



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
NÚCLEO DE PROJETO DE MONOGRAFIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**YURI ALMEIDA BELCHIOR TISI**

**LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* REALIZAÇÃO DE  
CONCURSOS PÚBLICOS E VESTIBULARES: A  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO  
DESCANSO SEMANAL**

Brasília – DF

2011

**YURI ALMEIDA BELCHIOR TISI**  
2062561-3

**LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* REALIZAÇÃO DE  
CONCURSOS PÚBLICOS E VESTIBULARES: A  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO  
DESCANSO SEMANAL**

Relatório monográfico apresentado à banca examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCeub, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação da professora Dra. Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília – DF

2011

Agradeço, primeiramente, à minha orientadora, professora Christine Peter, pelo auxílio que foi de grande valia à pesquisa e elaboração da monografia, bem como aos meus professores que contribuíram para a realização da pesquisa, Dra. Alice Rocha, Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Dr. André Pires Gontijo. Também agradeço a todos os funcionários e professores do UNICEUB pela dedicação em prol da excelência no ensino jurídico brasileiro.

Ofereço imensa gratidão, acima de tudo, ao Senhor Deus Criador de todo o Universo, àquele que é antes de todas as coisas e, através do seu Santo Espírito, iluminou todos os passos desta pesquisa em defesa da liberdade religiosa. Agradeço também aos amigos Emerson Rafael Santos da Silva e Alan Klaubert Bezerra, e às mulheres da minha vida, minha mãe Simone e minha noiva Annelise Schmitke, bem como ao meu sogro, Pr. Adalberto Azevedo, e toda a sua família.

## EPÍGRAFE

*“Mas, para os que, baseados no Evangelho, acreditavam que o dia do Senhor foi marcado por Deus para seu próprio culto, a questão do tempo não pode ser modificada nem olvidada.”*

**John Locke**

*“De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa.”*

**Rui Barbosa**

## RESUMO

Pesquisa a respeito do direito fundamental ao descanso semanal, que supõe reflexão sobre a eficácia e concretude do direito fundamental da liberdade de religião, em face da realização de concursos públicos e vestibulares. O presente estudo decorre da necessidade de compreender o sentido e alcance do descanso semanal sob a óptica da concepção material da Constituição, a qual confere a possibilidade de inclusão de normas de direito internacional que tratam de direitos humanos, notadamente o direito de descanso semanal, segundo a tradição preestabelecida pela religião adotada pelo indivíduo. A hipótese central do trabalho situa-se em demonstrar os equívocos cometidos pelos tribunais, especificamente na má utilização da proporcionalidade como método de interpretação de princípios, como também a existência do limite dos limites quanto à proteção do núcleo essencial do direito fundamental ao descanso semanal. O presente relatório monográfico utilizará a metodologia analítico-dogmática através das técnicas de levantamento documental e bibliográfico, a qual inclui pesquisa na jurisprudência, legislação, doutrina e dados históricos. Busca-se investigar a necessidade de utilização do método hermenêutico da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, para com isso chegar-se a uma solução consistente no sopesamento de princípios colidentes. Quanto à garantia constitucional de inclusão de normas de direito internacional (art. 5º, §2º, da CF), as quais versam sobre direitos humanos, no ordenamento jurídico, serão apresentadas as teorias monista e dualista, segundo a óptica de Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet, Cançado Trindade e Valerio de Oliveira Mazzuoli, bem como a interpretação heterodoxa defendida por Celso de Albuquerque Mello. Diversamente, há a posição capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, segunda a qual o recebimento das referidas normas internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro, terá *status* de supralegalidade. Tais posições serão imprescindíveis para determinar o *status* que as normas de direito internacional, em que o Brasil seja signatário, e que versem sobre direitos humanos, irão ocupar no ordenamento jurídico, bem como as consequências jurídicas disso para atribuição da fundamentalidade do descanso semanal. Ao final, pode-se concluir pela necessidade precípua de aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade no sopesamento de princípios, conforme preconizado por Robert Alexy, porquanto afasta, em regra, a possibilidade de decisões equivocadas, que tenham sido formuladas por métodos retóricos, destituídos de metodologia sistêmica suficientemente capaz de legitimar racionalmente a concretização por via interpretativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional; direitos humanos; direitos fundamentais; descanso semanal; liberdade religiosa; concepção material da Constituição.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
art.	Artigo
CF	Constituição de República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
coords.	coordenadores
d.C.	depois de Cristo
Des.	Desembargador
EC	Emenda Constitucional
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
EUA	Estados Unidos da América
Êxo.	Êxodo
Hb.	Hebreus
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Isa.	Isaías
m.v.	maioria de votos
MEC	Ministério da Educação
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
Nee.	Neemias
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
un.	unanimidade de votos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>5</b>
1.1. Definição .....	5
1.2. Dimensões .....	6
1.3. Características .....	8
1.4. Funções.....	9
1.5. Estrutura normativa .....	10
1.6. Proteção.....	14
1.7. O princípio da aplicabilidade imediata e a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais .....	17
1.8. Concepção material dos direitos fundamentais .....	19
1.8.1. Constituição materialmente aberta.....	19
1.8.2. <i>Status</i> de supralegalidade.....	25
<b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO.....</b>	<b>26</b>
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	26
2.2. Princípios da liberdade de consciência, crença e religião .....	29
2.3. Princípio da separação e Estado laico. ....	33
2.4. Princípios da igualdade e isonomia. ....	40
2.5. Princípios da legalidade, impessoalidade e finalidade .....	42
<b>3. DIREITO FUNDAMENTAL AO DESCANSO SEMANAL E A REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS E VESTIBULARES .....</b>	<b>44</b>
3.1. Direito fundamental ao descanso semanal .....	44
3.1.1. Origem histórica e divergências doutrinárias .....	44
3.1.2. Legislação constitucional e infraconstitucional .....	51
3.1.3. Normas de direito internacional.....	56
3.1.4. Fundamentalidade do descanso semanal. ....	58
3.2. Concursos públicos e vestibulares: definição, princípios e competência.....	60
3.3. A voluntariedade do fiel e a neutralidade axiológica do Estado. ....	62
<b>4. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....</b>	<b>66</b>
4.1. Análise jurisprudencial.....	66
4.2. Princípios de interpretação constitucional.....	69
4.3. A máxima da proporcionalidade na colisão de princípios .....	70
4.4. Incidência concreta da máxima da proporcionalidade .....	72



<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>APÊNDICE A – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL .....</b>	<b>83</b>
<b>APÊNDICE B – JURISPRUDÊNCIA E INFORMATIVOS DO STF .....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

O problema proposto trata da eficácia do direito fundamental da liberdade religiosa, considerando-se a sua aplicabilidade imediata e a força normativa dos tratados de direito internacional de direitos humanos, que versam a respeito da questão do descanso semanal religioso. Na problemática proposta, evidencia-se materialmente uma colisão de direitos fundamentais, de um lado a dignidade da pessoa humana, a liberdade de religião, acesso à educação e aos cargos públicos, e de outro lado, a igualdade (isonomia) e a legalidade.

Existem aqueles que, por motivo de convicção íntima, conforme os ditames de sua fé (como judeus, adventistas do sétimo dia e outros guardadores do sábado) são obstados de realizar provas de concursos públicos e exames de vestibulares nos dias destinados à guarda religiosa – dias destinados às atividades sacras e não seculares. Estariam, pois, privados de ter acesso à educação e a cargos públicos pelo fato do dia de guarda, determinado por suas doutrinas religiosas, coincidir com a data designada para a realização de provas de concursos e exames vestibulares?

O Judiciário, a partir de uma interpretação hermenêutico-constitucional acerca do princípio fundamental da liberdade religiosa, tem concedido, em alguns casos, prestação alternativa para que esse direito não seja infringido. Todavia, a justificativa para denegar a referida medida alternativa tem sido a alegação de que há uma barreira, qual seja, o princípio de separação entre Estado e Igreja. Nesse sentido, verifica-se o descumprimento do princípio da liberdade de crença, atingindo o seu núcleo essencial, isto é, o seu mínimo existencial, dando azo a inúmeras ações judiciais. Também têm ocorrido inúmeras manifestações jurisdicionais favoráveis, concedendo medida alternativa, possibilitando ao candidato ficar confinado e incomunicável até o horário do pôr-do-sol – horário que assinala o início/fim do dia religioso de guarda.

Em se tratando de concursos públicos, ainda que o ente delegado que organize seja uma instituição privada, trata-se de uma relação cidadão/Estado – eficácia vertical do direito fundamental ao descanso semanal. Em se tratando de universidades públicas, trata-se, novamente, de uma relação cidadão/Estado – eficácia vertical. No tocante às instituições de ensino privadas, temos, aparentemente, uma relação privada, isto é, uma relação cidadão/cidadão – eficácia horizontal ou contra terceiros. Todavia, considerando que as universidades privadas de ensino são instituições delegadas pelo Poder Público, pois devem atender às condições dos incisos I e II, do art. 209, da CF, trata-se de eficácia vertical. Assim, o objeto se limitará à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Ademais, pouco se tem dito e estudado sobre o tema proposto, o que não o desqualifica, pelo contrário, traz grande relevância, sobretudo a respeito da repercussão geral que incute toda e qualquer decisão no âmbito dos direitos fundamentais. Para a sociedade, servirá como paradigma concretizador acerca da necessidade de respeito ao direito fundamental do descanso semanal (religioso). Para a comunidade jurídica e acadêmica, certamente irá despertar a necessidade de outras abordagens dessa temática, como também propiciar uma compreensão intrínseca acerca do descanso semanal inserido no contexto do princípio da liberdade de religião. Não menos importante, para mim, que sou adventista do sétimo dia, a pesquisa serviu-me de grande valia às minhas próprias convicções e compreensões acerca dos direitos fundamentais na óptica internacional.

Tendo em vista a problemática apresentada, será de suma importância a abordagem de uma Teoria dos Direitos Fundamentais, destacando-se, entre outros, autores como Gilmar Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade, Konrad Hesse, Paulo Gustavo Gonet Branco, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Já quanto aos direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão, as principais premissas pairam sobre a liberdade religiosa e o princípio da separação entre Estado e Igreja, para cuja análise serão trazidas argumentações de autores como Aldir Guedes Soriano, Jayme Weingartner Neto, Jónatas Machado, Jorge Miranda e Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro.

Acerca da concepção material da Constituição, veremos as diferenças entre as teorias monista e dualista segundo a visão de autores como Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Ingo Wolfgang Sarlet. Em suma, segundo a teoria monista, os tratados internacionais, do qual o Brasil seja signatário, dispensariam o procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF), ao passo que, segundo a teoria dualista, haveria a exigência do procedimento formal incorporatório. Em ambos os casos a norma de direito internacional adquirirá *status* de norma constitucional.

Há também a interpretação heterodoxa defendida por Celso de Albuquerque de Mello, segundo a qual as normas de direitos internacional devem prevalecer sobre o ordenamento jurídico constitucional, mesmo quando uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma de direito internacional constitucionalizada.

Em sentido contrário às posições acima referidas, Gilmar Mendes aponta que, segundo precedente do STF, o qual decidiu sobre o não cabimento da prisão civil do depositário infiel, vedada pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, os tratados de direito internacional em que o Brasil seja signatário, que versem sobre direitos humanos, não ratificados pelo procedimento

formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF), terão *status* de supralegalidade. Tais posições, acerca da incorporação de normas de direito internacional ao ordenamento jurídico, visam erigir o descanso semanal religioso ao *status* de norma de direito fundamental, segundo o disposto nas normas internacionais que dispõem sobre o descanso semanal conforme os preceitos adotados por esta ou aquela religião.

No âmbito da problemática proposta, destaca-se a máxima da proporcionalidade preconizada pelo jurista Robert Alexy. Tecer-se-ão considerações acerca da dogmática apresentada pelo alemão, seguindo-se de uma aplicação ao caso concreto, a qual terá como objetivo precípuo uma justificativa metódica, no âmbito da hermenêutica constitucional, objetivando demonstrar a sua eficiência no sopesamento de princípios.

