

A RELAÇÃO ENTRE A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO E OS FERIADOS RELIGIOSOS INCLUÍDOS OU NÃO EM LEI ¹.

Aluna: Valéria Gerber Mariscal

Orientadores: Carlos Alberto Plastino e Fabio Leite

Introdução

Este trabalho tem como objetivo estabelecer a relação entre o Estado Brasileiro, comprometido com o valor democrático e republicano do princípio da laicidade, e os feriados religiosos. Nesse sentido, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial em alguns estados brasileiros², bem como no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na qual foram encontrados conflitos gerados tanto em razão de datas festivas de religiões que não são estabelecidas como feriado em lei, quanto em relação a feriados de determinadas religiões que são instituídos em lei.

A laicidade do Estado e a República no Brasil

A República no Brasil foi proclamada em 15 de novembro de 1890, quando foi também instituído um Decreto, sob a orientação de Rui Barbosa, que estabelecia a liberdade de culto e reconhecia a personalidade jurídica de todas as igrejas e confissões religiosas, mantendo, entretanto, a Igreja Católica, como a igreja oficial do Brasil, que inclusive continuava a receber subvenções.

Com o advento da Constituição Republicana de 1891, foi instituído o princípio da separação entre o Estado e a Igreja, retirando da Igreja Católica o título de religião oficial. Essa separação ocorreu mediante a influência determinante do positivismo de Augusto Comte, mas logo após essa experiência, que desvalorizava a religião nos meios políticos e sociais ao mesmo tempo em que enaltecia a ciência, o Estado brasileiro passou a restabelecer, extra-oficialmente, o consórcio com a igreja.

Assim, foi estabelecida uma “concordata moral³” ou informal, pela qual a Igreja recuperou parte de seus privilégios. Com o enfraquecimento do laicismo brasileiro, feriados religiosos foram instituídos desrespeitando os princípios da democracia liberal e gerando alguns problemas concretos que serão discutidos em seguida⁴.

O princípio da laicidade do Estado impõe às organizações políticas modernas o dever de neutralidade face ao fenômeno religioso. Assim, religião deveria ser restrita à vida privada e o Estado não deveria favorecer ou prejudicar nenhum grupo religioso, apenas se limitando a respeitá-los. Tal restrição seria importante na medida em que evitaria associações entre o poder político do Estado e o poder de instituições religiosas, que por tanto tempo dominaram

¹ Este trabalho foi desenvolvido durante o período de julho de 2007 a julho de 2008, resultado de uma linha de pesquisa própria inserida no tema “Estado e Religião na Constituição da República de 1988”. Agradeço ao professor Fábio Leite pela dedicação, incentivo e pelos minutos de cultura geral e acadêmica que me são doados em todos os nossos encontros. Agradeço também ao meu irmão Carlos Ernesto Guestrin por todo o apoio, compreensão e atenção; à minha mãe, sempre fiel na arte de educar e protetora; e a Deus.

² A Pesquisa foi realizada nos Tribunais dos seguintes Estados: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Rio de Janeiro, São Paulo, Acre, Amazonas, Pará, Maranhão, Tocantins, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, e Goiás, Minas Gerais. No Tribunal de Alagoas não foi possível a exibição da página.

³ Soriano, Aldir Guedes. Mais um feriado religioso? Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1408, 10 maio 2007.

⁴ Idem.

a política brasileira, ferindo a democracia, a qual se caracteriza pelo governo de todos os cidadãos e não só de uma maioria religiosa.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que o Poder Público deve se abster de qualquer diferenciação entre as religiões, ele também deve respeitar a liberdade de crença, culto e liturgia, estimulando a tolerância e a pluralidade e respeitando tanto os cidadãos religiosos quanto os não religiosos. O Estado não deve possuir uma religião, mas a sociedade pode possuir uma, várias ou nenhuma.

Conforme essa linha de raciocínio, na Constituição Federal de 1988 foi estabelecido que:

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

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

“Art. 5. 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, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e 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;”

Portanto, a Constituição garante a liberdade ao sentimento e à prática religiosa, atribuindo-lhe *status* de direito fundamental, sem desrespeitar o princípio da laicidade do Estado. No entanto, esses dispositivos não foram suficientes para prevenir e solucionar conflitos causados pela colisão entre esses dois princípios. Sendo assim, cumpre dissertar sobre a pesquisa realizada e os conflitos encontrados.

Os conflitos gerados a partir dos feriados religiosos

O presente trabalho, como dito anteriormente, baseou-se em uma pesquisa jurisprudencial realizada em diversos estados brasileiros e nos Tribunais Superiores. Os elementos de pesquisa utilizados foram: “feriados e religiosos”, “feriado e religioso”, “liberdade religiosa” e “religião”. Nos Tribunais em que só era possível a busca a partir de um elemento de pesquisa, foram utilizados os elementos “religião”, “religiosa”, “feriados” e “feriado”.

Foram encontradas as seguintes variantes de processos: (i) 12 (doze) processos que versam sobre a legalidade de leis que instituem novos feriados religiosos⁵; (ii) 01 (um)

⁵ ADIN 70010191815, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007611650, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007609407, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007609308, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 591027057, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 37865, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 83214-0, Tribunal do Estado do Paraná; Apelação Cível Nº 137247, Tribunal do Estado de São Paulo; Reexame necessário Processo Nº

processo que versa sobre o pedido de danos morais de um católico, que afirma sentir-se envergonhado, humilhado, desmoralizado, porque o réu, Distrito Federal, impôs como feriado o dia dos evangélicos⁶; (iii) 22 (vinte e dois) processos que versam sobre a possibilidade de modificação de datas de concursos públicos para que não recaiam sobre sábados, já que esse dia é de guarda para os adventistas de sétimo dia⁷; (iv) 01 (um) processo que versa sobre a possibilidade de Instituição de Ensino modificar sua grade horária para incluir horários em dias de semana para a matéria de prática jurídica simulada, que é ministrada aos sábados, já que os seguidores da religião Adventista do Sétimo Dia guardam esse dia como dia sagrado⁸; (v) 01 (uma) Representação, do ano de 1986, do Procurador Geral da República para modificar o horário das eleições, para que essa termine após as 18h, quando o sol já se põe, com o intuito de respeitar seguidores de religiões que guardam o sábado, como os judeus, adventista de sétimo dia e sabatistas⁹; (vi) 01(um) processo em que licitante desiste de licitação, e lhe é cobrada multa por isso, alegando, dentre outras coisas, o fato de ter descoberto que precisava trabalhar aos sábados, o que sua religião não lhe permite¹⁰; (vi) 01(um) processo em que um professor judeu impetra ação contra Instituição de Ensino em que trabalha por ter sido obrigado a compensar aulas que não foram dadas por motivo de greve, da qual ele não fez parte, nos dias de sábado¹¹; (vii) 01 (um) processo em que houve recusa de bombeiro em cumprir escala de trabalho aos sábados¹²; e (viii) 01 (um) processo em que dono de estabelecimento que se encontra dentro de condomínio quer ter o direito de fechá-lo aos sábados por ser adventista do sétimo dia e guardar sábados¹³.

