

19/11/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.099.099 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): No presente recurso, com repercussão geral reconhecida, discute-se o dever, ou não, de o administrador público disponibilizar obrigação alternativa para servidora, em estágio probatório, cumprir deveres funcionais, a que está impossibilitada em virtude de sua crença religiosa.

O presente recurso extraordinário examina, à luz dos artigos 5º, incisos VI e VIII; e 41 da Constituição da República; bem como do artigo 18 do Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 12 do Pacto de São José da Costa Rica, se a objeção de consciência por motivos religiosos gera, ou não, o dever do administrador de disponibilizar obrigação alternativa para servidores em estágio probatório cumprirem seus deveres funcionais, quando impossibilitados de fazê-lo em virtude de sua crença religiosa.

Para a compreensão da complexidade do feito é preciso, inicialmente, apresentar os fundamentos constitucionais para a discussão aqui colocada, quais sejam: a laicidade do Estado e a garantia da liberdade religiosa.

I – Laicidade do Estado

Os dispositivos tidos por violados no presente recurso traduzem o que a doutrina convencionou chamar de princípio da laicidade, constante do art. 19, I, da CRFB, *in verbis* :

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

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus

ARE 1099099 / SP

representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

O Estado Laico é aquele que se coloca em posição de equidistância em relação aos discursos sobre religião. Nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello *“Deuses e Césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu.”* (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.04.2013).

Nesse precedente antológico, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que a interpretação adequada deste dispositivo indicaria a opção do constituinte originário por uma neutralidade estatal:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.”

(ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

O Ministro Celso de Mello, nesse mesmo precedente, aduziu que:

“Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos, ou em razões de ordem

ARE 1099099 / SP

confessional, **ou**, *ainda*, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face **da exigência constitucional de laicidade do Estado** – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se**, *inconstitucionalmente*, **em critério definidor** das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.” (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

O princípio da laicidade, em verdade, veda que o “*Estado assuma como válida apenas uma (des)crença religiosa (ou uma determinada concepção de vida em relação ao horizonte da fé)*” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; TEIXEIRA, Alessandra Sampaio. **A laicidade para além de liberais e comunitaristas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017).

Como apresentado por Thiago Magalhães Pires “*A principal característica de um estado laico é derivar sua legitimidade, não de uma crença religiosa, mas da imparcialidade que decorre da igual dignidade humana. Isso significa que as instituições e seus atos devem ser justificados diante de “toda e qualquer pessoa” e, por essa razão, não podem pressupor a prévia adesão a um discurso particular*” (PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 248).

A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. O princípio da laicidade, em verdade, veda que o “*Estado assuma como válida apenas uma (des)crença religiosa (ou uma determinada concepção de vida em relação ao horizonte da fé)*” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo

ARE 1099099 / SP

Augusto Ferreira; TEIXEIRA, Alessandra Sampaio. **A laicidade para além de liberais e comunitaristas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017). Nesse sentido também expõe Thiago Magalhães:

Convém sublinhar que a laicidade não rejeita as crenças, nem as suas manifestações. A imparcialidade não exige a expulsão da fé do espaço público e sua limitação ao domínio privado. Ao revés, instituições inclusivas demandam uma esfera pública receptiva a pessoas de todos os credos e orientações, que devem ser livres para ser quem são e querem ser. (PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 249).

Inexiste dúvida de que o princípio da laicidade impõe ao Estado o dever de imparcialidade e neutralidade diante do fenômeno religioso, entretanto, a própria noção de “imparcialidade e neutralidade do Estado”, como expectativa normativa de um princípio da laicidade é, ela própria, sujeita ao diálogo, ao debate e ao aprendizado. Essa compreensão também foi exposta no julgamento da ADI 4439, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 21.06.2018.

A neutralidade estatal não se confunde com indiferença religiosa. A indiferença gera posição antirreligiosa contrária à posição do pluralismo religioso típica de um Estado Laico. Como afirmado por Jorge Miranda, “(...) o silêncio sobre religião, na prática, redundava em posição contra a religião.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 427).

Ademais, o dever de neutralidade se diferencia da ideia de indiferença religiosa, pois pressupõe a adoção de comportamentos positivos quando necessários para afastar sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé, visando efetivar a garantia da Liberdade Religiosa.

ARE 1099099 / SP

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

A jurisprudência desta Suprema Corte tem precedentes que conformam o âmbito de proteção da laicidade do Estado, expressamente reconhecido como garantia fundamental, no artigo 19, I, da Constituição da República. Nesse sentido, merecem ser lembradas: a ADI 4439, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 21.06.2018; ADI 5257, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 03.12.2018; ADI 2566, Redator do acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, DJe 23.10.2018; RE 494601, Redator do acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, DJe 19.11.2019; ADI 3478, Relator Min. Edson Fachin, Plenário, DJe 19.02.2020; ARE 1249095, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 27.10.2020.

