO PRESIDENTE DO STF LUIZ FUX

Por fim, O Ministro Luiz Fux, Presidente do Tribunal, entendeu não haver muito mais que acrescentar às discussões, a não ser estatuir que “as liberdades foram feitas para serem exercidas”. Ele afirmou:

Apenas sobejou, na minha perplexidade, diante de votos tão brilhantes, que as liberdades foram feitas para serem exercidas. A liberdade de expressão libera a expressão; a liberdade de reunião libera a reunião; a liberdade de imprensa libera a publicação. E a liberdade religiosa não pode ser uma mera divagação acadêmica, deve ter efeitos práticos; ela é fruto da evolução do próprio conceito de liberdade, e a antítese da liberdade é a intolerância.⁹⁰

O Ministro Fux apresentou argumento no sentido de que, se por força da liberdade religiosa alguém se encontrar impedido de praticar algum ato, o Poder Público deve aceitar a objeção de consciência apresentada, sob pena de incorrer em violação à liberdade religiosa. Ao negar administrativamente o pedido do recorrido no caso em tela, a União teria agido ilegalmente, violando a dignidade do candidato.

Ele defendeu em seu voto, que não foi lido em plenário por ser extenso, mas foi publicado juntamente com o acórdão, que a proteção à dignidade de grupos religiosos minoritários pode se fundamentar no princípio da igualdade que reafirma a liberdade, como defendido por Dworkin, ou no princípio da busca da felicidade, entendido como:

A faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia - na total liberdade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério.⁹¹

Retomando a correlação entre igualdade e liberdade, o Ministro Fux menciona a tese de Dworkin, que defende que as liberdades moralmente importantes, como a liberdade de religião e de pensamento, devem ser protegidas como a melhor definição de igualdade distributiva, que explicita a igual consideração de cada cidadão quando da distribuição de recursos na sociedade.⁹²

A falta de proteção a essas liberdades não pode ser ocultada na falácia da neutralidade ou laicidade estatal, não pode se valer do fato de o edital ou a legislação não discriminarem

⁹⁰ BRASIL, 2020, p. 220.

⁹¹ SARLET et WEINGARTNER apud BRASIL, 2020, p. 223.

⁹² BRASIL, 2020, p. 226.

abertamente crenças religiosas, pois a ausência dessa discriminação explícita não resolve o problema da igualdade material.

Em decorrência da teoria do impacto desproporcional, devem ser consideradas inconstitucionais as práticas que não são discriminatórias a princípio ou em abstrato, mas que geram um efeito desproporcional e negativo sobre membros de certos grupos. A falta de previsão em edital para que determinados cidadãos que professem determinadas crenças possam realizar as provas em horários ou dias diferenciados gera o impacto desproporcionalmente negativo de impedir que esses cidadãos tenham acesso a cargos públicos. Logo, por mais que, em abstrato, não se vislumbre nenhuma discriminação comissiva com relação à religião, na prática essa discriminação se dá por omissão.

O Ministro ainda cita o princípio da adaptação razoável, segundo o qual:

A adaptação razoável, segundo a qual “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, possui previsão internacional expressa no art. 2º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, cuja aprovação com status de emenda constitucional lhe atribui eficácia irradiante.⁹³

A respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da eficácia irradiante, Daniel Sarmento afirma que:

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.⁹⁴

Assim, por mais que o princípio tenha sido reconhecido no âmbito da acomodação para pessoas com deficiência, ele pode claramente ser aplicado para os cidadãos que invoquem objeção de consciência, para buscar uma acomodação razoável para a fruição de um direito. A administração pública teria o dever, com base nesse princípio, de disponibilizar, mediante

⁹³ BRASIL, 2020, p. 227.

⁹⁴ SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p. 158.

requerimento, obrigações alternativas. Em caso de impossibilidade fática, o administrador teria que fundamentar a sua recusa.