1434/2002, Tribunal do Estado do Mato Grosso; Representação de Inconstitucionalidade Processo Nº 1995.007.00063, Tribunal do Estado do Rio de Janeiro; Agravo de Instrumento Nº 18820, Supremo Tribunal Federal; e ADIN Nº 2002.001.226-2, Tribunal do Estado de Santa Catarina.

⁶ Apelação Cível Nº 2001.011.087576-6, Tribunal do Distrito Federal.

⁷ Agravo de Instrumento Nº 70016550485, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 143.516-9, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Apelação Cível N. 609.436.5/8-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Processo Nº: 100.001.2006.002117-8, Reexame Necessário Origem: 00120060021178, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 200.000.2006.007924- 0, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 00.001.2006.002134-8, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Processo N. 100.001.2006.002135-6 Reexame Necessário origem: 00120060021356, Segunda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 200.000.2006.002777-0, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 100.001.2004.012876-7, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 100.001.2002.018056-9, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 2006.004.00748, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 22.825, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Felix Fischer; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 2003/0045071-3, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Paulo Medina; Agravo de Instrumento Nº 70011459534, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Mandado de Segurança Individual – Classe II – 11 – Nº 2.427, Comarca de Rondonópolis, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso; e Agravo de Instrumento nº 023697-2006, Terceira Câmara Cível, Comarca de São Luís do Maranhão, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão; Apelação Cível n. 101.584-5, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Apelação Cível com Revisão n. 453.324-5/6-00, Terceira Câmara de Direito Público da Comarca de Santo André, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Reexame Necessário Nº 1.0145.07.377345-2/001, Comarca De Juiz de Fora, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Processo N.º 162.664-2 Reexame Necessário N.º 162.664-2, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; e Mandado De Segurança Nº 128.574.0/2-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁸ Processo Nº 175.380-6, Tribunal do Estado do Paraná.

⁹ Representação Processo Nº 1371, Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ Acórdão Nº 19422, Processo Nº 0260752-1, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

¹¹ Apelação Cível Nº 39.101/96, Tribunal do Distrito Federal.

¹² Apelação Cível Nº 100.001.2002018056-9, Tribunal do Estado de Rondônia.

¹³ Agravo de Instrumento Nº 40200-8/180, Tribunal do Estado de Goiás.

Neste estudo abordarei separadamente os casos em razão de serem conflitos causados por feriados instituídos em lei e por feriados não instituídos em lei.

A instituição de feriados religiosos em lei

No Brasil, há feriados instituídos por lei municipal, por lei estadual e feriados Nacionais; há feriados religiosos e feriados civis; e há ainda aqueles que alguns doutrinadores dizem já terem assumido importância secular, como seria o caso do Natal. Segundo Letícia de Campos Velho Martel¹⁴ “a presença de feriados religiosos em uma República laica não causava maiores controvérsias”. Porém, cada vez mais esse quadro vem se modificando, seja pelo aumento da importância e representatividade de outras religiões, como da Igreja Universal do Reino de Deus, que passam a querer tratamento igualitário ao da Igreja Católica, religião que possui a maior parte dos feriados religiosos representados em lei; seja pelos meios de comunicação mais ágeis, que facilitam a difusão de informação.

A Constituição Federal de 1988 nada informa sobre como devem ser instituídos esses feriados religiosos. No entanto, anterior a ela havia no ordenamento jurídico a Lei n. 605, aprovada em 05 de janeiro de 1949, que dispunha “sobre o repouso remunerado e o pagamento de salário nos dias de feriados civis e religiosos” e afirmava que seriam “feriados civis os declarados em lei federal” e “feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a sete”. Esse número foi reduzido para “quatro, neste incluída a sexta-feira da paixão”, pelo decreto-lei n. 86, de 27 de dezembro de 1966, que foi ratificado através da lei n. 9.093/95, em seu artigo 2º.

Essas leis, entretanto, não são posteriores ao advento da Constituição Federal e acabam suscitando inúmeros questionamentos que geram decisões contraditórias e, por sua vez, insegurança jurídica. Sendo assim, analisando os 12 (doze) processos encontrados na busca jurisprudencial descrita acima, podemos verificar que todos versavam sobre a legalidade de leis municipais que instituíram feriados religiosos.

Dentre esses 12 (doze) processos, em 03 (três)¹⁵ foi deferida a instituição do feriado religioso por lei Municipal, sendo que em um deles a decisão foi por maioria absoluta¹⁶. Os fundamentos foram os que se seguem:

- (i) que a instituição do feriado religioso é matéria de interesse local, fundada no artigo 30 da Constituição Federal;
- (ii) que o artigo 11 do Decreto – Lei 86/66 é insubsistente;
- (iii) que o artigo 22 da Constituição Federal não deve ser aplicado porque a criação de feriados religiosos pelo Município não contraria a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de Direito do Trabalho, por ser a matéria coisa diversa; e
- (iv) que para se examinar se um município ainda tem a possibilidade de instituir um feriado religioso de acordo com a lei 9.093/95, deve-se excluir todos os feriados nacionais, com exceção da sexta-feira da Paixão, como preleciona a lei; portanto feriados como o de Finados e Corpus Christi não seriam incluídos na conta do número máximo permitido de 4 feriados.

¹⁴ Martel, Letícia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: Cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro. 56p. Doutorado em Direito Público. Direito. Universidade Estadual do Rio de Janeiro

¹⁵ Apelação Cível Nº 137247, Tribunal do Estado de São Paulo; Reexame necessário Processo Nº 1434/2002, Tribunal do Estado do Mato Grosso; e ADIN Nº 2002.001.226-2, Tribunal do Estado de Santa Catarina.

¹⁶ Reexame necessário Processo Nº 1434/2002, Tribunal do Estado do Mato Grosso.

Dentre os outros 9 (nove)¹⁷ processos em que foi indeferida a instituição de feriados religiosos por Municípios, em 2 (dois)¹⁸ processos a decisão foi por maioria absoluta. Os fundamentos para o indeferimento foram:

- (i) que o município já havia ultrapassado a quota máxima estipulada pelas leis 9.093/95, 605/49 e Decreto-Lei 86/66;
- (ii) que a instituição de feriados com suspensão de atividades econômicas essenciais é matéria de Direito do Trabalho, que é de competência exclusiva da União, artigo 22, I, da Constituição Federal; e
- (iii) que as leis Municipais estariam infringindo o Princípio Federativo da Distribuição de Competência.