O princípio da laicidade estatal deve ser interpretado de forma a coadunar-se com o dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa, constante do art. 5º, VI, da Constituição da República: *“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre o exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”*.

ARE 1099099 / SP

Tendo suas origens na opção por uma Constituição que garante a dignidade a todos e todas, o princípio da laicidade e da liberdade religiosa se entrelaçam na medida em que sua coexistência possibilita a abertura para uma sociedade que protege o pluralismo religioso.

Como adverte o filósofo alemão Jürgen Habermas: *“todas as decisões públicas que podem ser executadas devem ser formuladas em uma linguagem que seja igualmente acessível a todos os cidadãos e também deve ser possível justificá-las nessa linguagem.”* (HABERMAS, Jürgen. *Religion in the Public Sphere. European Journal of Philosophy*, v. 14, i. 1, Abril de 2006, p. 12, tradução livre).

Conforme já registrei, no julgamento da ADI 4.439, Relator Ministro Roberto Barroso, Redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 21.06.2018, não é possível deixar de reconhecer que ambas as interpretações coadunam-se com o dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa, constante do art. 5º, VI, da CRFB: *“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre o exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”*.

II – Liberdade Religiosa

A liberdade religiosa tem previsão no artigo 5º, VI e VIII, da Constituição da República de 1988. Transcrevo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença,

ARE 1099099 / SP

sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

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.

A matéria também é tutelada pelos tratados de direitos humanos que, numa visão aberta e pluralista da Constituição, podem ser equiparados às normas regulamentadoras dos direitos fundamentais e impõem que a atividade judicante exercida por esta Corte Constitucional e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja, efetivamente, dialógica e complementar.

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

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 18, garante que o direito à liberdade religiosa *“implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino”*.

Importante aqui lembrar o Comentário Geral nº 22/1993 do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas sobre o direito à liberdade de

ARE 1099099 / SP

pensamento, de consciência e religião nele previsto, *verbis* :

“O Comitê é da opinião que o artigo 18 (4) permite o ensino em escola pública de temas como a história geral das religiões e ética se lecionadas de um modo neutro e objetivo. A liberdade de os pais ou guardiães legais de assegurar que suas crianças recebam uma educação moral e religiosa em conformidade com suas convicções estabelecida no artigo 18 (4) está relacionada com as garantias da liberdade de ensinar uma religião ou crença especificadas no artigo 18 (1). (Tradução livre de CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4, Publicado em 27 de Setembro de 1993, p. 2)

Perceba-se que os Comentários Gerais do Comitê de Direitos Humanos são ferramentas de importância basilar para a concretização normativa dos direitos humanos previstos no texto do Pacto. Como explica Cançado Trindade:

“As origens da prática remontam a um entendimento, firmado em 1980, em razão de um passe quanto a questões de seguimento, sob o artigo 40 do Pacto; acordou-se que os futuros comentários gerais versariam sobre o conteúdo e aplicação de determinados artigos do Pacto, a obrigação de garantir os direitos neste consagrados, o sistema de relatórios, e sugestões de cooperação estatal em matérias cobertas pelo Pacto. Os referidos comentários gerais foram concebidos como elementos de interpretação das disposições comentadas do Pacto e expressão da experiência acumulada pelo Comitê ao considerar determinadas questões do ângulo do Pacto; as interpretações neles contidas, no entanto, têm relevância para a aplicação do Pacto de modo geral, e inclusive na solução de tais casos concretos.”

(CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 68.)

Apesar de não possuírem caráter vinculante, em sentido estrito, não se pode descurar tratar-se de parecer exarado não apenas por órgão de

ARE 1099099 / SP

composição plural com expertise no Pacto, mas também cujas funções incluem tomar em conta alegações de não cumprimento ou de violação das obrigações nele assumidas pelos Estados parte. É aqui plenamente aplicável a chamada regra da interpretação evolutiva, tal como disposta no artigo 31, 3, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada pelo Decreto Legislativo 496/2009 e Promulgada pelo Decreto nº 7.030/2009 da Presidência da República.

Além dos órgãos do sistema global de proteção, também os sistemas regionais têm defendido a posição de neutralidade do Estado, tal como se observam, por exemplo, das decisões *Folgero e Outros v. Noruega* e *Zengin v. Turquia* da Corte Europeia de Direitos Humanos – a que já se referiu o Relator –, e também o caso *A Última Tentação de Cristo* da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm força normativa constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos, seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões.