A pesquisa jurídica se valerá da metodologia de pesquisa analítico-dogmática<sup>1</sup>, perquirindo, na definição e estrutura normativa dos direitos fundamentais, uma investigação acerca do sistema jurídico-constitucional e sua relação com o direito fundamental ao descanso semanal, sob a óptica da liberdade religiosa, destacando, para tanto, a necessidade de elucidar parâmetros jurídico-conceituais no âmbito da efetividade do princípio da proteção ao núcleo essencial, mais especificamente no método de interpretação de sopesamento de princípios, porquanto será apresentada a definição conceitual e incidência prática da já mencionada máxima da proporcionalidade de Alexy. Para tanto, valer-se-á da técnica de levantamento documental e bibliográfica, a qual inclui pesquisa na jurisprudência, legislação, doutrina e dados históricos.

No primeiro capítulo, serão feitas considerações acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais, o princípio da aplicabilidade imediata, bem como o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, ao final, a concepção material dos direitos fundamentais, em que serão abordadas as teorias monista e dualista, bem como a interpretação heterodoxa e o *status* de supralegalidade. Tais posições, em suma, serão importantes para definir o *status* que as normas de direito internacional, que versem sobre direitos humanos, irão ocupar no ordenamento jurídico, bem como as consequências práticas disso para atribuição da fundamentalidade ao descanso semanal.

Já no segundo capítulo, serão apresentados os direitos fundamentais e princípios constitucionais presentes na colisão de princípios evidenciada na problemática apresentada. Entre os direitos fundamentais, veremos a dignidade da pessoa humana, liberdade de consciência, crença e religião, princípio da separação e Estado laico, igualdade (isonomia) e

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, ver a perspectiva dos direitos fundamentais como categoria dogmática apresentada por J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1253.

legalidade. No rol dos princípios constitucionais da Administração Pública, veremos o princípio da legalidade estrita, finalidade e impessoalidade. O estudo do conteúdo dos referidos princípios será, pois, de suma importância para o sopesamento de princípios em colisão doravante abordados.

No terceiro capítulo, veremos as origens históricas e divergências doutrinárias do descanso semanal, apresentando argumentos oriundos das mais diversas confissões religiosas existentes, ainda que minoritárias. Adiante, apresentaremos as normas que tratam do assunto, no âmbito nacional e internacional, os quais versam, entre outros assuntos, a respeito do princípio da liberdade religiosa e do direito de observar dias de descanso semanal conforme os preceitos religiosos. Por conseguinte, retomaremos alguns conceitos para compreender a fundamentalidade inerente ao descanso semanal à luz do disposto nas normas de direito internacional, isto é, o direito de descansar segundo os preceitos desta ou daquela religião. Ao final, abordaremos a questão da voluntariedade do fiel de escolher (ou não) livremente determinada religião, e a neutralidade axiológica do Estado em matéria de fé.

Serão analisados, no último capítulo, os julgados relevantes que apreciaram (e estão apreciando) questões relativas ao direito fundamental ao descanso semanal à luz da liberdade religiosa. Ainda, no que concerne ao método hermenêutico proposto como solução para a colisão de princípios, instrumentalizado pela máxima da proporcionalidade, serão delineados seus contornos dogmáticos, os quais serão demonstrados concretamente em face dos princípios colidentes.

Nesse sentido, portanto, convidam-se todos aqueles que intentam compreender o significado de descanso semanal, relativamente à sua proteção conferida como norma de direito fundamental, sobretudo quanto à concretude que deverá ser conferida nas decisões e atos do Poder Público, em especial na realização de concursos públicos e vestibulares.

Outrossim, não é, e nem pretende ser o objeto deste relatório monográfico, uma defesa de determinada(s) crença(s), mas, contudo, uma exposição teórica e procedimental acerca da eficácia e concretude do direito fundamental ao descanso semanal, em outros termos, o dia de guarda religioso, sobretudo acerca do acesso à educação e aos cargos públicos.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1. Definição

Os direitos fundamentais assumem hoje, na Constituição Federal de 1988, um papel extremamente relevante, na medida em que constituem o núcleo essencial da Constituição. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, “O avanço que o direito constitucional apresente hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”<sup>2</sup>. Por conseguinte, segundo esta definição, os direitos fundamentais assumem papel precípua na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos fundamentais, tomados em seu sentido material – fundamentalidade material – são pretensões, conforme determinado momento da história, que “se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”<sup>3</sup>.

Há que se fazer, num primeiro momento, a distinção que o constituinte de 1988 adotou para distinguir princípios fundamentais de direitos e garantias fundamentais. Por princípios fundamentais entendem-se os positivados no Título I – Dos Princípios Fundamentais – que compreende os arts. 1º a 4º da Constituição Federal.<sup>4</sup> Já os direitos e garantias fundamentais referem-se ao Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – que compreende: os direitos e deveres individuais e coletivos (Cap. I, art. 5º); direitos sociais (Cap. II, arts. 6º a 11); direitos de nacionalidade (Cap. III, arts. 12 e 13); direitos políticos (Cap. IV, arts. 14 a 16); e direitos dos partidos políticos (Cap. V, art. 17).<sup>5</sup> Não obstante, são todos direitos fundamentais.

Muitas expressões têm sido empregadas para conceituar os direitos fundamentais, entre elas direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.<sup>6</sup>

Por direitos naturais, entendem-se os direitos inerentes ou inatos à natureza do homem. Todavia, não se compreende os direitos naturais como inatos, mas sim como positivados e

---

<sup>2</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 153.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 159. No mesmo sentido, explica-se a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, como a consagração de um conjunto de direitos fundamentais que reside na intenção específica de explicar a dignidade da pessoa humana. In: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 85.

<sup>4</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, p. 384.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>6</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175.

impostos pela soberania do Estado. Direitos humanos são, pois, direitos inerentes à pessoa humana, muito utilizados nos documentos e tratados internacionais. Já por direitos individuais tem-se a remissão ao sujeito individualmente considerado, tendo como exemplo o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.<sup>7</sup>

Os “Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, com a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem”<sup>8</sup>. Tais conceitos individualistas se tornam insuficientes para conceituar direitos fundamentais. No que pertine a liberdades fundamentais ou liberdades públicas também se revelam insuficientes, tendo em vista que são conceitos pobres e ligados à concepção dos direitos públicos subjetivos e direitos individuais na concepção do Estado Liberal. A definição, direitos fundamentais do homem, revela-se mais adequada, sendo sinônimo de direitos fundamentais, apenas com a ênfase na pessoa humana.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais “constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”<sup>10</sup>. Em outras palavras, os valores aqui consagrados são superiores às demais normas constitucionais e infraconstitucionais, possuindo *status* jurídico destacado. Vale lembrar ainda que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, *ex vi* do art. 60, §4º, da CF, o que impede que sejam suprimidos ou revogados, sejam propriamente os direitos fundamentais ou seus derivados, por ato do poder constituinte derivado.<sup>11</sup>

Merece também especial destaque a definição de direitos individuais (também direitos fundamentais), que são os direitos concernentes às pessoas físicas e estão arrolados no art. 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais ou, na concepção de José Afonso da Silva, direitos fundamentais do homem-indivíduo, “(...) são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”<sup>12</sup>

## 1.2. Dimensões

Os direitos fundamentais podem ser divididos em gerações ou dimensões de direitos. A terminologia gerações é demasiadamente equivocada, na medida em que traz o

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 176-178.

<sup>10</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 77.

<sup>11</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>12</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 191.

entendimento de que os direitos fundamentais foram substituídos ao longo da história, o que não se coaduna com o entendimento de que os direitos fundamentais encontram-se em constante processo de transformação.<sup>13</sup> Nesse sentido, em que pese alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides<sup>14</sup> e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>15</sup>, terem adotado a terminologia “gerações”, seguiremos a terminologia “dimensões” preconizada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>16</sup>.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos fundamentais podem ser divididos em três dimensões de direitos. A primeira abarca os direitos expressos nas revoluções americana e francesa, exprimindo uma prestação negativa, um não fazer do Estado. O homem individualmente considerado. Advinda a Revolução Industrial, surgiram reclamos sociais por um fazer do Estado, regulamentando as relações sociais, dando surgimento à segunda dimensão. Surgem os direitos sociais, os quais exigem prestações materiais do Estado para propiciar condições fáticas que diminuam as desigualdades existentes<sup>17</sup>. Nos direitos de terceira dimensão, nasce a preocupação com o meio ambiente, a paz, o desenvolvimento e a fraternidade, passando a titularidade à coletividade, que a exerce difusamente.<sup>18</sup>

Paulo Bonavides entende haver uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Segundo o autor, a globalização política na esfera da normatividade jurídica é o marco da desta dimensão, a qual se caracteriza pelo direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Haveria, portanto, com o neoliberalismo e a globalização econômica, cultural e política, uma universalização de direitos introduzidos.<sup>19</sup> Defende ainda a existência de uma quinta dimensão, a qual erige o direito à paz a uma nova categoria de direitos fundamentais, porquanto entende que a “dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos (...)”<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 53.

<sup>14</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 562-593.

<sup>15</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 155-156.

<sup>16</sup> Ingo aduz que “(...) é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas ao próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optaremos por perfi-lhas, na esteira da mais moderna doutrina. (...)” *In: op. cit.*, p. 45.

<sup>17</sup> Vale lembrar que “A implementação das prestações materiais e jurídicas exigíveis para a redução das desigualdades no plano fático, por dependerem em grande medida da disponibilidade orçamentária do Estado (“reserva do possível”), faz com que estes direitos tenham menos efetividade que os direitos de primeira dimensão.” *In: Marcelo Novelino, Direito constitucional*, p. 355.

<sup>18</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 155-156.

<sup>19</sup> Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 570-572.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 579-583



Tem relevância para a presente pesquisa – dimensões dos direitos fundamentais – sobretudo para compreender a concretização do direito fundamental ao descanso semanal, a diferença entre direitos fundamentais de defesa e prestacionais, pois, conforme veremos adiante, os princípios abordados podem se revestir desta ou daquela dimensão. Assim, a título de exemplo, os princípios da separação, isonomia, legalidade e liberdade de consciência, possuem, em regra, natureza de defesa, ao passo que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, revestem-se, em regra, de natureza prestacional. É claro que, para auferir precisamente a natureza do direito fundamental, é necessário analisar o princípio à luz do caso concreto, o que será visto adiante.

### 1.3. Características

No que pertine às características, os direitos fundamentais são relativos, não-universais, inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, constitucionalizados e vinculados aos Poderes Públicos.<sup>21</sup>

São, pois, relativos<sup>22</sup>, porquanto podem sofrer restrições ou limitações, como *v.g.* o direito à vida (princípio da dignidade da pessoa humana) no que pertine à vedação da pena de morte que, excepcionalmente, é admitida em caso de guerra formalmente declarada (art. 5º, XLVII, a, da CF). São não-universais por não serem aplicáveis a todas as pessoas. O direito à vida, por exemplo, aplica-se a todas as pessoas, mas os direitos dos trabalhadores aplicam-se apenas a estes.<sup>23</sup>

Inalienáveis são direitos que não comportam compra, venda, cessão, doação, enfim, qualquer espécie de disposição patrimonial<sup>24</sup>, tendo em vista que “não são de conteúdo econômico-patrimonial”<sup>25</sup>. Aos titulares de direitos fundamentais não é possível exercer o direito de renunciar (irrenunciabilidade). O seu titular pode até deixar de exercê-lo (exercício

---

<sup>21</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 161-163 e José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 181.

<sup>22</sup> Para José Afonso da Silva, “Seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão legal”. *In: Curso de direito constitucional positivo*, p. 181-182. Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais são, em regra, relativos, mais no caso da proibição à tortura e tratamento desumano ou degradante, são direitos fundamentais absolutos, devendo ser exercidos irrestritamente. *In: Curso de direito constitucional*, p. 406-407.

<sup>23</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 161-163.

<sup>24</sup> De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 720 e 733.