Há, ainda, decisões que entenderam que ADIN não era o remédio cabível, visto que nem a Constituição Federal, nem a estadual estabeleceram regras de competência para legislar sobre essa matéria. A questão seria infraconstitucional porque se estaria violando a Lei 9.093/95 e infringindo a autonomia dos Municípios¹⁹.

Com essa exposição de decisões e argumentos, pode-se comprovar como a jurisprudência não possui entendimento unânime sobre o assunto, e como em nenhum momento parece estar se questionando se os feriados religiosos são ou não contrários ao princípio da laicidade do Estado. Verifica-se um notável privilégio da religião Católica, a predominante no Brasil, já que ela possui em lei alguns de seus feriados representados, em detrimento das outras religiões que não são representadas.

Tampouco se discute por que o número de feriados máximo é 4 e por que não se incluem nesse número os outros feriados religiosos nacionais, como o de Finados e o *Corpus Christi*. Os feriados religiosos, segundo a lei federal 9.093/95, seriam instituídos pelo município, já que seria de interesse local e os feriados civis seriam instituídos pelos estados, mas então, pretender-se-ia afirmar que os feriados civis não são de interesse local e que se um município quisesse instituir um feriado civil ele não poderia? E em relação às leis que instituem novos feriados, por que os novos não revogam os antigos, mas ao contrário, deixam de ser instituídos? Como se faria então para revogar um feriado?

Entendo, portanto, que não há regras claras para definir a criação e a revogação de feriados no Brasil, sejam religiosos ou civis, e que a criação de feriados religiosos sem maiores debates ou justificativas fere o princípio da laicidade e da democracia, visto que neste panorama, somente uma religião está sendo representada.

Uma solução para esse problema seria a adoção do sistema que é utilizado em alguns países, com a instituição de feriados pessoais, o que nos Estados Unidos se chama de *floating Holidays*²⁰, onde cada cidadão poderia escolher 3 ou 4 datas que se tornariam seus feriados. Essas datas poderiam ser escolhidas de acordo com a religião de cada pessoa ou para os não religiosos, de acordo com dias de especial significado pessoal. Nesses dias, a pessoa estaria formalmente autorizada por lei a não trabalhar. Essa combinação seria também vantajosa para

¹⁷ ADIN 70010191815, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007611650, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007609407, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 70007609308, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 591027057, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; ADIN 37865, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 83214-0, Tribunal do Estado do Paraná; Representação de Inconstitucionalidade Processo Nº 1995.007.00063, Tribunal do Estado do Rio de Janeiro; e Agravo de Instrumento Nº 18820, Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ ADIN 70007609407, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; e Representação de Inconstitucionalidade Processo Nº 1995.007.00063, Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁹ ADIN 70007609407, Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; e Reexame necessário Processo Nº 1434/2002, Tribunal do Estado do Mato Grosso.

²⁰ Nos Estados Unidos praticamente não há feriados religiosos, com exceção do Natal, já que o *Thanksgiving* é considerado de cunho cívico.

as empresas, já que ela não precisaria fechar tantos dias, pois os funcionários teriam dias de feriado diferentes.

O problema dos feriados religiosos que não estão instituídos em lei

Por outro lado, verificam-se os conflitos causados pelos dias sagrados para as outras religiões que não estão estabelecidos em lei, e que, em sua maioria, se baseiam no artigo 5º, inciso VI e VIII, da Constituição Federal, transcrito acima. Os adeptos a essas religiões possuem o direito à liberdade de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos, não sendo possível serem privados de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa.

Ocorre que, muitas vezes, para que os praticantes realizem as obrigações impostas por sua religião nesse dia sagrado precisão abster-se de algum dever ou de algum direito, o que gera reclamações por parte desses fiéis, os quais alegam buscar a prestação alternativa descrita na Constituição Federal que não possui regulamentação em lei. Além disso, algumas religiões ainda possuem os chamados dias de guarda, que é um dia em que o fiel não pode realizar nenhuma atividade que não esteja relacionada com o culto a sua crença.

Nesse contexto, através da pesquisa jurisprudencial realizada, foram encontrados 22 (vinte e dois) processos em que o conflito foi gerado em razão desse dia de guarda, que seria o período entre o pôr do sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado, no qual os autores não poderiam realizar provas de concurso público.

É importante ressaltar que apesar de outras religiões também possuírem esse período como dia de guarda, como os judeus e os sabatistas, todos os processos foram ajuizados por seguidores da Igreja Adventista de Sétimo Dia. No caso dos judeus essa constatação poderia levar à hipótese de que, apesar de terem em suas regras o cumprimento do *sabat*²¹, apenas parte deles o cumprem de fato, pertencentes a rama mais tradicional da religião. E ainda, dentro dessa rama estão os chamados ortodoxos, que são aqueles que estudam a *Torah*²², transformando esse estudo em sua atividade laboral, o que justificaria o não interesse por concursos públicos. Sendo assim, restaria uma parcela ínfima que estaria interessada em concursos públicos e essa simplesmente se absteria de realizá-lo em favor de respeitar as regras mais tradicionais de sua religião.

Dos 22 (vinte e dois) processos encontrados, 16 (dezesesseis) processos decidiram que a data do concurso ou prova não deveria ser alterada em razão do cumprimento do dia de guarda pelo impetrante²³; 05 (cinco) decidiram que a data do concurso deveria ser alterada ou

²¹ Sabá (português brasileiro) ou sabat (português europeu) (do hebraico שבת, shabāt; shabos ou shabes na pronúncia asquenazita), é o nome dado ao dia de descanso semanal no judaísmo, sendo observado a partir do pôr-do-sol da sexta-feira até o pôr-do-sol do sábado. De acordo com a tradição judaica, o dia do sabá foi ordenado por Deus como um dia de descanso, após a Criação.

²² Torá (do hebraico תורה, significando instrução, apontamento, lei) é o nome dado aos cinco primeiros livros do Tanakh (também chamados de Hamisha Humshei Torah, חמשה חומשי תורה - as cinco partes da Torá) e que constituem o texto central do judaísmo.