A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adegue à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade. Essa é a premissa que permite invocar a dimensão epistêmica do procedimento deliberativo a que alude John Rawls em seu conceito de razão pública: *“nosso exercício do poder político é inteiramente adequado apenas quando é exercido de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais podem ser endossados por todos os cidadãos de forma livre e igual à luz*

ARE 1099099 / SP

dos princípios e ideias aceitáveis à sua razão comum” (RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia, 1993, p. 137, trad. livre).

Se o apelo à razão comum pode ser utilizado precisamente como fundamento da separação entre Estado e Igreja, e, por consequência, de um “dever de civildade” que retira a motivação religiosa, por definição privada, do espaço público, como parece advogar o filósofo americano, é preciso advertir que a definição desses limites deve levar em conta o exato conteúdo do direito à liberdade religiosa, como expresso na própria Carta Política.

Nesse sentido, há de se ter em conta que o direito garantido no art. 5º, VI, da CRFB (“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”) é integrado pelo disposto no art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o direito à liberdade de consciência e de religião “*implica a liberdade de conservar sua religião ou crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado*”.

Na mesma linha de compreensão, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 18, garante que o direito à liberdade de religião “*implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino*”.

Ao contrário do que a interpretação literal do dispositivo da Constituição brasileira parece sugerir, há, no direito à liberdade de religião, uma dimensão pública, como assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso a *Última Tentação de Cristo*: a proteção à liberdade de consciência “*é a base do pluralismo necessário para*

ARE 1099099 / SP

a coexistência harmônica de uma sociedade democrática, a qual, como qualquer sociedade, é formada por pessoas com diferentes convicções e credos". O pluralismo democrático não prescinde, pois, de convicções religiosas particulares.

Essa conclusão é ainda mais evidente caso se tenha em conta que a religião é, para quem segue seus preceitos, mais do que uma simples visão de mundo, mas a condição de verdadeira existência, como reconheceu a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Kokkinakis (Kokkinakis v. Grécia, Caso 14.307/88, 260 ECHR, §§ 31, tradução livre):

“Como garantido no Artigo 9 (art. 9), a liberdade de pensamento, consciência e religião é um dos fundamentos de uma “sociedade democrática” nos termos da Convenção. É, na sua dimensão religiosa, um dos elementos mais vitais que constroem a identidade dos que creem e a sua concepção de vida, mas é também um valor precioso para os ateus, agnósticos, céticos e os que não se manifestam. O pluralismo indissociável de uma sociedade democrática, que foi conquistada a duras penas ao longo dos séculos, depende dele.

Enquanto a liberdade religiosa é primeiramente um tema da consciência individual, ela também implica, entre outras, a liberdade de “manifestar sua religião”. Dar testemunho em palavras e ações está diretamente ligado à existência de convicções religiosas”.

É incorreto, assim, afirmar que a dimensão religiosa coincide apenas com a espacialidade privada. Isso não significa, porém, que o espaço público possa ser fundado por razões religiosas. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, VIII, da CRFB, estabelece o limite preciso: *“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”*.

A melhor interpretação desse dispositivo não pode olvidar do

ARE 1099099 / SP

disposto no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Não está a Constituição exigindo que a religião fique restrita à consciência. Não são, pois, os motivos, religiosos ou não, que são limitados por ela, mas a sua invocação, isto é, fundamentar-se a recusa da obrigação em argumentos exclusivamente religiosos. A barreira não é a do espaço público, mas é institucional. Noutras palavras, as instituições democráticas formam um filtro que obstam que razões religiosas sejam utilizadas como fonte de justificação de práticas públicas.

Não se trata, assim, de identificar quais argumentos de origem religiosa são, ou não, racionais, mas simplesmente reconhecer que a pretensão de validade de justificações públicas não é compatível com dogmas.

Poder-se-ia aduzir que tal interpretação, ao exigir sobretudo das autoridades públicas uma tradução de eventuais convicções religiosas na justificação de sua atuação institucional, acaba por impor aos que observam determinada religião um esforço desproporcional em relação aos que não a têm. O ônus, no entanto, é comum. Os que não observam qualquer preceito religioso também devem esforçar-se por apreender as contribuições feitas ao debate público por aqueles de determinada confissão ou prática, naquilo que Jürgen Habermas chamou de ética da cidadania democrática (HABERMAS, Jürgen. *Religion in the Public Sphere. European Journal of Philosophy*, v. 14, i. 1, Abril de 2006, p. 18, tradução livre):

“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”.