<sup>25</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

do direito), mas não se admite que seja renunciado.<sup>26</sup> Em se tratando de indisponibilidade, isto é, da inviabilidade de abrir mão do exercício dos direitos fundamentais (irrenunciabilidade), pode haver certas limitações, como *v.g.* quando a liberdade de expressão cede ao sigilo no exercício profissional, ou a liberdade de expressar qualquer fé encontra óbice quando o fiel decide fazer parte de determinada religião.<sup>27</sup>

A constitucionalização é *conditio sine qua non* dos direitos fundamentais. Sem constituição não há que se falar em direitos fundamentais. É justamente aqui que reside a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, na medida em que os direitos fundamentais devem estar positivados, e, no Brasil, estão na Constituição Federal, ao passo que os direitos humanos são de ordem *jusnatural* e índole filosófica, não reclamando a sua positivação como característica elementar. Em decorrência do *status* constitucional, há a vinculação aos Poderes Públicos – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, todos os atos praticados nas três esferas de poder devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, sob pena de invalidação dos mesmos.<sup>28</sup>

#### 1.4. Funções

Relativamente às funções inerentes aos direitos fundamentais, inspirada na teoria dos quatro *status* da obra de G. Jellinek<sup>29</sup>, estes podem ser divididos em direitos de defesa e direitos prestacionais. Alguns entendem, ao contrário dos juristas Robert Alexy<sup>30</sup> e J. J. Gomes Canotilho<sup>31</sup>, existir uma terceira categoria, que são os direitos de participação<sup>32</sup>, os quais se referem aos direitos políticos dos cidadãos na formação da vontade do Estado.<sup>33</sup> Para nós, importante apenas compreender a distinção entre os direitos de defesa contra atos do Estado contra os indivíduos e direitos de exigir uma atuação prestacional do Estado em face das necessidades sociais.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>27</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 164-166.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 166-167.

<sup>29</sup> “No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado.” *In*: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 177.

<sup>30</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 433-511.

<sup>31</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 407-409.

<sup>32</sup> Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 85; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 155-157; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 192; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 178.

<sup>33</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 180.

Os direitos de defesa reclamam um não fazer do Estado, no sentido de promover uma abstenção de intervenção do Estado na esfera individual dos cidadãos.<sup>34</sup> Como exemplos, podemos tomar as liberdades positivadas no art. 5º da Constituição Federal: liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV), liberdade de crença e de exercício de culto (inciso VI), liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII), entre outros.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, os direitos de defesa cumprem sua função em uma dupla perspectiva – objetiva e subjetiva:

*“(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”<sup>35</sup>*

Os direitos prestacionais reclamam um *facere* do Estado, que deve propiciar condições materiais suficientemente capazes de garantir os direitos sociais. São, pois, direitos que devem ser realizados por intermédio do Estado, ou seja, uma exigência positiva. Estes podem ser de cunho prestacional jurídico – exigem uma normatização do Estado quanto ao bem jurídico protegido pelo direito fundamental – ou de cunho material – exigem uma prestação material do Estado visando diminuir as desigualdades existentes – os quais se encontram no rol de direitos sociais do art. 6º, *caput*,<sup>36</sup> da Constituição Federal.<sup>37</sup>

### 1.5. Estrutura normativa

Primeiramente, cumpre traçar uma breve distinção entre regras e princípios, porquanto imprescindível para a compreensão do arcabouço teórico no âmbito da fundamentação dos direitos fundamentais. Constitui esta distinção uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, servindo como resposta a indagações acerca das possibilidades e limites no espectro dos direitos fundamentais. Assim, pode-se dizer que a distinção entre regras e princípios consubstancia-se em um dos pilares para a compreensão da teoria dos direitos

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>35</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 408.

<sup>36</sup> “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>37</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 180.

fundamentais. Para além de uma distinção precisa entre regras e princípios, traçaremos doravante uma utilização sistemática dessa distinção.<sup>38</sup>

Tanto regras como princípios são normas, na medida em que dizem o que deve ser, ou seja, podem ser expressas por proposições deonticas básicas do dever-ser, da permissão e da proibição. Assim, tanto os princípios quanto as regras são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.”<sup>39</sup> A distinção, portanto, é fundada entre duas espécies de normas – regras e princípios.<sup>40</sup>

Segundo o critério da generalidade, os princípios possuem elevado grau de generalidade, ao passo que nas regras, o grau de generalidade é baixo. Como exemplo, temos a norma-princípio que garante a liberdade de crença, a qual possui grau de generalidade relativamente elevado. Nas regras, podemos citar o direito que todo preso tem de converter outros presos à sua crença. Assim, segundo o critério da generalidade, pode-se classificar a primeira norma como princípio, e a segunda norma como regra.<sup>41</sup>

Traçando uma distinção qualitativa, os princípios são mandamentos de otimização, na medida em que “(...) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (...)”<sup>42</sup>, haja vista que a sua satisfação far-se-á em níveis variados, sendo que a medida satisfativa não depende apenas, e tão somente, das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>43</sup> Já quanto às regras, estas podem ou não podem ser satisfeitas. Deve-se fazer exatamente o que lhes é exigido, não podendo sua satisfação situar-se além ou aquém das determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>44</sup>

O conflito entre regras, por sua vez, somente pode ser solucionado pelo critério de validade ou pela cláusula de exceção. A cláusula de exceção resolve o conflito antinómico entre duas regras, permitindo que ambas continuem vigorando no ordenamento jurídico. Caso contrário, tendo em vista não ser possível validar dois juízos concretos e contraditórios na esfera do dever-ser (deontologia), uma das regras deve ser declarada inválida.<sup>45</sup> A problemática que envolve o conflito antinómico pode ser solucionado segundo o critério

<sup>38</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 85-86.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

<sup>45</sup> Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 92-93. Para Ronald Dworkin, as regras são aplicáveis na regra do “tudo-ou-nada”, ou é válida ou não é. *In: Levando os direitos a sério*, p. 39.

cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), e critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*).<sup>46</sup>

Diversamente, na colisão principiológica, um dos princípios terá que ceder, mas isso não significa que um dos princípios será declarado inválido, nem que haverá cláusula de exceção introduzida. Os princípios, quando aferidos *in concreto*, possuem diferentes pesos, e o princípio com maior peso prevalecerá sobre o outro. Assim, ao contrário das regras, em que o conflito se resolve na dimensão da validade, nos princípios a colisão se resolve na dimensão do peso. A solução, portanto, dar-se-á através do sopesamento de interesses.<sup>47</sup>

Para uma solução adequada, na hipótese de uma colisão de princípios, segundo o sopesamento dos interesses em conflito, deverão ser definidos, entre os interesses abstratos de mesmo nível, aqueles que possuem o maior peso no caso concreto. Tais incumbências deverão ser aplicadas dentre as possibilidades fáticas e jurídicas no âmbito de sua realização.<sup>48</sup> Segundo a premissa de que os “(...) princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (...)”<sup>49</sup>, verifica-se que o seu conteúdo não é um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, ou seja, não se sabe o conteúdo do princípio até sua incidência no caso concreto, haja vista que “(...) não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.”<sup>50</sup>

Segundo o critério de regras e princípios como razões, os princípios serão sempre razões *prima facie*, ao passo que as regras, não havendo cláusula de exceção, serão sempre razões definitivas. As razões para normas podem ser razões para normas universais (gerais e abstratas) ou normas individuais (juízo concreto deôntico). Portanto, tanto regras quanto princípios são tidos como razões para regras e razões para decisões concretas.<sup>51</sup>

Conforme a concepção de regras e princípios como razões, Robert Alexy afirma que:

“(...) Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma razão definitiva. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo e definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo. Princípios são, ao contrário, sempre razões ‘prima facie’. Isoladamente

<sup>46</sup> Segundo Maria Helena Diniz, o critério hierárquico é “baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra”. Assim, qualquer que seja a ordem cronológica, prevalecerá a norma superior. Segundo o critério cronológico, entre duas normas do mesmo nível, prevalecerá a norma posterior. Por fim, o critério da especialidade acresce um elemento particular em face da norma geral, prevalecendo sobre a norma geral. Tem como objetivo evitar o *bis in idem*, porquanto a norma especial atende mais especificamente ao comando geral. In: *Conflito de normas*, p. 34-40.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 93-94.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>50</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 107.

*considerados, eles estabelecem apenas direitos 'prima facie'. (...) Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.*"<sup>52</sup>

Quando os princípios são tomados como razões para regras, o seu conteúdo axiológico é percebido mais facilmente do que as regras. Nesse sentido, os princípios tomados enquanto razões decisivas para inúmeras regras se mostram de suma importância para o ordenamento jurídico, tanto na sua substância quanto na sua fundamentação, porquanto sua idéia de direito decorre de uma fundamentação que progride sempre do mais geral para o mais específico.<sup>53</sup>

Segundo Robert Alexy, "O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial."<sup>54</sup> A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais explica-se pelo fato de que os direitos fundamentais ocupam posição no topo do ordenamento jurídico-constitucional, como também vinculam todos os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). A fundamentalidade substancial decorre das decisões que são tomadas na estrutura normativa básica do Estado e da sociedade à luz dos direitos fundamentais.<sup>55</sup>

As normas de direitos fundamentais também possuem uma fundamentação subjetiva e uma fundamentação objetiva<sup>56</sup>, apresentando, portanto, uma dupla dimensão<sup>57</sup>, ou caráter duplo na sua fundamentalidade.<sup>58</sup> Na dimensão subjetiva, o significado ou relevância atribuído a norma de direito fundamental é voltado para o indivíduo, quanto aos seus interesses, situação de vida e liberdades.<sup>59</sup> Na sua dimensão objetiva, o significado e relevância das normas de direitos fundamentais são destinadas à coletividade<sup>60</sup>, traduzindo-se, quanto à sua fundamentalidade, em valores, regras ou princípios detentores de validade objetiva, absoluta e universal, independentes do cidadão individualmente considerado.<sup>61</sup> Nesse sentido, os direitos fundamentais traduzem-se em princípios que iluminam ou irradiam todo ordenamento jurídico, influenciando no âmbito de todos os Poderes Públicos.<sup>62</sup>

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 520.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 520-522.

<sup>56</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1256-1257.

<sup>57</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 143-144.

<sup>58</sup> Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 228-229.

<sup>59</sup> J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1256 e André Rufino do Vale, *Eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 77.

<sup>60</sup> J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1256.

<sup>61</sup> Antonio Henrique Perez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 137 *apud* André Rufino do Vale, *op. cit.*, p. 78.

<sup>62</sup> André Rufino do Vale, *op. cit.*, p. 78.

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos estão na ordem dos direitos do homem e do cidadão, tanto de ordem positiva quanto negativa. Nos direitos de defesa de atos do Estado contra o indivíduo – ordem negativa – os direitos do homem e do cidadão conferem ao particular a prerrogativa de defender-se contra atos do Estado. Todavia, manifestam-se os direitos fundamentais na sua ordem positiva na medida em que garantem uma liberdade positiva de confessar uma fé, de não expressar determinada opinião, ou até uma liberdade negativa, de não confessar fé alguma, ou não manifestar qualquer opinião. Com efeito, existem alguns direitos de liberdades que possuem caráter de cooperatividade – direitos de cooperação – nos âmbitos da vida espiritual, social e política.<sup>63</sup>

Em se tratando da dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais, porquanto constitui arcabouço jurídico da coletividade, o significado como direitos de defesa subjetivos do particular refere-se às determinações de competências negativas ao Poder Público. Nesse sentido, devem garantir a proteção dos direitos fundamentais, tanto no sentido de obrigar o Estado a concretizar direitos fundamentais, como também autorizá-lo a limitar direitos fundamentais. A competência do Estado, portanto, é limitada por determinações de competência positiva e negativa.<sup>64</sup>

As normas de direitos fundamentais, sob a perspectiva da dimensão objetiva, possuem efeito de irradiação para toda a ordem jurídica<sup>65</sup>, não contendo apenas direitos subjetivos de defesa dos cidadãos em face de atos praticados pelo Estado, mas representam, sobretudo, uma face objetiva de valores que irradiam para todos os ramos do direito, fornecendo diretrizes e bases para o legislador, o administrador e o julgador. As normas de direitos fundamentais são, portanto, princípios objetivos (ordem objetiva de valores) que iluminam todas as esferas do Poder Público, influenciando coletivamente toda a sociedade.<sup>66</sup>

## 1.6. Proteção

A proteção dos direitos fundamentais pode ser vista sob uma perspectiva formal ou material. Formalmente, a proteção dá-se pela posição privilegiada situada no ápice do ordenamento jurídico-constitucional. Como já dito, são protegidos como cláusulas pétreas

<sup>63</sup> Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 232-236.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 239-240.