²³ Agravo de Instrumento Nº 70016550485, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Apelação Cível Nº 143.516-9, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Apelação Cível N. 609.436.5/8-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Processo Nº: 100.001.2006.002117-8, Reexame Necessário Origem: 00120060021178, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 200.000.2006.007924-0, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 00.001.2006.002134-8, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Processo N. 100.001.2006.002135-6 Reexame Necessário origem: 00120060021356, Segunda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 200.000.2006.002777-0, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 100.001.2004.012876-7, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 100.001.2002.018056-9, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança Nº 2006.004.00748, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 22.825, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Felix Fischer; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 2003/0045071-3, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr.

que o impetrante deveria se manter fechado em algum setor da prova até o período do pôr do sol, quando poderia realizar a prova²⁴; e 01 (um) processo foi julgado extinto por perda do objeto, já que as impetrantes fizeram a prova na data marcada, o que aconteceu antes do julgamento²⁵. Deve-se observar que desses 05 (cinco) processos que foram julgados procedentes, 01 (um) foi ao argumento de que com a liminar, o impetrante já havia realizado a prova, e já estava empossado no cargo, considerando o fato consumado, embora a decisão da liminar, na visão do relator, estivesse equivocada²⁶.

Dos 16 (dezesesseis) processos em que se decidiu pela não alteração da data da prova do concurso, 14 (quatorze) tiveram decisões unânimes. Grosso modo, os argumentos utilizados foram:

- (i) que o concurso público deve permanecer estritamente vinculado às normas e condições previamente definidas no edital, não podendo no curso do procedimento licitatório criar novas regras ou se afastar das que antecipadamente previu, ainda mais quando se tinha a faculdade de participar ou não da prova e, sobretudo, porque não se sofre por conta desse ato do Administrador nenhum prejuízo²⁷;
- (ii) que a Administração Pública não está compulsoriamente privando pessoas de um direito, as pessoas é que preferem seguir determinada orientação religiosa e deixar de comparecer ao local da prova na data designada²⁸;
- (iii) que o assegurado direito à crença religiosa e de proibição de privação de direito em decorrência dela não significa garantia de privilégio ou discriminação no exercício do dever legal, quando posto em condição de igualdade com outros cidadãos que eventualmente adotam outra religião. Isto porque, a proteção resume-se apenas ao direito de escolher e praticar aquela religião, mas não assegura que, em função dela, sejam estabelecidas regras especiais que permitam ao seu praticante furtar-se ao cumprimento do dever comum a outros²⁹;
- (iv) que se estaria concedendo atendimento desigual aos membros de uma religião, e tal atitude poderia gerar reclamações no mesmo sentido de católicos que guardam domingos e dias santos, e evangélicos que guardam todos os dias da semana. Não pode a Administração,

Ministro Paulo Medina; Agravo de Instrumento N° 70011459534, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Mandado de Segurança Individual – Classe II – 11 – N° 2.427, Comarca de Rondonópolis, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso; e Agravo de Instrumento n° 023697-2006, Terceira Câmara Cível, Comarca de São Luís do Maranhão, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

²⁴ Apelação Cível n. 101.584-5, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Apelação Cível com Revisão n. 453.324-5/6-00, Terceira Câmara de Direito Público da Comarca de Santo André, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Mandado de Segurança N° 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Reexame Necessário N° 1.0145.07.377345-2/001, Comarca De Juiz de Fora, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; e Processo N.º 162.664-2 Reexame Necessário N.º 162.664-2, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

²⁵ Mandado De Segurança N° 128.574.0/2-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

²⁶ Processo N.º 162.664-2 Reexame Necessário N.º 162.664-2, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

²⁷ Mandado de Segurança N° 200.000.2006.007924- 0, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança N° 200.000.2006.002777-0, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Mandado de Segurança N° 2006.004.00748, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança N° 22.825, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Felix Fischer; e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança N° 2003/0045071-3, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Paulo Medina.

²⁸ Apelação Cível N° 143.516-9, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

²⁹ Mandado de Segurança N° 200.000.2006.007924- 0, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança N° 22.825, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Felix Fischer; Mandado de Segurança N° 200.000.2006.002777-0, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; e Apelação Cível N° 100.001.2004.012876-7, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

sob pena de sempre estar ferindo a fé de alguém, designar dia nenhum para a realização de provas de concursos, o que seria inconcebível³⁰;

(v) que não se poderia admitir a existência de direito líquido e certo de candidato a realizar as provas de um concurso público em dia ou horário diverso daquele estipulado no edital ou sob condição diferente daquela a qual os demais candidatos devem se submeter, ainda que sob a justificativa de respeito a sua liberdade religiosa, pois implicaria o desprestígio do princípio da isonomia entre os participantes do certame³¹;

(vi) que o Estado brasileiro é laico, o que não significa simplesmente que o Governo está desvinculado de uma dada religião, mas, também, que lhe é defeso conferir tratamento diferenciado aos cidadãos com base em crença religiosa³².

(vii) que o indeferimento do pedido de alteração de data longe estaria de configurar qualquer ofensa à liberdade de consciência e de crença do requerente, pois em momento algum o candidato se viria privado, por ato emanado da autoridade coatora, do mais pleno exercício da sua liberdade de crença nos valores e princípios que abraçou³³;

(viii) que o indeferimento de forma alguma privaria o requerente, por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica, do exercício de qualquer de seus direitos, menos ainda o de submeter-se ao concurso para o provimento do cargo por ele almejado³⁴;

(ix) que haveria dificuldade de ordem prática para a realização de prova em data diversa, ou em separado, sabendo-se que o teste a ser aplicado deveria ser o mesmo para todos os candidatos. Assim, como se submeteria o candidato a esta prova, no dia seguinte da sua realização pelos demais candidatos, quando já conhecido o teor da prova e quebrado, conseqüentemente, o necessário sigilo³⁵?

(x) que, se por convicção religiosa os impetrantes se vissem impossibilitados de participar de uma fase do concurso público marcada para o sábado, o que aconteceria depois, no exercício das funções do cargo, cujas atividades demandam tempo integral, durante o dia e a noite, em todos os dias da semana, inclusive sábados, domingos e feriados, como é o caso dos policiais militares, por exemplo^{36,37}?

³⁰ Apelação Cível Nº 143.516-9, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

³¹ Mandado de Segurança Nº 200.000.2006.007924- 0, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Agravo de Instrumento Nº 70011459534, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Processo Nº:100.001.2006.002117-8, Reexame Necessário Origem: 00120060021178, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 00.001.2006.002134-8, Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; e Apelação Cível N. 609.436.5/8-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

³² Apelação Cível N. 609.436.5/8-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 2003/0045071-3, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Paulo Medina; e Agravo de Instrumento Nº 70011459534, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

³³ Mandado de Segurança Individual – Classe II – 11 – Nº 2.427, Comarca de Rondonópolis, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

³⁴ Mandado de Segurança Individual – Classe II – 11 – Nº 2.427, Comarca de Rondonópolis, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

³⁵ Mandado de Segurança Individual – Classe II – 11 – Nº 2.427, Comarca de Rondonópolis, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

³⁶ Cumpre observar que uma decisão que indeferiu a alteração data de prova, aludiu que havia sido criada a lei n. 1.631, em 18/5/2006, de Rondônia, que, em seu art. 1º, determina a fixação das provas de concurso público no período de domingo a segunda-feira, e que somente teria entrado em vigor no dia 23/5/2006, portanto em data posterior à abertura do certame em 16/3/2006, e que por isso não poderia ser aplicada.