A acomodação razoável por motivo religioso já encontra amparo em lei federal que trata do assunto no âmbito da educação. A Lei nº 13.796/2019 alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)⁹⁵, que passou a tratar de escusa de consciência de alunos em razão da observância de dia de guarda religiosa. O artigo 7^a-A da LDB estabelece o seguinte:

Art. 7^o-A Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no exercício da liberdade de consciência e de crença, o direito de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes prestações alternativas, nos termos do inciso VIII do caput do art. 5^o da Constituição Federal:

I - prova ou aula de reposição, conforme o caso, a ser realizada em data alternativa, no turno de estudo do aluno ou em outro horário agendado com sua anuência expressa;
II - trabalho escrito ou outra modalidade de atividade de pesquisa, com tema, objetivo e data de entrega definidos pela instituição de ensino.

§ 1^o A prestação alternativa deverá observar os parâmetros curriculares e o plano de aula do dia da ausência do aluno.

§ 2^o O cumprimento das formas de prestação alternativa de que trata este artigo substituirá a obrigação original para todos os efeitos, inclusive regularização do registro de frequência.

A referida lei demonstra a plausibilidade de se alterar a data ou horário de realização de provas, no âmbito educacional, que pode ter seu princípio estendido também para concursos públicos. A tese do Ministro Fux, conforme embasada em outros julgados do STF, é a de que a acomodação razoável impõe em certos casos o confinamento de candidatos com vista a sua incomunicabilidade desde o horário de início do certame, conforme previsto em edital, até o início das provas para os candidatos religiosos.

No entanto, deve-se atentar para as consequências que o confinamento pode produzir nos candidatos, que muitas vezes são obrigados a permanecer sentados em cadeiras desconfortáveis por até 12 horas, sem a possibilidade de realizar nenhum tipo de leitura ou outra atividade que possa auxiliar na redução da ansiedade. Esses candidatos, na prática, realizam a prova em condições menos favoráveis que os demais, muitas vezes exaustos pelo confinamento e pela realização das provas em horário noturno, algumas vezes com término para além de meia noite.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Planalto. Presidência da República. Acesso em: 08 abr. 2022.

Certamente que o sigilo da prova e a incomunicabilidade devem ser preservados para a manutenção da lisura do certame, mas devem ser pensadas formas mais dignas de se tratar essas pessoas, com vistas a realmente promover a igualdade material entre eles e os demais candidatos. O próprio termo confinamento já parece ser inadequado para o caso.

Tem-se ainda o fato de, para determinadas religiões, como segmentos mais ortodoxos judaicos, o confinamento se constituir também como violação do seu *Shabbat*, que deve ser celebrado na Sinagoga por meio de atividades religiosas. Um confinamento no dia de sábado representaria violação ao princípio da guarda religiosa desse dia.

Os muçumanos também não poderiam, em certas ocasiões, se submeter a isolamentos para a realização de provas, visto que certas festas religiosas exigem a participação ativa dos fiéis, como em jejuns no Ramadão ou peregrinações religiosas, que não comportariam o isolamento como comumente realizado.

Assim, por mais que um isolamento humanizado possa se constituir como medida razoável para acomodação de alguns religiosos, devem ser pensadas medidas mais efetivas para a promoção da igualdade entre os candidatos, como, por exemplo, a marcação de provas em dias da semana que não tragam conflitos para a maioria das religiões que professam a guarda de dias religiosos.

No caso em análise neste trabalho, o confinamento também não se mostraria como medida mais justa e adequada. O Ministro Fux admite que, por se tratar de teste de aptidão física, o isolamento teria o condão de levar a uma exaustão física do candidato, e que, por se tratar de prova para a qual não há sigilo em relação às suas etapas, não haveria necessidade de isolamento.⁹⁶

Percebe-se na argumentação do Ministro o reconhecimento de que o isolamento pode gerar exaustão física e mental nos candidatos. Assim, corrobora-se a tese de que é imperativo que se avaliem medidas diversas do confinamento tradicional, que possam de fato gerar a acomodação dos candidatos religiosos sem que seja ferida a igualdade material.