ARE 1099099 / SP

O pluralismo de uma sociedade democrática exige, pois, de todos os cidadãos processos complementares de aprendizado a partir da diferença. Isso implica reconhecer que a própria noção de “neutralidade do Estado”, como expectativa normativa de um princípio da laicidade, é, ela própria, sujeita ao diálogo, ao debate e ao aprendizado.

O âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, como restou claro pelo teor dos dispositivos, não se restringe ao domínio privado. Reitero, portanto, que instituições inclusivas demandam uma esfera pública receptiva a pessoas de todos os credos e orientações, sem que isso viole a laicidade estatal.

III – O caso concreto

No caso concreto, o direito à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal são invocados na medida em que seu âmbito de proteção abarque a realização da objeção de consciência, isto é, o direito de uma pessoa se negar a praticar ato contrário a suas convicções de natureza religiosa, moral, humanística ou filosófica, sem que sofra restrições de outros direitos. Nesse sentido se posiciona a doutrina:

“A liberdade de culto é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo o direito individual ou coletivo de praticar os atos externos de veneração próprios de uma determinada religião. (GOMES CANOTILHO, JJ. Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. 1. 1ed. Brasileira. São Paulo. 2007. p. 609)

“(…) a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (belief) e **conduta (action)**, que **resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda.**” (MACHADO, Jônatas. **Liberdade**

ARE 1099099 / SP

Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva.

Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 222, grifei)

“(...) a liberdade de **conduta religiosa**, em um ambiente constitucional de liberdade, integra o núcleo duro da própria ideia de liberdade religiosa.” (TAVARES, André Ramos. **O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização.** Disponível em http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, acesso em 20.10.2016, grifei)

A concretização do direito a liberdade religiosa ocorrerá quando houver correspondência entre crença e conduta. A garantia se efetiva na vida cotidiana quando o sujeito não arca com restrições de direitos por atuar conforme sua fé. Não protegidas as condutas religiosas, ao invés de verdadeira liberdade, ter-se-ia mera indiferença, o que não se conforma com a envergadura constitucional da matéria.

É importante ressaltar que não é pelo fato de determinada atividade estar ligada a uma religião que ela deva automaticamente merecer ampla proteção constitucional, se ela não estiver representando uma verdadeira crença. Caberia, assim, ao judiciário tentar separar atividades praticadas por religiosos de atividades praticadas em razão da crença religiosa.

Sustentei, em diversas oportunidades, que apesar de o Estado brasileiro ser classificado como laico, o dever de neutralidade que daí decorre não se confunde com indiferença. Dessa forma, esse princípio não é violado mas, ao contrário, é efetivamente concretizado, a partir de ações positivas que garantam a liberdade religiosa em seu sentido mais amplo, isto é, incluindo sob seu âmbito de proteção a liberdade de exteriorização da crença.

No caso concreto, a impetrante cometeu 90 faltas em razão de suas convicções religiosas, por não ter se apresentado para trabalhar durante o período noturno das sextas-feiras. O colegiado recorrido, por

ARE 1099099 / SP

unanimidade, opinou pela não confirmação da nomeação, sustentando que a servidora já era conhecedora da carga horária e, mesmo assim, optou por integrar o quadro e que a prestação de obrigação alternativa acarretaria em prejudicialidade a organização do serviço público e em violação ao princípio da isonomia entre os servidores.

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

O princípio da liberdade religiosa é violado quando é necessário optar entre sua carreira profissional e sua fé. Eis o teor do artigo 5º, VIII, da Constituição da República:

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;

A privação de direito por motivos religiosos é vedada por previsão expressa da Constituição da República. Diante da impossibilidade de cumprir obrigação legal imposta a todos, a restrição de direitos só é autorizada pela Carta, diante de recusa ao cumprimento de obrigação alternativa.

Esse tema já foi submetido a esta Suprema Corte em outras oportunidades, mas não se firmou, por questões processuais específicas, precedente plenário de mérito. Conferir: STA-AgR 389, Relator Min. Presidente, DJe 14.05.2010; e ADI 3714, Relator Min. Alexandre de Moraes, monocrática, DJe 25.02.2019.

No caso dos autos, a impossibilidade de cumprir com a jornada de trabalho, obrigação editalícia imposta a todos os candidatos, não pode

ARE 1099099 / SP

resultar diretamente na reprovação em estágio probatório, sem que obrigações alternativas sejam oferecidas, quando a impossibilidade de cumprimento dos deveres funcionais decorre de convicções religiosas.

A não existência de lei que preveja obrigações alternativas não exime o administrador da obrigação de ofertá-las quando necessário para o exercício da liberdade religiosa, pois, caso contrário, se teria um cerceamento de direito fundamental em virtude de uma omissão legislativa inconstitucional.