³⁷ Agravo de Instrumento Nº 70016550485, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Processo Nº:100.001.2006.002117-8, Reexame Necessário Origem: 00120060021178, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Processo N. 100.001.2006.002135-6 Reexame Necessário origem: 00120060021356, Segunda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 22.825, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Felix Fischer; e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 2003/0045071-3, Superior Tribunal de Justiça, relator Sr. Ministro Paulo Medina; e Agravo de Instrumento nº 023697-2006, Terceira Câmara Cível, Comarca de São Luís do Maranhão, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

(xi) que a enorme diversidade de religiões existente no nosso país e as peculiaridades de cada uma delas, se tivessem que ser observadas pela Administração, inviabilizariam a realização de qualquer evento público³⁸.

(xii) que o interesse coletivo tem que prevalecer sobre o interesse individual tendo em vista buscar atender a toda a coletividade e não somente a este ou aquele indivíduo³⁹.

Já com relação às outras 02 (duas) decisões que não foram unânimes⁴⁰, os fundamentos grosso modo alegados foram:

(i) que a liberdade religiosa é direito fundamental e natural, por ser inerente à personalidade da pessoa humana;

(ii) que em nenhum momento houve a recusa do candidato por prestação alternativa; e

(iii) que seria viável a compatibilização dos interesses da Administração Pública em fazer cumprir o edital e a flexibilização do horário, sem ferir o princípio da isonomia.

Por outro lado, os argumentos alegados nas 05 (cinco) decisões que deferiram a alteração da data do concurso em favor da liberdade de crença, grosso modo, foram os seguintes:

(i) que o interesse particular deve sobrepor-se ao público, já que o que está em jogo é a liberdade de crença religiosa protegida constitucionalmente⁴¹;

(ii) que a simples inscrição para participação do certame não lhes obriga a aceitar prévia e tacitamente todas as regras do edital eis que, de antemão, não poderiam prever o dia da realização das provas⁴²;

(iii) que é um direito que lhes assiste participar do concurso público sem que, a tanto, sejam obrigados a desvincular-se de sua crença religiosa que prega que seja guardado o sábado para trabalhos espirituais⁴³;

(iv) que a norma constitucional tem o condão de proteger a liberdade de convicção religiosa frente a eventuais perseguições ou discriminações de indivíduos pela fé que abracem, e que o que se pretenderia tutelar é o direito fundamental à liberdade de crença, pois ele é verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação⁴⁴;

(v) que o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar a sua fé representaria o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual⁴⁵;

(vi) que é preciso impor uma desigualdade formal para se garantir uma igualdade material⁴⁶;

³⁸ Mandado de Segurança Nº 2006.004.00748, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

³⁹ Agravo de Instrumento Nº 70011459534, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Processo N. 100.001.2006.002135-6 Reexame Necessário origem: 0120060021356, Segunda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Apelação Cível Nº 100.001.2002.018056-9, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; e Mandado de Segurança Nº 2006.004.00748, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁰ Agravo de Instrumento Nº 70016550485, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; e Apelação Cível Nº 100.001.2002.018056-9, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

⁴¹ Apelação Cível n. 101.584-5, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

⁴⁵ Apelação Cível Nº 100.001.2002.018056-9, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

⁴⁶ Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

(vii) que o fato de os impetrantes realizarem a prova em outro horário não prejudicaria os demais candidatos e muito menos conferiria qualquer privilégio àqueles⁴⁷;

(viii) que seria possível a compatibilização da liberdade de crença do candidato e o seu direito de acesso à função pública com a eficiência e seriedade do certame⁴⁸;

(ix) que a atuação da Administração Pública deve ser pautada pelos princípios da liberdade de crença e acesso à função pública, buscando harmonizá-los e compatibilizá-los⁴⁹;

(x) que alçada a direito fundamental, centra-se a liberdade religiosa em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, não podendo os cidadãos serem privados de qualquer conduta acaso venham ser tolhidos na efetivação de tais garantias. Ademais, como todo princípio fundamental, é imperioso que a liberdade de crença seja exaustivamente levada a efeito⁵⁰;

Além disso, duas dentre as cinco decisões que entenderam pela alteração da data do concurso ainda traziam como fundamento a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁵¹.

Pode-se observar com clareza que a questão é complexa, e que não há uma linha de pensamento unânime entre a jurisprudência, o que corrobora mais uma vez para a insegurança jurídica. Verifica-se que muitos argumentos são colocados sem a menor sensibilidade, somente permitindo que o julgador se esquive do caso e não enfrente a situação concreta com todas as suas peculiaridades. Como exemplo, podemos citar o argumento de que o concurso público seria um procedimento licitatório, estando todos os concursados vinculados ao edital. Seria essa a solução adequada ao caso ou seria somente a mais fácil?

Tampouco o argumento de que os concursandos têm a faculdade de participar ou não do concurso pode ser utilizado para ajudar na solução do problema, visto que, apesar de terem a faculdade, existe um impedimento de ordem religiosa que de algum modo está sendo tutelado pela nossa Constituição e na ordem de um direito fundamental. Além disso, o argumento de que o Estado é laico e por isso não pode dar tratamento discriminatório aos cidadãos com base em crença religiosa é muito superficial, não entra no mérito do princípio da liberdade religiosa e nos benefícios que a lei confere a algumas religiões e não confere a outras.

Por outro lado, afirmar que o interesse particular deve sobrepor-se ao público não parece muito consistente, visto que, se o caso concreto prejudicasse um grande número de pessoas em favor de apenas uma, que tivesse seu direito à liberdade de crença violado, o direito dessa não poderia prosperar.

Nesse cenário, conclui-se que, para que o judiciário encontre a solução mais adequada, não deverá ser adotada uma linha de raciocínio romano-germânica: apontando-se o fato, identificando-se o ordenamento positivo, e elaborando-se um raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a

⁴⁷ Apelação Cível com Revisão n. 453.324-5/6-00, Terceira Câmara de Direito Público da Comarca de Santo André, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

⁴⁸ Apelação Cível com Revisão n. 453.324-5/6-00, Terceira Câmara de Direito Público da Comarca de Santo André, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e Apelação Cível n. 101.584-5, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁴⁹ Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

⁵⁰ Reexame Necessário Nº 1.0145.07.377345-2/001, Comarca De Juiz de Fora, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

⁵¹ Mandado de Segurança Nº 132.338-8, Comarca de Curitiba, IV Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; e Apelação Cível com Revisão n. 453.324-5/6-00, Terceira Câmara de Direito Público da Comarca de Santo André, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

conclusão será a conseqüência do enquadramento dos fatos à norma. O que Luís Roberto Barroso chama de método subsuntivo⁵².