<sup>65</sup> André Rufino do Vale, *op. cit.*, p. 80.

<sup>66</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 524-533.

(art. 60, §4º, da CF)<sup>67</sup>, como também possuem aplicabilidade imediata. Materialmente, compreende-se a possibilidade de inclusão de outros direitos fora do catálogo de direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Seguindo esta óptica, vejamos a definição de direitos fundamentais, segundo a perspectiva da fundamentalidade material e formal, apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet:

*“Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).”<sup>69</sup>*

Em especial, há de se destacar o princípio da proteção do núcleo essencial, disposto expressamente em algumas constituições, como na Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 19, II) e na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III). No Brasil, apesar da Constituição de 1988 não ter adotado expressamente este princípio, é inequívoca a sua existência, porquanto decorre do próprio modelo garantístico adotado pelo constituinte. Visa garantir, nesse sentido, maior proteção aos direitos fundamentais, notadamente quando há um conflito entre princípios, visando dar proteção “ao mínimo insuscetível de restrição ou redução”.<sup>70</sup>

Segundo o princípio da proteção do núcleo essencial, há a proteção aos direitos de defesa contra leis restritivas – “núcleo essencial como reduto último de defesa” – e a proteção à efetivação mínima dos direitos notadamente prestacionais (sociais) – “núcleo básico de direitos sociais” – porquanto devem consubstanciar uma gama de direitos sociais a serem efetivados, objetivando propiciar aos indivíduos uma existência mínima indispensável para garantir a fruição de qualquer outro direito.<sup>71</sup> Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, a partir de uma solução, através da ponderação de valores, na busca da obtenção de equilíbrio e concordância prática, deve-se preservar, na melhor medida possível, a essência de cada um.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (...)”

<sup>68</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 86.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>70</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 240-244.

<sup>71</sup> J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 518.

<sup>72</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 404.



A proteção do núcleo essencial é a “garantia do núcleo essencial como restrição das restrições”<sup>73</sup>. A restrição a um direito fundamental somente poderá existir, *in concreto*, em face de princípios colidentes, momento em que se atribuirá maior peso a um direito fundamental em detrimento de outro.<sup>74</sup> Pode-se dizer, nesse sentido, que a garantia conferida ao núcleo essencial do direito, mais especificamente ao seu conteúdo mínimo, é consequência direta que decorre da aplicação da máxima da proporcionalidade<sup>75</sup>, notadamente nos casos em que houver restrições a direitos fundamentais.<sup>76</sup>

É possível sistematizar a teoria sobre o conteúdo essencial em duas vertentes: i) segundo se relacionem a uma garantia subjetiva ou ii) segundo se relacionem a uma situação objetiva de regulamentação constitucional. Logo, há uma garantia do núcleo essencial objetiva<sup>77</sup> e subjetiva. A teoria subjetiva, por sua vez, pode ser classificada em absoluta ou relativa.<sup>78</sup>

Na teoria subjetiva absoluta, cada direito fundamental teria o seu núcleo essencial, no qual não poderá haver intervenção em nenhuma hipótese. Já na teoria subjetiva relativa, o que resta no princípio não prevalecente após o sopesamento de princípios<sup>79</sup> é o seu conteúdo essencial. Assim, se a restrição não violar a máxima da proporcionalidade, não violará a garantia do conteúdo essencial, até mesmo na hipótese de não restar nenhum conteúdo no direito fundamental restringido. Nesse sentido, “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.<sup>80</sup>

Para nós, interessará apenas a teoria subjetiva relativa, tendo em vista a sua importância para, num primeiro momento, compreender teoricamente o limite de afetação relativamente à máxima da proporcionalidade e, num segundo momento, realizar o sopesamento *in concreto* dos princípios em colisão, sem, contudo, afetar substancialmente o núcleo essencial do princípio a que será atribuído menor peso.

<sup>73</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao se referirem ao princípio da proteção do núcleo essencial, reportam-se aos “limites dos limites”, porquanto “(...) a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações (...)”. Afirma que a teoria é oriunda do direito constitucional alemão (“*Schranken-Schranken*”). *In: Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 151-152.

<sup>74</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, p. 295-296.

<sup>75</sup> Ver o capítulo 4.5.

<sup>76</sup> Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 197

<sup>77</sup> Jorge Miranda entende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais devem ser entendidos “(...) como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.” *In: Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 341.

<sup>78</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, p. 297.

<sup>79</sup> Ver o Capítulo 4.5.

<sup>80</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, p. 297-298.

Não menos importante, há também a questão da eficácia horizontal<sup>81</sup> e vertical dos direitos fundamentais. Um sistema jurídico pode ser definido não somente como um sistema normativo, mas também é possível definir como um sistema de posições e relações jurídicas, tendo em vista que “(...) posições e relações jurídicas sempre corresponde a normas que as fundamentam.” Assim, os direitos fundamentais não possuem eficácia somente na relação cidadão/Estado – eficácia vertical – mas também podem influenciar relações privadas, isto é, relações entre cidadão/cidadão. Segundo Robert Alexy, um dos elementos que constituem a eficácia horizontal (efeito perante terceiros), é a eficácia irradiante.<sup>82</sup>

### **1.7. O princípio da aplicabilidade imediata e a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais**

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Quanto à sua abrangência, pode-se inferir que, não obstante a sua posição topográfica como parágrafo do art. 5º, possui aplicabilidade imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.<sup>83</sup> Portanto, a aludida aplicabilidade imediata tem guarida não apenas no catálogo constitucional de direitos fundamentais (arts. 5º ao 17), mas em outras partes da Constituição e em tratados internacionais.<sup>84</sup>

Conceitualmente, o §1º, do art. 5º, da CF, desvela-se verdadeira norma de cunho principiológico, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Portanto, o seu alcance dependerá do exame hipotético *in concreto*. Em havendo descumprimento, há de ser devidamente fundamentado e justificado.<sup>85</sup> Neste sentido, portanto, significa dizer, em linhas gerais, que “a aplicabilidade imediata e eficácia plena

---

<sup>81</sup> A origem da eficácia horizontal tem suas raízes no Tribunal Constitucional Federal Alemão, mais especificamente no precedente aberto pelo caso Lüth. É afirmado nesta decisão que: “Em virtude de mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações do direito privado que daí decorrem”. Assim, na violação de uma norma de direito civil (relação privada), ocorrida no caso Lüth, também se discutiu a violação do direito fundamental a livre manifestação de pensamento. *In: Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais*, p. 533-535.

<sup>82</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, p. 523-524.

<sup>83</sup> Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 89-90.

<sup>84</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 280.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 288.

assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto (...)”<sup>86</sup>.

No que pertine à aplicabilidade imediata, há de se destacar que a falta de concretização – normas que regulamentam e efetivam a aplicação material do direito fundamental – não poderá constituir óbice à aplicação imediata pelos órgãos jurisdicionados.<sup>87</sup> Eventual lacuna, conforme o disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil<sup>88</sup>, não poderá obstar o juiz ou tribunal de decidir, tendo em vista que o “(...) judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes (...)”<sup>89</sup>

O órgão judicante pode (e deve) aplicar as normas de direito fundamental via interpretação constitucional sem, necessariamente, depender de comando normativo regulamentador. Não que alguns dos direitos fundamentais não dependam de regulamentação para sua aplicação, mas que, para garantir a devida eficácia, o órgão jurisdicional pode, por via interpretativa, resguardar a aplicação do direito fundamental que estiver sendo violado.<sup>90</sup> Adquirem verdadeira força vinculante, o que pode consubstanciar certo grau de discricionariedade dos Poderes Públicos no que pertine à aplicabilidade e o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição.<sup>91</sup>

Há que se ressaltar que a aplicabilidade independe de qualquer medida de concretização (regulamentação), porquanto possuem maior aplicabilidade e eficácia do que as demais normas constitucionais. A negação de tal condição de eficácia aos direitos fundamentais – condição privilegiada – seria negar a sua própria fundamentalidade.<sup>92</sup> Com efeito, segundo a dotação de eficácia conferida aos direitos fundamentais, à luz do disposto no art. 5º, §1º, da CF, pode-se afirmar que:

*“(...) aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (...)”<sup>93</sup>*

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>88</sup> “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>89</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 287.

<sup>90</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 173-176.

<sup>91</sup> Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 92.

<sup>92</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 289-290.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 289.

Ademais disso, verifica-se que, conforme assente na doutrina de Flávia Piovesan, “o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.”<sup>94</sup> Completa ainda a autora, afirmando que:

*“(...) conjugando os preceitos constitucionais do Direito Comparado, percebe-se que o princípio constitucional consagrado no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”*<sup>95</sup>

As normas de direitos fundamentais, relativamente aos direitos de defesa, em regra, são auto-executáveis, porquanto dispensam legislação específica para consubstanciar sua eficácia, tanto nos âmbitos negativos quanto positivos. Entretanto, parcelas dos direitos de defesa, por serem normas de eficácia contida, podem ter sua aplicabilidade restringida, porquanto, ainda que sua aplicabilidade seja direta e imediata, não é totalmente integral. Nos direitos prestacionais, para que a sua aplicabilidade imediata possa gerar plenamente os seus efeitos, depende de uma atuação legislativa e/ou administrativa, porquanto, não raramente, a forma de enunciação desses direitos possui uma formulação genérica, vaga e imprecisa.<sup>96</sup>

## **1.8. Concepção material dos direitos fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 adotou uma concepção material dos direitos fundamentais, na medida em que estabeleceu que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º, da CF). Nesse sentido, merece especial atenção a posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no ordenamento jurídico, porquanto têm sido objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.<sup>97</sup>

### **1.8.1. Constituição materialmente aberta**

<sup>94</sup> Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 92.

<sup>95</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>96</sup> Marcelo Novelino, *Direito constitucional*, p. 379.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 380.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, §2º, assim prescreve, *in verbis*:

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

Conforme se lê do §2º, do art. 5º, da CF, o Brasil possui um sistema aberto de direitos fundamentais, não se esgotando na enumeração taxativa do Título II da Constituição Federal (arts. 5º ao 17). Esta interpretação foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – na ADI 39<sup>98</sup>, na qual foi decidido “que o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF) constitui um direito ou garantia fundamental.”<sup>99</sup> Conforme doutrina assentada na totalidade da história do constitucionalismo republicano, um princípio constitucional não relacionado no rol dos direitos fundamentais pode ter aplicabilidade pelo princípio hermenêutico *inclusio unius alterius est exclusius*, isto é, existem regras que são indiretamente deduzidas ou implícitas na constituição e possuem aplicabilidade como norma de direito fundamental.<sup>100</sup>

Na identificação dos direitos fundamentais abertos, importa que se identifique o critério da importância e do conteúdo, utilizando-se, para tanto, uma análise geral das normas fundamentais expressas e os tratados internacionais. O critério norteador, segundo o §2º do art. 5º da CF, está assentado exatamente no conceito implícito de que todos os direitos fundamentais sejam expressos (constitucionais ou internacionais), implícitos ou decorrentes (do regime e dos princípios constitucionais), teriam as mesmas prerrogativas de autenticidade e eficácia quanto ao conteúdo e dignidade.<sup>101</sup> Justifica-se, portanto, que tais direitos decorram da fundamentalidade inerente à dignidade da pessoa humana, na medida em que sua importância não pode ser abandonada à disponibilidade do Poder Legislativo.<sup>102</sup>

Nessa seara de reconhecimento da fundamentalidade material há os direitos implícitos e expressos, dos quais os primeiros seriam decorrentes da realidade social, enquanto os outros estariam na própria Magna Carta. As normas de direitos fundamentais, dado o seu caráter genérico e abrangente, não poderiam prever exaustivamente todas as possibilidades, ou seja, todos os direitos e liberdades. Por isso, verifica-se que o conceito materialmente aberto dos

<sup>98</sup> Tribunal pleno, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, m.v., disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>, j. em 15-12-1993, acesso em: 03-06-2011.