Dessa forma, da leitura do artigo 5º, VIII, da CRFB, entendo que decorrem duas obrigações para a administração pública. Primeiramente, é dever da administração pública concretizar os direitos fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata e, por conseguinte, cabe à administração, como regra, diligenciar, por meio de políticas públicas adequadas, para que o indivíduo possa cumprir suas obrigações legais, sem que sofra restrições desproporcionais em outros direitos fundamentais.

Nos termos do edital, a carga horária distribuir-se-ia de segunda a sexta-feira, consoante a conveniência da distribuição dos serviços, por ordem da Administração Pública. Assim, é exigido que o administrador seja diligente para enquadrar a jornada de trabalho dos servidores públicos nos horários compatíveis com seus princípios religiosos.

A mera conveniência para administração não constitui justificativa idônea para limitação de um direito fundamental. O dever de motivação das decisões administrativas impõe ao Estado que justifique, com razões concretas e específicas, suas decisões para que seja sindicável a proporcionalidade da limitação do direito fundamental à liberdade religiosa.

A administração pública somente pode recusar-se a estabelecer

ARE 1099099 / SP

obrigações alternativas diante da impossibilidade de compatibilização, nos termos do artigo 5º, VIII, da CRFB. Se assim não for, é inconstitucional que o indivíduo seja privado de um direito expressamente previsto na Carta, qual seja, o cumprimento de obrigações alternativas por objeção de consciência, sem que o administrador justifique a restrição a tal direito.

Tal é a importância da produção normativa das referidas obrigações alternativas, que há legislação, como a Lei 13.796/2019, que assegura aos alunos o direito de faltar às aulas ou às provas, por motivos religiosos ou de consciência. Sabatistas, por exemplo, devem ter a frequência atestada e poderão fazer a prova em segunda chamada, em face dessa expressa previsão normativa.

No caso dos autos, a ausência de legislação não pode ser usada como justificativa para a omissão do administrador de cumprir seu dever fundamental de estabelecer obrigações alternativas. Diante dessa omissão, que pode ser considerada inconstitucional, cabe à administração pública fornecer aos seus servidores as obrigações alternativas. Essas determinações também estão sujeitas ao crivo da proporcionalidade, não podendo sujeitar o indivíduo, por óbvio, a obrigações irrazoáveis.

Não se pode deixar de registrar, por outro lado, que os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, não são absolutos, dessa forma, diante de decisão administrativa fundamentada no sentido da impossibilidade de ofertar obrigação alternativa, por colidir com outro direito de ordem pública, por meio de um processo de ponderação, regrado pelo devido processo legal substantivo, poderá a administração pública restringir um direito individual para garantir direitos coletivos, independente da recusa à alternativa.

No mais, o entendimento de que a designação de obrigação alternativa representaria o estabelecimento de regras especiais para um

ARE 1099099 / SP

determinado grupo de servidores em detrimento dos demais, com a consequente violação ao princípio da isonomia, não merece prosperar.

Deve-se ter em mente que o esforço argumentativo aqui realizado visa não apenas afastar práticas inconstitucionais de exclusão que, não raro, são autorizadas sob a justificativa da laicidade, mas também permitir a afirmação de direitos fundamentais das minorias religiosas:

“(...) talvez uma religiosidade assumida nos conduza a práticas mais inclusivas. (...). Saber que práticas são essas e se as mesmas poderão fazer frente à tradição católica, sopesando santos, caboclos e orixás, permitindo uma convivência baseada no respeito e igual consideração a todos dentro de uma realidade multicultural é resposta que fica legada ao aprendizado social, à história escrita de modo intersubjetivamente responsável, não de um fôlego só, mas de capítulo em capítulo, de parágrafo em parágrafo, de frase em frase”.

(PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Direito, Estado e Religião: a constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro**. Dissertação de mestrado: Universidade de Brasília, 2008, p. 122).

Para que a laicidade do Estado seja realmente concretizada, bem como reforçado o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa e o dever fundamental de serem oferecidas obrigações alternativas por objeção de consciência, para todos e todas, inclusive as minorias religiosas, torna-se imperioso o dever e compromisso com as respectivas políticas públicas, que envolvem decisões de todos os órgãos de poder.

Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 27, prevê que: *“Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo,*

ARE 1099099 / SP

sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592; Acessado em 13.10.2020)

Ante o exposto, provejo o recurso extraordinário, de modo a conceder a segurança, propondo a seguinte tese, também nos termos em que sugerida pelo Ministro Alexandre de Moraes, em homenagem ao princípio da Colegialidade: *“Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a Administração Pública, inclusive em estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada”.*

É como voto.