Deve-se aplicar a teoria da nova interpretação constitucional, defendida pelo mesmo doutrinador acima citado. Ele afirma que “como no caso se trata de colisão entre princípios e regras, a atividade do intérprete é mais complexa, terá que fazer valorações adequadas do caso concreto para preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer”⁵³.

Assim, para que as escolhas do magistrado não sejam arbitrárias, suas decisões deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas. A ponderação pode ser descrita, pelo autor, como um processo de três etapas⁵⁴: na primeira cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas, quando os diversos fundamentos normativos serão agrupados em função de uma solução que estejam sugerindo, ou seja, os que sugerem a mesma solução formam um conjunto de argumentos.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e a sua interação com o elemento normativo. Deve-se observar que os princípios podem ser utilizados com maior ou menor intensidade sem que isso afete sua validade. Na terceira etapa, é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas e a solução por ele indicada deve prevalecer em detrimento dos demais. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

No caso em tela, portanto, como os fundamentos normativos já foram agrupados em função da solução que estão sugerindo, cabe examinar alguns percalços do caso concreto. Entende-se que se no caso concreto um adventista que quisesse apenas realizar a prova do concurso após as 18h do sábado, aceitando o confinamento em uma sala do local de realização do concurso, de maneira que estivesse incomunicável, teria tanto o seu direito à liberdade de crença e quanto o de acesso à função pública respeitados de maneira plausível. Entende-se que, por outro lado, que o princípio da isonomia não estaria sendo desrespeitado. Essa solução já está sendo adotada por algumas universidades e bancas de concurso, como é o caso do vestibular da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), que será realizado nos dias 29, 30 e 31 de julho de 2008.

Porém, pode-se verificar também que, se no caso concreto o concurso prestado fosse para um cargo de atividade que demanda tempo integral, e o concursando se recusasse a, posteriormente, cumprir as tarefas exigidas por serem em seu período de guarda, estar-se-ia prejudicando o bem comum em favor do direito de somente uma pessoa. O que não parece razoável. Inserido nesse contexto de aplicação da prática de ponderação, pretende-se, analisar os outros casos concretos encontrados na pesquisa jurisprudencial, base deste trabalho.

No caso do processo que versa sobre estudante adventista de sétimo dia que ingressou com ação em face de Instituição de Ensino para modificar sua grade horária incluindo horários em dias de semana para a matéria de prática jurídica simulada, que é ministrada aos sábados, a justiça Estadual julgou-se incompetente sob o argumento de que os atos de gestão administrativa interna sujeitam as instituições de ensino ao controle jurisdicional da Justiça Estadual, enquanto que os atos praticados por delegação federal para a prestação de ensino universitário estão sujeitos ao controle da Justiça Federal, que é o caso. Além disso, acrescenta que, é de sua competência por ser o ensino superior de interesse público, conforme artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

O Juiz de primeira instância havia concedido a liminar, que foi cassada com a transferência da competência para a Justiça Federal. Apesar disso, fundamentou-se na decisão

⁵² Barroso, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil. Nº 10, ano 2003.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

que há ausência de direito líquido e certo a autorizar a concessão da medida liminar postulada, destacando que "nenhum comando legal determina com clareza a impossibilidade da realização de aulas aos sábados nem o seu impedimento para tanto em função de ser adventista".

A Instituição de Ensino alegou que o estudante exerceu a função de vereador e, certamente, não deixou de realizar campanha política aos sábados que antecederam a eleição. Por outro lado, alegou que ao celebrar o contrato de prestação de serviços educacionais o estudante concordou com todas as regras estabelecidas, mormente, as relacionadas à responsabilidade da UNIVEL a orientação técnica do serviço de ensino, cumprimento do calendário escolar, marcação de data para a avaliação de aprendizagem, calendário de provas, fixação de carga horária.

Argumentam, ainda, a autonomia da instituição de ensino superior para dispor sobre a realização das aulas e alteração dos regramentos pedagógicos, como melhor lhe convier, buscando atender o maior número de alunos e, por outro lado, as aulas de prática jurídica constituem uma exigência do Ministério da Educação, cuja realização é considerada fundamental na avaliação institucional do curso.

Utilizando o sistema de ponderação de princípios, apesar da Instituição de Ensino ter autonomia para dispor sobre a realização das aulas, ela poderá encontrar formas de prestação alternativa, seja com a exigência de elaboração de trabalhos jurídicos pelo estudante, com a exigência de plantões no escritório modelo da faculdade ou apresentação de relatórios de audiências, palestras e congressos. Assim, poderá se garantir o direito à liberdade de crença, sem prejudicar outras pessoas, e nem a administração da instituição.

Em seguida, cumpre analisar o caso da Representação ingressada no ano de 1986, pelo Procurador Geral da República para modificar o horário das eleições, para que essa termine após as 18h, quando o sol já se pôs, com o intuito de respeitar seguidores de religiões que guardam o sábado, como os judeus, os adventistas e os sabatistas.

A Representação, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, tem como fundamento a ofensa aos artigos 147, § 1º, 9º, II e 153, § 5º, da Constituição de 1916. Sendo um sábado a data das eleições gerais, estariam diversos grupos religiosos como os judeus, os adventistas e os sabatistas, postos ante o dilema de descumprir a obrigação eleitoral ou o culto daquele dia, que a sua crença lhes impõe. Assim, pediram que outro horário fosse determinado pela Justiça Eleitoral de modo a compatibilizar as exigências do culto sabático.

O pedido foi indeferido por unanimidade sob os argumentos de que estabelecer um horário diferente importaria ao Estado, que é laico e separado da religião, que fizesse uma discriminação favorecedora daqueles que têm uma determinada religião. A concepção da Constituição é de admitir a objeção de consciência, mas que não pode ser levada em conta para induzir a inconstitucionalidade da lei, que dispõe genericamente para todos os cidadãos. O que caberia aos eleitores seria, diante da Justiça Eleitoral, alegar objeção de consciência para se exonerarem das responsabilidades que advêm do descumprimento do dever eleitoral.