Com base nos argumentos trazidos, o Ministro Fux concluiu que o administrador tem o dever de disponibilizar, com base em requerimento fundamentado do solicitante, obrigação alternativa, constituindo-se esta como um direito subjetivo do candidato. Desse modo, votou para

⁹⁶ BRASIL, 2020, p. 233-234.

negar provimento ao recurso da União, que foi por fim rejeitado por oito votos a três, tendo sido fixada no acórdão a seguinte tese de repercussão geral⁹⁷:

"Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada".

⁹⁷ BRASIL, 2020, p. 260.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o papel da religiosidade na atualidade e como o secularismo não pode representar um sufocamento do religioso na esfera pública. Percebeu-se que o pensamento religioso possui carga política que deve ser traduzida para a formação da opinião pública da sociedade como um todo.

Foi possível perceber a importância da liberdade religiosa, uma vez que ela é uma precursora de outras liberdades fundamentais. Em comunidades políticas nas quais há a efetiva inclusão de minorias religiosas, há também o despertar e a promoção da sensibilidade para pretensões de outros grupos discriminados. Daí decorre a importância de se garantir a liberdade religiosa sua máxima aplicação e efetividade.

Também é importante salientar que a visão das medidas protetivas que asseguram direitos a religiosos, que de outra forma estariam privados destes em razão de suas crenças, deve ser de garantia de direito fundamental como regra e não como suposta exceção à legalidade ou ao princípio da vinculação ao edital.

A liberdade, quando entendida como elemento constitutivo do conceito de igualdade, reforça a ideia de que esses ideais não estão em conflito, mas podem ser vistas como virtudes mais importantes a serem buscadas pelo Estado. A proteção da liberdade abre caminho para que se busque a igual consideração dos projetos de vida de todos os indivíduos.

Não se pode, jamais, em nome da busca pela igualdade, desconsiderar as diferenças entre os cidadãos, pois a igualdade que não percebe a diferença não é verdadeira igualdade. Se, na busca da promoção da igualdade, qualquer pessoa for privada de alcançar seus objetivos, o resultado terá sido, na verdade, desigualdade. Os cidadãos devem ser tratados de forma igual, na medida daquilo que os iguala, e de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

A garantia dos direitos fundamentais deve ser buscada ao máximo pelo Estado, até mesmo como medida de promoção da igualdade. Medidas concretas para se efetivar a igualdade material devem ser pensadas de modo a não gerar mais desigualdades, devem ter seus efeitos calculados para que todos os indivíduos tenham seus projetos de vida considerados e valorizados.

A liberdade religiosa no Brasil é princípio constitucional que deve ser utilizado para o reconhecimento de direitos dela decorrentes. As liberdades, nas palavras do Ministro Luiz Fux,

foram criadas para serem exercidas e uma liberdade religiosa que não se desdobre em direitos subjetivos não teria utilidade.

O reconhecimento de direitos subjetivos não enumerados é de suma importância para que haja, de fato, a garantia das liberdades mais fundamentais. Por meio de uma teoria que enxerga o Direito como integridade é possível escavar o conjunto de princípios presente na constituição que, em conjunto com os demais direitos fundamentais, pode gerar outros direitos dele decorrentes. Deve-se entender que o ser humano não pode ter seus direitos e garantias fundamentais limitados ao que se encontra positivado.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 611.874 DF foi uma abrangente tese sobre o direito à liberdade religiosa e apresenta um posicionamento sólido e embasado da atual jurisprudência constitucional brasileira a respeito do tema.

Com um resultado de oito votos a três, o STF negou o provimento do recurso da União, mantendo o entendimento de que, estando presentes a razoabilidade e mantida a igualdade entre todos os candidatos, é possível, nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa.

Salienta-se que a tese vencedora, conquanto tenha representado avanço no reconhecimento do direito de exercício da liberdade religiosa, falhou em não incluir na tese de repercussão geral o reconhecimento do direito à remarcação de provas de concursos como direito subjetivo. Essa tese também apresenta lacunas de interpretação, tais como “razoabilidade da alteração” e “ônus desproporcional”, que poderão ser preenchidas de maneiras diferentes pelos administradores públicos e pelos juízes e tribunais brasileiros.