<sup>99</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 193.

<sup>100</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 90-91.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>102</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 194. No mesmo sentido, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 58.

direitos fundamentais é tão necessário para os direitos expressos fora do Título II da Constituição quanto aos implícitos ou decorrentes.<sup>103</sup>

Existem os direitos fundamentais positivados, aqui incluídos os constitucionais e internacionais, e os direitos fundamentais não-escritos, incluídos os implícitos e os decorrentes “do regime e dos princípios” (art. 5º, §2º, da CF). A título de exemplo da abertura dos direitos fundamentais, quanto aos direitos decorrentes ou infraconstitucionais, temos o princípio dos alimentos provisionais, decorrente do direito à vida e à própria subsistência, como também os direitos da personalidade dispostos no Código Civil, ancorados no princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana.<sup>104</sup>

A abrangência do disposto no art. 5º, §2º, da CF, não foi especificada pelo legislador no que concerne às lei e regras de direito internacional aplicáveis às regras constitucionais, haja vista prescrever apenas “tratados internacionais”. Nesta esteira, tratando-se de gênero, abrange diversas espécies, tais como convenções, pactos, protocolos e declaração, e que o importante seria o conteúdo e não a classificação literal da norma internacional. Tal disposição legislativa não estaria por diminuir o alcance material dos direitos fundamentais oriundos de normas internacionais, porquanto o objetivo da norma que amplia direitos fundamentais não-tipificados na Carta Constitucional seria o de garantir a efetividade de uma ordem internacional, propiciando assim a superação tradicional da soberania do Estado.<sup>105</sup>

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu um §3º ao art. 5º, assim dispendo, *in verbis*:

*“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.*

Tal norma, inserida pela EC nº 45 de 2004, trouxe questionamentos ao §2º, o qual trazia a possibilidade de inserção das normas internacionais de direitos fundamentais com *status* de norma constitucional e, sobretudo, agora, a possibilidade de inserção dos tratados em matéria de direitos humanos. Podemos destacar o aspecto positivo, que é a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo STF, haja vista a força normativa que adquiriria quando inseridas na ordem constitucional. Há também um aspecto negativo, que é a exigência da votação de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, para a formalização dos

<sup>103</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 96-97.

<sup>104</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 98-99.

<sup>105</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 134.

tratados e convenções internacionais, revelando-se obstáculo para a adoção das leis internacionais, sobretudo em matéria de direitos humanos.<sup>106</sup>

Nesse sentido, paira o seguinte questionamento: E quanto às normas de direito internacional anteriores à EC nº 45? Certamente, não se pode olvidar o *status* de norma constitucional que deve ser conferido a esses tratados internacionais, porquanto seguem o raciocínio preconizado pelo art. 5º, §2º, da CF. Tampouco se pode exigir, para que tenham *status* de norma constitucional, sejam submetidos ao processo legislativo especial no Congresso Nacional (art. 5º, §3º, da CF).<sup>107</sup>

Não obstante, há o conceito materialmente aberto da Constituição, que é a possibilidade de inclusão de um tratado internacional sobre direitos humanos, em que o Brasil seja parte, sem passar pelo crivo do §3º, do art. 5º, da CF. Flávia Piovesan é defensora desta posição. Vejamos:

*“A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.”*<sup>108</sup>

Também não poderíamos deixar de citar Antônio Augusto Cançado Trindade, responsável pela inclusão do §2º, do art. 5º, na Constituição de 1988, tendo em vista que foi fruto de sua sugestão, realizada na então Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais em trabalhos da Assembléia Constituinte. Vejamos:

*“Assim, a novidade do artigo 5(2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca da proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quando constitucionalista.”*<sup>109</sup>

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos afirma que a tese dualista tornou-se insustentável, na medida em que os tratados internacionais criam obrigações direcionadas aos Estados, não gerando direitos de cunho subjetivo aos indivíduos, os quais teriam que aguardar a intermediação do legislador. Para tanto, verifica-se que, nos casos em que o Brasil é

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 143-144.

<sup>107</sup> Nesse sentido, Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 654.

<sup>108</sup> *Op. cit.*, p. 58.

<sup>109</sup> *A proteção internacional dos direitos humanos*, p. 631.

signatário há a desnecessidade “de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.”<sup>110</sup>

Segundo este entendimento, há de se conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, observando-se, neste sentido, o princípio da prevalência da norma mais favorável. Parte-se do pressuposto de uma interpretação situada em consonância com a Constituição Federal de 1988, a qual se infere da própria racionalidade e princípios conferidos pelo constituinte originário, sobretudo os valores e, em especial, a dignidade da pessoa humana.<sup>111</sup> Impende destacar, sobretudo, que o art. 4º, inciso II, da CF, estabelece a “prevalência dos direitos humanos”, destacando a sua importância no dito rol de princípios fundamentais da Constituição Federal.

Nesse norte, Flávia Piovesan assevera que:

“Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.”<sup>112</sup>

Há de fato um sistema diferenciado quanto à possibilidade de incorporação das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Tal procedimento incorporatório é igual para todos os tratados internacionais, e se resume no seguinte procedimento: i) o Presidente da República deve assinar o tratado internacional; ii) deve haver aprovação pelo Congresso Nacional; e iii) o Parlamento deve ratificá-lo. Entretanto, quando se trata de tratados de proteção aos direitos humanos, há a dispensa do procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF) e doravante edição de decreto executivo presidencial.<sup>113</sup> É desse procedimento diferenciado que tratamos.

De forma mais radical, Celso de Albuquerque Mello defende que as normas de direito internacional devem prevalecer sobre o ordenamento jurídico constitucional, mesmo nos casos em que uma norma constitucional posterior tente revogar a norma internacional constitucionalizada. Defende a interpretação heterodoxa, em contraposição à doutrina clássica dualista fundamentada na soberania do Estado à ordem internacional. Justifica a sua postura diante de duas situações: a jurisprudência conferida a tratados internacionais na Europa aplica

<sup>110</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 396. No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 652.

<sup>111</sup> Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 64.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>113</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos & relações internacionais*, p. 156.



a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou externa; nos EUA, há o reconhecimento de que a violação de norma internacional, pelo direito interno, é ato ilícito internacional.<sup>114</sup>

O art. 5º, §2º, da CF, afirma que o alcance inequívoco seria apenas aos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Entretanto, fazendo-se uma exegese do §1º, do art. 5º, o qual determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, com o §2º, do art. 5º, segundo a teoria monista, os tratados internacionais, que versem sobre direitos humanos, dispensariam o procedimento formal de ratificação pelo Congresso Nacional. Quanto aos outros tratados internacionais, vigoraria a teoria dualista, a qual exige procedimento formal legislativo (art. 5º, §3º, da CF) para serem incorporados ao ordenamento constitucional.<sup>115</sup>

Jayme Weingartner Neto também é defensor da posição capitaneada por Ingo Wolfgang Sarlet e Flávia Piovesan – teoria monista – segundo a qual os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, são direitos materialmente constitucionais, bem como possuem *status* de norma constitucional. Nesse sentido, o conteúdo da liberdade religiosa, traçado em um quadro internacional, consubstanciado por uma moldura de eficácia e efetividade, deve incluir o disposto nas normas internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte<sup>116</sup>, porquanto a enumeração taxativa de direitos humanos no catálogo constitucional não significa “(...) que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana estejam excluídas da proteção do direito internacional”.<sup>117</sup>

Para Francisco Rezek, não é crível que o Congresso vá “bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos”, tendo em vista que o Congresso certamente adotará o procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF). Quanto às normas de direito internacionais anteriores a EC nº 45, a qual editou o procedimento formal incorporatório, o autor afirma que o Congresso as elevou à categoria de norma constitucional,<sup>118</sup> porquanto vigorava, à época da recepção do tratado internacional, a lógica do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

<sup>114</sup> Celso de Albuquerque Mello et. al., *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 19-25.

<sup>115</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 137-138.

<sup>116</sup> Cf. Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, p. 55.

<sup>117</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 194.

<sup>118</sup> *Direito Internacional Público: curso elementar*, p. 131-133.

### 1.8.2. *Status* de supralegalidade

O STF, no HC 87585<sup>119</sup>, decidiu pelo não cabimento da prisão civil ao depositário infiel, fundamentando ao argumento de que se deve conferir *status* de supralegalidade ao art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>120</sup> – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969 – o qual prevê o não cabimento de prisão civil por dívidas<sup>121</sup>, exceto a de caráter alimentício. A decisão trouxe um novo conceito, porquanto permitiu que uma norma de direito internacional, que verse sobre direitos humanos, em que o Brasil é signatário, fosse incorporada ao ordenamento jurídico, sem a necessidade do procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF), conferindo-lhe *status* de supralegalidade – situa-se abaixo do ordenamento constitucional e acima do ordenamento infraconstitucional.<sup>122</sup>

Nesse sentido, vejamos as considerações expostas pelo Min. Gilmar Mendes acerca do *status* de supralegalidade conferida aos tratados e convenções de direitos humanos:

*“Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.”*<sup>123</sup>

Tal decisão certamente foi equivocada, pois ao rebaixar hierarquicamente a norma de direito fundamental inclusa no ordenamento jurídico, retira-se em grande parte o seu caráter de fundamentalidade, pois, à primeira vista, pressupõe-se que os direitos fundamentais tenham *status* de norma constitucional. Em decorrência disso, a permissão de prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII) ainda continuará a existir na Constituição. O que se altera é a vedação de regulamentação desta norma de eficácia contida, tendo em vista o *status* de supralegalidade conferido à norma internacional que veda a prisão do depositário infiel – Pacto de San Jose da Costa Rica.

<sup>119</sup> EMENTA: “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” *In*: Tribunal Pleno, HC 87585, Relator: Min. Marco Aurélio, m.v., julgado em 03-12-2008, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>, acesso em: 02-06-2011.

<sup>120</sup> “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

<sup>121</sup> Este posicionamento do STF também originou a súmula vinculante de nº 25, *in verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Publicada no DOU de 23-12-2009.

<sup>122</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 660-666.

<sup>123</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 660.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO

### 2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana revela-se como fundamento da República Federativa do Brasil, estando insculpida no seu art. 1º, inciso III. Novidade no constitucionalismo pátrio, a dignidade foi concebida após a Segunda Guerra Mundial no bojo da Declaração Universal da ONU de 1948, e, após a promulgação da Constituição de 1988, faz parte do núcleo essencial da constituição material, que são os direitos fundamentais. Influencia, portanto, muitos outros princípios dela decorrentes. Como significado e conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, importa, num primeiro momento, no reconhecimento de que o Estado é que existe em função do homem, e não o contrário.<sup>124</sup>

Historicamente, a ideologia cristã traduz que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, tendo, assim, valor próprio e sagrado, não podendo ser tido por mero objeto ou instrumento. Na concepção estoíca e clássica, seria o homem livre e responsável por seus próprios atos, havendo, portanto, homens mais dignos e menos dignos, de acordo com a ascensão social. Foi Tomás de Aquino o precursor do termo “*dignitas humana*”, entretanto, após os séculos XVII e XVIII, o aludido princípio tomou um rumo racional e laico, separando-se da sua origem cristã.<sup>125</sup>

Ives Gandra Martins Filho afirma que:

*“(...) a dignidade da pessoa humana, como ser superior a todo universo material, impõe o respeito ao ser humano, desde a concepção e até a sua morte natural, não se admitindo tergiversações que, relativizando os mais básicos direitos fundamentais, dê azo à instauração de uma sociedade calcada no direito do mais forte.”*<sup>126</sup>

Quanto ao seu conteúdo, vemos que faz parte de uma categoria axiológica aberta, não contemplando o conceito fixista, do qual não seria capaz de abarcar a pluralidade axiológica contemporânea.<sup>127</sup> A dignidade caracteriza-se, pois, como direito fundamental imprescritível, irrenunciável e inalienável por sua própria natureza, independente das circunstâncias do

<sup>124</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 109-111.

<sup>125</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>126</sup> Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder do Nascimento (Coords.), *Tratado de direito constitucional*, p. 283.