O Senhor Ministro Moreira Alves também indeferiu a liminar, com o fundamento de que entre o interesse individual dos seguidores da seita religiosa e o interesse coletivo, este seria evidentemente perturbado com a concessão da liminar, pois teria que se mudar, na antevéspera das eleições, o horário para a coleta de votos em todas as circunscrições eleitorais do Brasil.

Não foi possível verificar em que medida o acréscimo de apenas uma ou duas horas ao horário das eleições perturbaria o interesse individual dos eleitores. Observa-se novamente, que as decisões são superficiais. A alegação na decisão de que os eleitores poderiam ter seus votos justificados em face da objeção de consciência não enfrenta a questão de que o voto é um direito desses eleitores, que não estão pedindo uma escusa para não votar, mas uma solução para que possam votar.

Poderia sim existir uma dificuldade de ordem prática, mas essa seria maior do que o prejuízo causado aos cidadãos brasileiros que estariam impossibilitados de votar e exercer sua cidadania? Hoje esse problema estaria solucionado, pois os artigos 28, 29, II e 77 da Constituição Federal estabelecem que as eleições serão realizadas aos domingos.

Por outro lado, no processo em que licitante desiste de licitação, e lhe é cobrada multa por isso, alegando, dentre outras coisas, que seria por ter descoberto que seria obrigado a trabalhar aos sábados, o que sua religião não lhe permite, não merece prosperar a ação. Isso porque, ao participar da licitação, o autor já sabia que teria que trabalhar aos sábados. Não poderia alegar essa regra, posteriormente, para desistir da licitação. A decisão, portanto, neste caso foi correta e apresentou a colisão entre os fundamentos.

Com relação ao processo em que um professor judeu impetra ação contra Instituição de Ensino onde trabalha, por ter sido obrigado a compensar aulas que não foram dadas por motivo de greve, da qual ele não fez parte, nos dias de sábado, entende-se que não era prática regular no exercício de seu trabalho dar aulas aos sábados, e que essa compensação poderia ser feita sem prejuízos em outro dia.

A decisão julgou procedente o pedido do professor sob argumento de que não se pode impor a ninguém a prática de um ato contrário a sua convicção religiosa, ainda mais quando o autor não se recusa a trabalhar, restringindo apenas o período de sexta-feira após o pôr do sol até sábado no pôr do sol, como período que se dedica a suas atividades religiosas. Assim, fazendo valer o princípio da razoabilidade, a liberdade de crença foi respeitada e acertadamente decidiu o magistrado.

Há, ainda, o processo em que bombeiro ingressa com mandado de segurança contra Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Governo de Rondônia e Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros de Rondônia, em razão de ter sido excluído do curso realizado posteriormente a todas as provas do concurso para provimento de vagas de bombeiro, por se ausentar do posto de serviço e não participar das escalas aos sábados.

Obteve liminar para ser reintegrado e prosseguir no curso, cuja decisão foi confirmada em sede de sentença definitiva. O recurso foi julgado procedente, porém, por maioria absoluta. Os votos vencedores alegaram:

(i) que o apelado sabia das regras do edital do concurso que prestou;

(ii) que apagar incêndio não admite exceção, pois esse sinistro não tem hora nem dia marcado para se manifestar. Por isso que trabalhar aos sábados e domingos é atribuição intrínseca da função de bombeiros, e a própria Constituição não admite discriminação entre aqueles que exercem a mesma função pública;

(iii) que a regra da prestação alternativa do artigo 5º, inciso VIII, não se aplicaria a esse caso, pois o serviço de bombeiro é um serviço que é de livre escolha de cada um, e não um dever imposto, como é o caso do serviço militar obrigatório.

Já o voto vencido teve como fundamentos:

(i) que o apelado jamais estaria obrigado a fazer ou deixar de fazer nada em decorrência de sua religião, senão em virtude de lei, ou seja, seu comportamento - positivo - quanto aos fatos noticiados e que deram origem a este *mandamus*, além de amparado pelo direito natural, também está de passos juntos com o dispositivo constitucional do princípio da legalidade, art. 5º, inc. II. Logo, excepcionalmente, esse seu direito particular se sobrepõe ao interesse público;

(ii) que o dispositivo do art. 5º, inciso VIII, contém uma norma auto-executável, contudo de eficácia contida, uma vez que a Carta Política deferiu o imediato exercício do direito, cabendo à lei, caso conveniente, estabelecer a prestação alternativa;

- (iii) que a liberdade religiosa é verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação; e
- (iv) que em nenhum momento o impetrante-apelado manifestou recusa quanto a trabalhar em dias outros, exceto aos sábados.

Nesse caso, entende-se que, apesar de tanto no voto vencido quanto no voto vencedor, os magistrados terem fundamentado suas decisões em alguns argumentos falhos e insustentáveis, como o de que o impetrante sabia das regras do edital, há outros argumentos que são essenciais para o deslinde da questão. É importante observar que, atribuindo uma ponderação de princípios a esse caso concreto, conclui-se que a decisão não poderia ser outra senão a de excluir o concursado do certame. Isto porque, a profissão de bombeiro faz realmente parte do conjunto de profissões em que deve haver uma disponibilidade integral, pois se trata de salvar vidas, que é um princípio maior e mais importante. Como argumenta o Desembargador Eliseu Fernandes, imagine todo o corpo de bombeiros professando a mesma religião e se recusando a apagar, no sábado, um grande incêndio.

Por fim, o último caso encontrado com a busca de jurisprudência deste trabalho é o processo em que dono de estabelecimento, que se encontra dentro de condomínio, quer ter o direito de fechá-lo aos sábados por ser adventista do sétimo e ter esse dia como dia de guarda. O processo foi julgado improcedente por unanimidade sob os seguintes argumentos:

- (i) que não configura ofensa ao direito de liberdade de crença religiosa, a obediência à disposição do regulamento interno do condomínio quanto ao horário de abertura de estabelecimento comercial, aos sábados;
- (ii) que a aceitação da escusa de consciência, alegada por adventista, caracterizaria ato discriminatório, configurando uma desigualdade de tratamento não amparada pela lei maior, em confronto ao princípio da igualdade, eis que inexistente uma justificativa objetiva e razoável a amparar o desejo de não abrir o estabelecimento, uma vez que é perfeitamente possível delegar essa tarefa a outrem, de tal forma a lhe possibilitar exercer seu direito de, aos sábados, dedicar-se às práticas religiosas; e
- (iii) que a convenção do condomínio, quando aprovada, se torna obrigatória para todos os condôminos.