No caso analisado neste trabalho, está-se claramente diante de um direito fundamental. O não reconhecimento desse direito ignora a disposição constitucional que exige o oferecimento de uma prestação alternativa para indivíduos que invoquem a escusa de consciência e limita o exercício da liberdade religiosa.

Por se estar diante de um direito fundamental e de uma liberdade tão cara para a sociedade, não é aceitável limitar a fruição e o exercício desse direito a uma acomodação razoável. Diante de liberdades moralmente importantes, a regra deve ser a máxima efetivação e concretização do direito e não uma acomodação razoável, que pode ser entendida de maneiras as mais diversas por julgadores e administradores públicos.

Outra limitação à liberdade religiosa imposta pela decisão do STF foi o seu condicionamento a um “ônus proporcional”. Mais uma vez, por se estar diante de uma liberdade moralmente importante, colocar como regra a razoabilidade e a vedação a um ônus desproporcional é diminuir esse direito e relegá-lo a uma categoria menos fundamental.

Direitos e garantias constitucionais precisam ser efetivados ao máximo. Os princípios da economicidade e eficiência devem ser buscados, mas nunca invocados para se restringir ou negar a existência de um direito subjetivo. Não se pode deixar de aplicar o direito fundamental sob a alegação de custos elevados.

É temerário submeter os preceitos fundamentais a um juízo de conveniência e oportunidade de juízes, pois a CF/88 não outorgou ao judiciário esse tipo de juízo em face desse tipo de preceitos. As limitações e condições de exercício de direitos fundamentais só podem ser estipuladas pelo constituinte, sob pena de se instituir um Estado de exceção.

A ideia de se permitir ao judiciário sopesar valores e princípios fundamentais é colocar esse poder como um constituinte sem limites. As decisões acabam por se basear na maior ou menor importância que este ou aquele Ministro dão aos temas, o que pode variar ao longo dos anos, gerando uma grande mutabilidade jurisprudencial e insegurança jurídica.

Conforme demonstrado, as liberdades foram criadas para serem exercidas e esse exercício não pode estar condicionado ao decisionismo judicial. A decisão correta, e não uma decisão correta, é necessária para cada caso, sendo obtida apenas por meio de uma teoria do Direito como integridade, que enxergue no conjunto dos princípios constitucionais o norte a ser perseguido.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Livros Católicos para download. [s.l.]: [s.n], [s.d.]. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Estudo Plenitude**. Tradução de João Ferreira Almeida. Barueri, SP: Sociedade Bíblica Brasileira, 2002. 1526 p. Velho Testamento e Novo Testamento.

BRASIL. Constituição (1924). **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 611.874 DF**. Relator: Dias Toffoli. Brasília: Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346130905&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Glossário de termos judaicos: Shabbat. **CONIB – Confederação Israelita do Brasil**. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <<https://www.conib.org.br/glossario/shabat/>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

Entrevista Jürgen Habermas: “Não pode haver intelectuais se não há leitores”. **El País Semanal**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html.

Publicado em: 8 de maio de 2018. Acesso em: 26 abr. 2022

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen.; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. Organização e prefácio de Florian Schuller; tradução de Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Editora Ideias e Letras, 2007.

KHAZRAJI, Nasser. As festividades do Islam. **Arresala.org.br**, 2019. Disponível em: <https://www.arresala.org.br/biblioteca/as-festividades-do-islam>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A Constituição e os Movimentos Religiosos Minoritários**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996. 52 v.

Observância do Sábado. **Adventistas.org**. Disponível em: <https://www.adventistas.org/pt/institucional/organizacao/declaracoes-e-documentos-oficiais/observancia-sabado/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

O trabalho de profissionais de saúde aos sábados em situações de emergência e/ou calamidade pública. **Adventistas.org**. Disponível em: <https://www.adventistas.org/pt/institucional/organizacao/declaracoes-e-documentos-oficiais/o-trabalho-de-profissionais-de-saude-aos-sabados-em-situacoes-de-emergencia-e-ou-calamidade-publica/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Conceito de direitos e garantias fundamentais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**. United States Senate, [2022]. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.