<sup>127</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 113.

sujeito<sup>128</sup>. Segundo prescreve o art. 1º, da Declaração Universal da ONU de 1948, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

Acerca da dignidade da pessoa humana, Günter Dürig, um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha, afirma que:

*“Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar a sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.”*<sup>129</sup>

Segundo Rizzatto Nunes, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema constitucional, revestindo-se de valor supremo, construído pela razão jurídica. Segundo o autor “A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”. É, pois, um princípio absoluto e pleno, não podendo ser relativizado por argumentos outros. A dignidade é uma conquista racional e ético-jurídica fruto da reação ao longo da história de inúmeras atrocidades acometidas à pessoa humana.<sup>130</sup>

Noutro giro, acerca da autonomia, vemos que esta está intimamente ligada ao conceito de dignidade da pessoa humana, na medida em que propicia o seu exercício, conferindo aos indivíduos a independência para com o Estado no que concerne à sua própria subsistência, total ou parcial. Seria, pois, a dignidade um atributo individual e não abstratamente conceituado, de tal modo que a dignidade não é “humana”, e sim da “pessoa humana”.<sup>131</sup>

Gize-se, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana engloba a integridade física da pessoa, coibindo a pena de morte, tortura, penas de lesão corporal, entre outras. Em outra dimensão, a dignidade pressupõe condições oportunizantes para o desenvolvimento social da família, em destaque para os direitos sociais do trabalho e da seguridade social, propiciando, assim, uma existência digna, bem como garantindo a isonomia entre os concidadãos, vedando a discriminação racial, perseguições religiosas e escravidão. Por fim, não devemos nos esquecer das garantias de liberdade de consciência, pensamento e culto, como também a proteção à honra e à intimidade, tendo em vista que são direitos intrínsecos da personalidade.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>129</sup> *In: AÖR* nº 81 (1956), p. 125 *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 114.

<sup>130</sup> *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 59-62.

<sup>131</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 114-116.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 117-118.

Outrossim, assume especial relevo no sistema constitucional, na medida em que:

*“Firmar como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana deixa à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo, quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar, com precisão, a idéia de que o mais elevado e sublime propósito cometido à sociedade política é o enaltecimento da dignidade das pessoas que a compõem.”<sup>133</sup>*

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se na base de todos os direitos constitucionais consagrados, tais como nos direitos e liberdades individuais, nos direitos a prestações sociais, nos direitos de participação política, bem como nos direitos dos trabalhadores.<sup>134</sup> Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no âmbito dos direitos de defesa dos indivíduos contra atos do Estado (direitos de defesa), dos direitos de exigir prestações materiais do Estado em face dos cidadãos (direitos prestacionais), como também dos direitos dos indivíduos de participação política (direitos de participação).

No que tange ao *status* da dignidade da pessoa humana, é norma jurídico-positiva constitucional e, para além de valor ético – que certamente o tem – possui eficácia jurídica positiva, no sentido de não apenas proteger os valores acima expostos, mas de que o Estado deve pautar-se na sua gerência sob a óptica da dignidade da pessoa humana. A dignidade, além de princípio individual, é de ordem pública, sendo assim, legitimador de toda a ordem estatal e comunitária. Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem função instrumental e hermenêutica de integrar não apenas os princípios, mas todo o ordenamento jurídico, a partir da aplicação, interpretação e integração.<sup>135</sup>

A dignidade da pessoa humana também é intangível, ou seja, é cláusula pétrea (art. 60, §4º, da CF), não podendo ser relativizada, tendo em vista que a delimitação do âmbito de proteção normativo é realizada de acordo com os parâmetros essenciais da humanidade, porquanto é base propiciadora de uma uniformidade quanto a todos os outros direitos fundamentais.<sup>136</sup> Em suma, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana “constitui o núcleo essencial de todas as reivindicações e conquistas” no âmbito dos direitos

<sup>133</sup> Manoel Jorge e Silva Neto, *Curso de direito constitucional*, p. 274.

<sup>134</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 102.

<sup>135</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.* p. 119-120.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 121-123.

fundamentais<sup>137</sup>, bem como é o núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico-constitucional.<sup>138</sup>

## 2.2. Princípios da liberdade de consciência, crença e religião

A etimologia da palavra religião significa religação – *religare* – uma tentativa de ligar novamente o ser humano à divindade, desprendendo-o do materialismo que vivemos na Terra. Está consubstanciado no retorno ao Deus Criador, em agradecimentos, temor reverencial e admiração. A liberdade de religião jamais será instrumento de alienação dos cidadãos à realidade e ao progresso da humanidade, pois é um princípio decorrente da própria liberdade e de seu exercício, que decorre, por consequência, do direito primário à vida.<sup>139</sup>

O princípio fundamental da liberdade de crença é princípio decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, estando, pois, nesse sentido, intimamente relacionado com a própria dignidade no que concerne à sua garantia constitucional. Nesse sentido, afirma Manoel Jorge e Silva Neto que “Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele postulado inspira o sistema do direito positivo de uma maneira geral (...)”<sup>140</sup>

A liberdade religiosa se confunde propriamente com a origem dos direitos fundamentais na luta contra a intolerância religiosa. Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho aponta que:

*“A quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à «verdadeira fé». Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de **tolerância religiosa**, e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais.”*<sup>141</sup>  
(grifo no original)

Vejamos o disposto no art. 5º, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

<sup>137</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 112.

<sup>138</sup> Francisco Fernández Segado. *Constitución y valores: la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico*. In: *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Jairo Schäfer (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 163 *apud* Marcelo Novelino, *Direito constitucional*, p. 371.

<sup>139</sup> Cf. José Tarcízio de Almeida Melo, *Direito constitucional do Brasil*, p. 331.

<sup>140</sup> *Curso de Direito Constitucional*, p. 682

<sup>141</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 383.

*“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 a suas liturgias;*

*VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;*

*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;”*

Conforme o inciso VI, do art. 5º, da CF, José Afonso da Silva afirma que a liberdade de religião, incluída entre as liberdades espirituais, pode ser expressa em três formas de liberdades: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.<sup>142</sup> No mesmo sentido, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro afirma que a liberdade religiosa projeta-se em três dimensões: uma dimensão subjetiva consubstanciada na liberdade de crença; uma dimensão coletiva ou social, fundada na liberdade de culto; e uma dimensão institucional, pautada na organização e administração dos movimentos religiosos.<sup>143</sup>

A liberdade de consciência “(...) é a liberdade de foro íntimo do ser humano, que impede alguém de submeter outrem a seus próprios pensamentos (...)”<sup>144</sup>, sendo verdadeiro pressuposto de concretização para que o sujeito possa exercer as demais liberdades, como a de pensamento, de religião (crença e culto) e de convicção político-filosófica. Assim, pode-se inferir que a liberdade de religião compreende a liberdade de crença e a liberdade de culto, quais sejam, a liberdade de acreditar ou não em algo, e o modo pelo qual se exercita uma crença.<sup>145</sup>

Já a liberdade de convicção político-filosófica é a prerrogativa constitucional que confere liberdade aos indivíduos de seguir a corrente política ou filosófica que quiserem, não podendo haver qualquer impedimento à livre circulação dessas idéias, revestindo-se de verdadeira liberdade de comunicação como pressuposto do Estado Democrático de Direito.<sup>146</sup>

A prestação alternativa para se eximir de obrigação legal a todos imposta revela-se exceção ao princípio da liberdade religiosa e convicção político-filosófica, na medida em que o indivíduo, de acordo com suas convicções, pode negar-se a prestar o serviço. Em todos os casos deverá o indivíduo prestar serviço alternativo. No alistamento eleitoral, deverá justificar a falta ou pagar multa, conforme disposto nos arts. 7º e 8º do Código Eleitoral. Quanto ao

<sup>142</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 248.

<sup>143</sup> Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *O respeito, pelo Poder Público, aos dias de guarda religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações*. In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 274.

<sup>144</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, p. 554.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 554-555.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 555.

dever de comparecimento ao tribunal do júri, o indivíduo deverá apenas encaminhar uma carta justificando o seu não comparecimento, e, neste caso, não lhe será exigido prestar serviço alternativo. Por sua vez, no serviço militar obrigatório, o indivíduo poderá prestar serviços administrativos, filantrópicos, assistenciais ou produtivos.<sup>147</sup>

Neste diapasão, a liberdade de consciência trazida pelo legislador não traz exatamente o sentido do vernáculo. Confundi-se, pois, com a manifestação da consciência. Todos nós somos livres para pensar, ou seja, nossa atividade psíquica interior goza de ampla liberdade, o que não se confunde com a manifestação desta. Neste sentido, a liberdade de consciência expressada na convicção íntima de crer nesta ou naquela fé religiosa não deve sofrer interferências do Estado. A liberdade de crença aduz que temos ampla liberdade de crer ou filiar-se à religião que nos convém, como também de não crer e não professar religião alguma.<sup>148</sup>

Uadi Lammêgo Bulos, em seu comentário ao inciso VI, do art. 5º, da Constituição Federal, fazendo um paralelo entre liberdade de consciência e liberdade de crença, afirma que:

*“A liberdade de consciência é a liberdade de foro íntimo; igualmente o é a liberdade de crença. Ambas logram o status de livre, porque ninguém pode obrigar outrem a pensar deste ou daquele modo. É facultado a cada um conscientizar-se da concepção ou diretriz de vida que melhor lhe aprouver. Também é inadmissível compelir alguém a acreditar, piamente, nesta ou naquela religião, credo, teoria ou seita, porque a liberdade de crença não permite. Tanto a liberdade de consciência como a liberdade de crença situam-se no plano do intelecto, no recanto mais profundo da alma, e a Constituição as declara invioláveis”.*<sup>149</sup>

Vale lembrar que a consciência e o pensamento têm sido alvo de ações do Estado em regimes totalitários, que outrora preconizavam, através da “lavagem cerebral”, uma mudança no pensamento íntimo,<sup>150</sup> o que certamente não é admitido hoje no ordenamento jurídico pátrio, haja vista os direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição.

O princípio da liberdade religiosa, disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da Constituição Federal, refere-se à liberdade de crença e de culto, e bem assim à possibilidade de se eximir de obrigação imposta por motivo de crença, desde que cumpra prestação alternativa. Todavia, o princípio da liberdade religiosa ou de crença vai muito mais além do que disse o legislador, como a independência funcional das instituições religiosas, a

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 555-556.

<sup>148</sup> José Cretella Júnior, *Comentários à constituição de 1988*, p. 216-218.

<sup>149</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 142.

<sup>150</sup> José Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 217.



voluntariedade de ser adepto a determinada fé, como também a não intervenção do Estado na religião e vice-versa, haja vista que o Estado é laico, ou seja, separado da religião.<sup>151</sup>

A liberdade de culto – modo pelo qual os fiéis exteriorizam a sua fé, suas crenças – imprescinde de práticas religiosas, tais como ritos, cerimônias, cultos, manifestações, reuniões, tradições, conforme instituído por cada denominação religiosa. Nesse sentido, a liberdade de religião não se resume apenas, e tão somente, na adoração a Deus ou à divindade, mas inclui todo um conjunto de manifestações e práticas exteriorizadas por seus adeptos.<sup>152</sup> Verifica-se, pois, que a convicção íntima de professar determinada religião, ou de não professar, é um direito subjetivo que deve ser amparado, isto é, a proteção do constituinte é conferida à liberdade de crença, a qual reside na exteriorização da fé e do pensamento religioso.<sup>153</sup>

Traçando uma distinção entre o pensamento em si e o pensamento exteriorizado, compreendemos que a consciência é a fé interiorizada, ao passo que o culto religioso é a fé exteriorizada. A crença e o culto são elementos indissociáveis, interdependentes da exteriorização da fé, na medida em que as crenças não constituem por si só uma religião, bem como uma religião não sobrevive sem a crença. É exatamente esta a diferença que se pode traçar entre uma crença contemplativa ou filosófica, de uma religião.<sup>154</sup>

Ademais, a liberdade de crença não é um direito fundamental absoluto. Deve ser visto com certas reservas. Quando infringir interesses de ordem pública, dos bons costumes e direitos coletivos, dever-se-á restringir essa liberdade. Não devem ser toleradas manifestações que provoquem tumultos e perturbações de ordem pública, como também as que ofendem a moral.<sup>155</sup>

Neste diapasão, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que:

*“O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados.”<sup>156</sup>*

Outrossim, o direito à liberdade de religião (e de culto), aqui debatido nos seus desdobramentos como direito subjetivo, individual ou coletivo, revela-se um direito subjetivo público, individual e coletivo, conquanto exigível por iniciativa própria dos seus titulares em

<sup>151</sup> Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *op. cit.*, p. 274.