Os argumentos utilizados nesta decisão tampouco se caracterizam por sua consistência e ponderação de princípios ou regras. A obediência a regulamento interno de condomínio pode configurar ofensa ao direito de liberdade de crença, pois estaria se impondo uma obrigação sem garantir uma prestação alternativa. O argumento de que é possível delegar a tarefa a outro, também não é válido, visto que pelas regras da religião não se pode lucrar com trabalhos realizados por outros aos sábados. O terceiro argumento não se poderia afirmar que é de fato um argumento, visto que, sabe-se que a convenção seria obrigatória, mas a ação tinha justamente o propósito de anular um de seus dispositivos.

No entanto, entende-se que a principal questão deste caso concreto é a de que todos os outros condôminos serão prejudicados se o estabelecimento que funciona dentro do condomínio não abrir aos sábados. Ainda mais por se tratar de sábado, dia em que a maioria das pessoas está em casa. É possível afirmar então, que de acordo com a ponderação de valores, todos os moradores do condomínio não podem se ver prejudicados em razão da liberdade religiosa de um deles.

Com efeito, a solução de questões que envolvem liberdade de crença e feriados religiosos não é só levada ao judiciário, mas também buscada através de outros órgãos. Nesse sentido, alguns Estados aprovaram leis determinando que as provas de concursos públicos e

exames vestibulares, em todo o Estado, sejam aplicados de domingo à sexta-feira entre 8h e 18h. E que as instituições de educação deverão abonar as faltas de alunos que não comparecem às aulas entre 18h de sexta-feira e 18h do sábado, por motivo de crença religiosa, desde que o aluno realize tarefas alternativas. Esse é o caso das leis: Lei Municipal 073/2006, do Amazonas; leis 6.140/98 e 6.468/2002, do Pará; leis 1012/2001 e 1631/2006, de Rondônia; e lei 268/2002, do Maranhão.

No Rio de Janeiro, com a lei 1.410/1989, "Lei Gomlevky", foi instituído que "os servidores do Poderes Legislativo e Executivo, da Administração Direta e Indireta, que professam a religião judaica, ficam dispensados de assinar ponto nos dias determinados à observância de YOM KIPPUR, PESSACH e ROSH HASHANÁ. Serão computados como de efetivo exercício, estes dias, não acarretando ao servidor prejuízos de seus direitos e vantagens".

Além disso, a lei 2.874/1997 instituiu que "fica autorizado o Poder Executivo Estadual a dispensar os funcionários, que professam a religião judaica nos dias determinados à observância de Yom Kippur, Pessach e Rosh Hashaná". E ainda, através de convenção coletiva entre o sindicato das entidades mantenedoras de estabelecimentos de ensino superior do Estado do Rio de Janeiro e o sindicato dos professores do Município instituiu-se que "não serão descontadas dos salários dos professores Israelitas as ausências nos dias de feriados judaicos, a saber: Dia do Perdão e Ano Novo Judaico. Além das dispensas aos funcionários públicos.

Através de decisão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também se decidiu a favor da liberdade de crença, estipulando-se que há o direito ao adiamento de audiências nas quais tenham de comparecer advogados judeus, para o dia de YOM KIPUR, desde que requerido com antecedência.

É passível de crítica, no entanto, as leis que instituem que os concursos públicos somente deverão ser realizados entre domingo e sexta-feira, entre as 8h e 18h, pois trazem flagrante prejuízo aos outros cidadãos, já que a realização em finais de semana tem justamente a finalidade de abranger o maior número de pessoas.

Conclusões

Conclui-se que, em relação aos feriados que foram instituídos em lei, não há no ordenamento jurídico regras suficientemente claras e fundamentadas sobre criação e revogação. Apenas o fato de existir uma lei federal impondo que os feriados civis serão instituídos em lei federal e os religiosos, em lei municipal, no número máximo de quatro, incluindo a Sexta-feira da paixão, não é suficiente para dirimir todas as dúvidas e conflitos causados. Nesse sentido, faz-se necessária a adoção de critérios claros para que as outras religiões não se sintam menos prestigiadas e para não ferir o princípio da laicidade.

Constata-se que, para garantir a liberdade de crença de cada religião e a não interferência do Estado na esfera religiosa, o melhor seria a adoção de feriados religiosos pessoais. O Estado só decretaria feriados civis e a cada um caberia a escolha de três ou quatro dias especiais no ano, de acordo com sua crença ou com seu dia de preferência, caso a pessoa fosse atéia ou agnóstica. Isso seria bom não só para os religiosos em geral, que poderiam celebrar suas datas especiais, como para os empresários que não teriam que fechar suas empresas, já que os empregados não teriam o mesmo dia como feriado.

Com relação aos feriados não instituídos em lei, acredita-se que o judiciário não tem fundamentado suas decisões, na maioria das vezes, de forma a exaurir o conflito apresentado nos casos concretos; ao contrário, tem apresentado argumentos somente com o intuito de se esquivar dos casos concretos, sem nenhuma sensibilidade.

É preciso se desprender da linha de raciocínio romano-germânica e aplicar a nova interpretação constitucional, atribuindo valores aos princípios e regras, e utilizando a ponderação pautada pelo princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Assim, somente haverá uma boa, racional e clara decisão, se forem analisadas todas as especificidades de cada caso concreto, utilizando-se a ponderação para determinar se em razão de deferir-se uma liminar a um praticante de determinada religião em favor da liberdade de crença, não se estará prejudicando ou ferindo o direito de outros. Essa análise não deve ser utilizada somente pelo judiciário, mas também pelos outros órgãos, para que não sejam elaboradas leis que ao tentarem garantir a liberdade religiosa prejudiquem o direito de centenas de pessoas, como é o caso das leis que delimitam a possibilidade de realização de provas de concursos públicos e exames vestibulares ao período entre domingo e sexta-feira entre 8h e 18h.

Referências

- 1 - BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil. Nº 10, ano 2003.
- 2 - Brodbeck, Rafel Vitola. Apreciação da constitucionalidade dos feriados religiosos católicos e face do princípio do Estado laico na Carta Política do Brasil. *Net. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 462, 12 out. 2004.
- 3 – GARCIA, Gilberto. Feriados religiosos num país laico. **Net.** Publicado no jornal O Globo em 17/04/2007. [HTTP: //oglobo.com/opinião/mat/2007/04/17/295393034.asp](http://oglobo.com/opinião/mat/2007/04/17/295393034.asp)
- 4 – JÚNIOR, Bruno Heringer. *Objeção de Consciência e Direito Penal. Justificação e limites.* Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007.
- 5 - Martel, Leticia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: Cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro. 56p. Doutorado em Direito Público. Direito. Universidade Estadual do Rio de Janeiro
- 6 – NETO, Jayme Weingartner. *Liberdade Religiosa na Constituição. Fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos.* Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.
- 7 - Soriano, Aldir Guedes. Mais um feriado religioso? **Net.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1408, 10 maio 2007