<sup>152</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *op. cit.*, p. 143.

<sup>153</sup> José Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 218-219.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>155</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>156</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 359.

face do Poder Público, o qual tem o dever de realização das prestações positivas e negativas, fáticas ou normativas, necessárias ao seu exercício.<sup>157</sup> Assim, o entendimento ultrapassado dos direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado (primeira dimensão)<sup>158</sup>, mostra-se insuficiente para abarcar toda a densidade normativa do princípio da liberdade de religião, exigindo, a partir da função prestacional dos direitos fundamentais, uma atuação positiva do Poder Público.<sup>159</sup>

Nesse sentido, a ausência de previsão legal expressa a respeito da prestação alternativa por objeção de consciência determinada por motivo religioso, na espécie, o direito de descanso semanal em face de prova/concurso designado previamente para esse dia, não pode inviabilizar a eficácia do direito fundamental da liberdade de religião, porquanto os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF). Assim, a objeção de consciência, consubstanciada em convicção íntima arraigada nos valores individuais, em que sua violação ocasiona intenso sofrimento moral, deve ser preservada pela prestação alternativa, em manutenção da garantia à não-privação de direitos (direito de acesso à educação e profissão) por motivo de convicção religiosa (art. 5º, VI, da CF).<sup>160</sup>

### **2.3. Princípio da separação e Estado laico.**

A partir do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, de autoria do jurista Rui Barbosa, recepcionado pela Constituição republicana de 1891, o Brasil tornou-se um Estado laico ou leigo, ou seja, ocorreu a separação entre a Igreja Católica e o Estado. As instituições políticas passaram então a se submeter somente à soberania popular – não mais a determinada confissão religiosa. A forma de convivência social passou a ser determinada a partir da laicidade do Estado, momento em que a Igreja Católica teria perdido todos os seus privilégios e deixado de ser a igreja (ou religião) oficial do Estado brasileiro. Ocorreu nesse momento da história uma ampliação significativa da liberdade de crença e de culto.<sup>161</sup>

Diferentemente do sistema laico apresentado, há a fusão, que é uma confusão integral entre Estado e Igreja. Neste sistema, o Estado consubstancia-se como genuíno fenômeno

<sup>157</sup> Jayme Weingartner Neto, *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, p. 144 e Jónatas Machado, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 252.

<sup>158</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 150-164.

<sup>159</sup> Cf. Jónatas Machado, *op. cit.*, p. 252.

<sup>160</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 353.

<sup>161</sup> Aldir Guedes Soriano, *O Brasil deve celebrar uma concordata com o Vaticano*, *Jornal Correio Brasiliense*, p. 3.

religioso, a partir, por exemplo, do ensinamento preconizado no Alcorão, o qual integra completamente a religião ao Estado. A partir deste modelo – fusão – surgem outras variantes, tais como as igrejas reconhecidas, as quais remuneram seus ministros com orçamento público, como também o reconhecimento oficial de determinada religião, v.g. a França no período da monarquia. Há também o modelo de incorporação da Igreja pelo Estado, v.g. a Igreja Anglicana na Inglaterra.<sup>162</sup> Há ainda o regime de separação entre Estado e Igreja, o qual pode assumir uma modalidade hostilizada, revelando-se um regime intolerante. Por exemplo, podemos citar a União Soviética, na qual prevalecia um espírito socialista anti-religioso.<sup>163</sup>

Retomando a classificação laica, temos o regime de tolerância, reconhecedor da liberdade de culto, em que o Estado se recusa a intervir no funcionamento das Igrejas, sob qualquer pretexto.<sup>164</sup> Cumpre destacar que Estado laico não significa Estado ateu, pagão, tampouco confessional [fusão], porquanto o Estado laico é neutro. Nesse norte, o atual Estado constitucional e humanista de direito não admite o Estado ateu, pagão e confessional, hostis às liberdades individuais, porquanto prima por uma neutralidade axiológica frente às intolerâncias religiosas.<sup>165</sup>

Diversamente da classificação apresentada, Manoel Jorge e Silva Neto destaca 3 (três) modalidades de relacionamento entre Estado e Igreja. Na modalidade união, verifica-se uma distinta preferência do Estado por um seguimento religioso específico, como ocorreu com a Constituição de 1884, que elegeu a Igreja Católica como religião oficial do Império. Na modalidade confusão, não se sabe ao certo onde começa o Estado e onde termina a Igreja, tendo em vista que o Estado é propriamente a confissão religiosa, e a religião, o Estado propriamente dito. Há, portanto, uma confusão entre as autoridades eclesiásticas e políticas, como v.g. na Constituição do Irã. Há também a modalidade separação, na qual se encontra propriamente o conceito de Estado laico, pautado pelo princípio democrático-republicano, denotando separação entre Estado e Igreja.<sup>166</sup>

De forma mais ampla e detalhada, importante também conhecer a classificação de Jorge Miranda, o qual perpassa o fenômeno religioso e o Estado, conforme as diferentes épocas e lugares, diversos regimes políticos, tipos de Estado e as diversidades de religiões existentes. Assim, as relações entre o Estado e as confissões religiosas podem ser classificadas

<sup>162</sup> Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 48-49.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>164</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>165</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli, *O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 256-257.

<sup>166</sup> *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, p. 37.

em 3 (três) grandes troncos: Há a identificação entre Estado e Igreja, entre comunidade política e comunidade religiosa, que é o Estado confessional; há a oposição do Estado à religião; e há a não identificação, que é propriamente o Estado laico.<sup>167</sup>

Na identificação entre Estado e Igreja, consubstanciado no Estado confessional, há os regimes da Teocracia e do Cesaropapismo. Na Teocracia, o poder religioso, a Igreja, exerce domínio sobre o poder político, o Estado. Já no Cesaropapismo há o domínio do poder político sobre o poder religioso, ou seja, o Estado exerce domínio sobre a Igreja. No segundo tronco, temos a oposição do Estado à religião, que pode ser relativa ou absoluta. Na oposição relativa há o Estado laicista, e na oposição absoluta há uma confessionalidade negativa, porquanto o Estado é ateu.<sup>168</sup>

Por sua vez, temos o terceiro tronco, isto é, o sistema da não identificação entre Estado e Religião, ou Estado laico, no qual temos a união entre o Estado e uma determinada confissão religiosa (religião de Estado), que pode ser a união com ascendentes de um poder sobre o outro – o Clericalismo (ascendente do poder religioso) e o Regalismo (ascendente do poder político) – e a união com autonomia relativa. Ainda no Estado laico, há a separação relativa e absoluta. Na separação relativa, há tratamento especial ou privilegiado a um determinado seguimento religioso, ao passo que na separação absoluta há um tratamento absolutamente igual para todas as confissões religiosas.<sup>169</sup>

O regime de tolerância, também conhecido como da separação absoluta ou Estado laico, é o adotado pelo Brasil, conforme se lê do disposto no art. 19, da CF, *in verbis*:

*“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;  
(...)”*

A laicidade do Estado não significa, por seu turno, que o Estado é inimigo da religião, ou que há qualquer espécie de inimizade com a fé. Não há impedimento de colaboração da Igreja quando se trata de interesse público, conforme se infere do disposto no art. 19, I, da CF. São acolhidas pela sistemática constitucional medidas que promovam o bem comum com atividades conjuntas entre o Poder Público e as confissões religiosas, a ponto de reconhecer

<sup>167</sup> *Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 405-406.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 405-406.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 405.

como oficiais atos praticados no âmbito das liturgias eclesiásticas, como v.g. o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso.<sup>170</sup>

Conforme preconiza Jayme Weingartner Neto<sup>171</sup>, a liberdade de organização religiosa, consubstanciada por uma dimensão objetiva da laicidade do Estado, pode ser representada por 5 (cinco) princípios, quais sejam, princípios da separação, da não confessionalidade, da cooperação, da solidariedade e da tolerância.<sup>172</sup>

O princípio da separação preconiza propriamente a separação entre a Igreja e o aparato político e administrativo do Estado, conferindo ampla liberdade ao Estado na sua organização, como também às Igrejas e confissões religiosas no exercício das suas liturgias. O princípio da não-confessionalidade veda ao Estado estabelecer cultos religiosos, pronunciar-se sobre questões eminentemente religiosas, manter relações de dependência ou aliança com a Igreja, bem como subvencionar ou embaraçar o exercício religioso. Também os atos oficiais, e bem assim o conteúdo educacional, cultural, e o ensino público, não devem sofrer interferência do Estado segundo o princípio da não-confessionalidade.<sup>173</sup>

Quanto ao princípio da cooperação, representado pela colaboração da Igreja com o interesse público, deve haver cooperação mútua, propiciando a promoção dos princípios, direitos e garantias fundamentais, assegurando, portanto: prestação de assistência religiosa em estabelecimentos civis e militares; dispensa aos eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz; vedação tributária sobre templos de qualquer culto; matrícula facultativa de ensino religioso em escolas públicas; celebrar acordo para a promoção de atividades comuns e afins; auxiliar a família na promoção da educação religiosa dos filhos em conformidade com suas crenças religiosas; garantir o livre exercício de manifestação religiosa em espaços públicos; regulamentar e criar condições procedimentais, nas esferas do trabalho e educação, assegurando amplo exercício do direito de dispensa resultante de convicção religiosa; e, por fim, garantir a validação do casamento religioso no âmbito civil.<sup>174</sup>

Para o princípio da solidariedade, fomentada e propiciada pela neutralidade tributária, o Estado propicia e fomenta atividades educacionais e assistenciais, na medida em que veda a tributação incidente sobre o patrimônio, rendas e serviços, desde que não exista nenhuma

<sup>170</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 359.

<sup>171</sup> Nesse sentido, apresenta um catálogo extenso de posições Jusfundamentais com a finalidade precípua de dar maior concretude ao princípio da liberdade religiosa, enfatizando a substância correlacionada à vida dos fiéis fundamentada no fenômeno da religião. In: *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, p. 72-77.

<sup>172</sup> *Op. cit.*, p. 75-76.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

finalidade lucrativa, e esteja intimamente relacionada às atividades essenciais da Igreja.<sup>175</sup> Tal imunidade não se estende a seitas que não tenham natureza religiosa. Logo, deve-se conceituar religião como um sistema de crenças em uma divindade, que professa a vida após a morte, possui um livro sagrado, apresenta-se como organização e envolve, em suas liturgias, rituais de oração e adoração.<sup>176</sup>

Já o princípio da tolerância, postulado do dever de tolerância por parte do Estado e dos particulares, incluindo estas pessoas físicas e jurídicas, revela-se garantia de não-discriminação relativamente aos titulares dos direitos subjetivos inerentes às crenças e práticas litúrgicas, porquanto se prestam à concretização da garantia constitucional e internacional da liberdade religiosa.<sup>177</sup>

Ainda, segundo Jayme Weingartner Neto, os cinco princípios da dimensão objetiva decorrentes do Estado laico, de caráter eminentemente negativo (direito de defesa), podem também assumir uma dimensão positiva (prestacional). Vejamos:

*“Note-se que o princípio da separação tem conteúdo negativo, mas não exige o Estado de garantir, inclusive por meio de legislação penal, o livre exercício dos direitos subjetivos de liberdade religiosa (dever de proteção). Por outro lado, o princípio da não-confessionalidade tem alcance predominantemente negativo, mas não exclui dimensões positivas, ao passo que, nos princípios da cooperação e da solidariedade, avulta o caráter promocional e até, em alguns casos, prestacional.”<sup>178</sup>*

O princípio da separação, conforme conceitua Jónatas Machado, apresenta-se, na sua natureza, como princípio estrutural concretizador. Nesse sentido, a sua concreção poder ser verificada na ênfase do Estado como organização jurídica da comunidade dos cidadãos, e nos planos teleológico, institucional, pessoal e simbólico.<sup>179</sup>

A comunidade dos cidadãos, ou política, não se prende às manifestações eclesiásticas, mas sim a uma comunidade de cidadãos livres e iguais, como também não se adéqua ao princípio da voluntariedade no que pertine à escolha e manutenção da confissão religiosa. O Estado preocupa-se com a organização jurídica da comunidade política, não tomando partido nas posições religiosas. Cabe aos indivíduos decidir, de acordo com suas faculdades morais e racionais entre as opções em assuntos de fé. Ao Estado cabe a garantia dos direitos

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>176</sup> John H. Garvey e Frederick Schauer, *The first amendment: a reader*. St. Paul: West Publishing Co., 1996, p. 595, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 357.

<sup>177</sup> Cf. Jayme Weingartner Neto, *op. cit.*, p. 76.

<sup>178</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>179</sup> *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 355-356.

fundamentais, a realização de atividades econômicas, sociais e culturais, promovendo real liberdade entre os cidadãos.<sup>180</sup>

Assim, pois, é vedado ao Estado promiscuir-se com os aparatos religiosos, dando preferência ou favorecendo determinado credo religioso em detrimento de outros. Qualquer interferência, neste sentido, poderá prejudicar o princípio da separação entre Estado e Igreja. Logo, não pode existir no discurso jurídico-constitucional qualquer teoria de origem religiosa, seja na sua finalidade ou no corpo de valores.<sup>181</sup>

As instituições administrativas do Estado objetivam uma igualdade substancial conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que as instituições religiosas preocupam-se com argumentos de natureza teológica ou fideísticas. Assim, deve haver uma nítida separação entre estas instituições, devendo esta verificar-se nos órgãos públicos, mais detidamente no que tange a competências, funções, normas, recursos patrimoniais e financeiros.<sup>182</sup>

No que pertine à diferenciação pessoal, não é admitida a publicização de uma função religiosa, bem como a confessionalização de uma função pública. Verifica-se, na espécie, o problema do ensino religioso nas escolas públicas. Certo que as finalidades da Igreja e do Estado não podem coexistir neste exemplo, porquanto constitui violação qualificada do princípio da separação, haja vista que as crianças não adeptas da religião preferida serão indubitavelmente discriminadas.<sup>183</sup>

Já quanto aos símbolos religiosos utilizados pelo aparato do Estado, trazem, ainda que não se queira, uma identificação com determinada(s) religião(ões). Assim, evidencia-se uma manutenção do *status* de determinada confissão amparada pelo Estado, através de mecanismos coercitivos em detrimento de uma discriminação e estigmatização dos não adeptos. A neutralidade estatal impescinde da não utilização dos símbolos confessionais, que devem ser utilizados, portanto, no âmbito privado das igrejas. Assim, não que sejam necessárias medidas restritivas absolutas, mas devem ser evitados mecanismos de coerção e discriminação.<sup>184</sup>

A Igreja e o Estado devem manter uma relação neutra entre si, como verdadeira garantia fundamental da liberdade religiosa, pois ao olhar o passado a história nos relembra os problemas resultantes da interferência da Igreja no Estado, resultando em aniquilamento da

---

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 356-357.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 358-359.

<sup>184</sup> *Ibid.* p. 359-360.

consciência e da liberdade, promovendo intolerância e perseguições.<sup>185</sup> Não obstante, o caráter principal da separação não deve ser tomado, portanto, em termos absolutos, do tudo ou nada (*all or nothing*), mas, sobretudo, devem ser mantidos os princípios do núcleo essencial – igual dignidade e liberdade a todos os cidadãos – procurando otimizar soluções razoáveis entre a separação do Estado e a liberdade de religião, a ponto de não sufragar nem eleger determinadas práticas.<sup>186</sup>

Ao se reconhecer a liberdade religiosa, evidencia-se nítida contribuição de prevenção a tensões sociais decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer, porquanto se instala um pluralismo de idéias e crenças, permitindo ao indivíduo exercer plenamente sua prerrogativa volitiva no que tange à sua escolha em matéria de fé. Tal reconhecimento também se mostra clarificado ao argumento de que a formação moral religiosa contribui para modelar a figura do bom cidadão. Todavia, tais argumentos não são suficientemente capazes de explicar a razão de existência propriamente da liberdade de religião. A religião é, pois, tomada como boa em si mesma, propiciando, aos indivíduos que buscam a Deus, o livre exercício dos seus deveres, sem obstáculos para tanto.<sup>187</sup>

O reconhecimento pelo Estado de um dia de descanso religioso não viola o princípio de separação entre Igreja e Estado, pelo contrário, reconhece o livre exercício da religião por seus cidadãos. Não há comprometimento quanto à neutralidade estatal, pois o Estado não adotou este ou aqueloutro costume religioso, tampouco impõe tal prática. Mas, por outro lado, negar o livre exercício do direito subjetivo de liberdade religiosa, no tocante ao descanso semanal, diversamente do dia eleito pela maioria, demonstra a vinculação da identidade axiológica do Estado.<sup>188</sup>

Ademais, vejamos parecer do jurista Rui Barbosa acerca da igualdade material no que pertine à escolha do Estado de um dia específico para o repouso semanal.

*“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal*

<sup>185</sup> Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *O respeito, pelo Poder Público, aos dias de guarda religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações*. In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 276.

<sup>186</sup> Jónatas Machado, *op. cit.*, p. 360-361.

<sup>187</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 359-360.

<sup>188</sup> Cf. Aldir Guedes Soriano, *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 204.



*da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.*

*Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez de supremacia do trabalho, a organização da miséria.”<sup>189</sup>*

O americano Kent Greenawalt assevera que “(...) se o Estado requer que o comércio seja fechado aos domingos, essa exigência pode penalizar aqueles cujas religiões requerem que eles não trabalhem no sábado.”<sup>190</sup> Tal assertiva traduz a problemática a respeito da eleição de um dia específico e a imposição a que todos sejam obrigados a seguir este modelo, ainda mais no tocante à designação de uma data para a avaliação ou exame que seja o dia de descanso semanal religioso para determinada(s) religião(ões). Para tanto, deve-se compreender que a liberdade de religião só alcança seu sentido pleno quando, intrinsecamente, conectada à proteção dos direitos das minorias, mesmo contra atos legislativos que resguardem os direitos das majorias – “legislador majoritário”.<sup>191</sup>

A concretização, portanto, da liberdade de religião, no caso de dispensa ao trabalho e às aulas/provas por motivo religioso – descanso semanal sagrado –, conforme o princípio da cooperação, consubstancia-se no dever estatal de criar condições organizacionais no âmbito da Administração Pública, como também regulamentar, normativa e procedimentalmente, nos âmbitos laborais e educacionais, objetivando o pleno exercício do princípio da liberdade de religião.<sup>192</sup> “O silêncio perante a religião, na prática, redundaria em posição contra a religião (...)”<sup>193</sup>, pois “(...) quando se sustenta que o Estado deve ser surdo à religiosidade de seus cidadãos, na verdade se reveste este mesmo Estado de características pagãs e ateístas que não são e nunca foram albergadas pelas Constituições brasileiras. (...)”<sup>194</sup>

#### **2.4. Princípios da igualdade e isonomia.**

<sup>189</sup> Rui Barbosa, *Oração aos moços*, p. 55.

<sup>190</sup> *Religion and constitution: free exercise and fairness*. New Jersey: Princetown University Press, 2006, p. 7, *apud* Aldir Guedes Soriano, *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 205.

<sup>191</sup> Jayme Weingartner Neto, *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, p. 164.

<sup>192</sup> Cf. Jayme Weingartner Neto, *op. cit.*, p. 237.

<sup>193</sup> Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 427.

<sup>194</sup> Ives Gandra Martins, *Estado laico não é estado ateu ou pagão*, p. 1.

O princípio da igualdade encontra-se no preâmbulo da Constituição Federal incluído como valor supremo da República Federativa do Brasil. Adiante, insere-se no rol dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre estes estão o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III). Mais adiante está expresso no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*. A igualdade também está disseminada em diversos outros direitos fundamentais na Constituição Federal, quais sejam: igualdade racial (art. 4º, VIII); igualdade entre os sexos (art. 5º, I); igualdade de credo religioso (art. 5º, VIII); igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII); igualdade perante discriminação de idade (art. 7º, XXX); igualdade trabalhista (art. 7º, XXXII); igualdade política (art. 14); e igualdade tributária (art. 150, II).

O princípio da igualdade, no sentido de igualdade conforme previsto na própria lei (igualdade formal), o qual confere tratamento isonômico (igualitário) a todos, visto no sentido de universalização, poderá acarretar, quando concretizado, discriminação quanto ao seu conteúdo. Assim, necessário, pois, que se compreenda a igualdade no seu sentido material, conferindo tratamento igual aos iguais, e tratando desigual aos desiguais.<sup>195</sup>

Seguindo esse entendimento, vejamos o discurso de Manoel Jorge e Silva Neto:

*“(...) ultrapassado o modelo de Estado burguês, que se ocupava da dimensão meramente formal do postulado isonômico, passou o ente estatal a interferir na vida em sociedade para efetivar a isonomia de natureza substancial, que vem a ser a intervenção do Estado para, ao reconhecer diferenças essenciais entre os indivíduos, tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades, segundo a célebre definição aristotélica.”<sup>196</sup>*

Certo que os homens nunca foram e nem serão iguais, sendo a desigualdade inerente à condição de ser humano. A igualdade existiria, portanto, entre os seres humanos quanto aos direitos, obrigações, faculdades e deveres. Deve-se, nesse sentido, almejar uma igualdade proporcional, visto que não se deve tratar todos igualmente em situações oriundas de fatos desiguais. Busca-se o sentido real da igualdade, e não meramente nominal. Logo, os desequiparados devem receber tratamento na medida de suas desigualdades.<sup>197</sup>

Nesse diapasão, vejamos explanação de Paulo Gustavo Gonet Branco:

*“As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por*

<sup>195</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 427-428.

<sup>196</sup> Manoel Jorge e Silva Neto, *Curso de direito constitucional*, p. 655.

<sup>197</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 120.

*meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. (...)*<sup>198</sup>

Ademais, Jónatas Machado, acerca do princípio da igualdade em matéria religiosa, aduz que o direito inerente à liberdade de consciência, religião e culto, em conformidade com a própria idéia inerente à dignidade da pessoa humana, clarifica-se a partir da visão de uma comunidade política “como sistema justo de cooperação entre cidadãos livres e iguais.”<sup>199</sup>

Outrossim, decorre do princípio da igualdade, conforme a posição apresentada (art. 5º, §2º, da CF), o direito fundamental de acesso igualitário a cargos públicos e acesso igualitário à educação pública. O art. 206, inciso I<sup>200</sup>, da CF, prevê que o ensino será ministrado segundo o princípio de que todos devem ter igualdade de condições de acesso à educação. Já o princípio de acesso igualitário aos cargos públicos está assentado no princípio da isonomia (decorrente do princípio da igualdade), ao fundamento de que todos os interessados em ingressar na carreira pública devem disputar as vagas em idênticas condições, ou seja, todos devem realizar concursos públicos de provas ou de provas e títulos como forma de ingresso no serviço público – que é o princípio da competição.<sup>201</sup>

Ainda em se tratando de isonomia, esta deve ser entendida como tratamento igualitário para todas as pessoas, exprimindo igualdade normativa a todos as pessoas. Tal princípio é oriundo do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, instituindo que “todos são iguais perante a lei”. Assim, indistintamente e em igualdade de condições, todas as pessoas devem ser submetidas às mesmas condições jurídico-normativas impostas.<sup>202</sup> Este princípio está presente na aplicação de provas de concursos públicos e exames vestibulares.

## **2.5. Princípios da legalidade, impessoalidade e finalidade**

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, haja vista ser fruto da concepção de que o Estado é submisso à lei.<sup>203</sup> Assim, é um dos pilares do ordenamento jurídico, visto que qualquer comando do Estado deve nascer na lei em seu sentido formal<sup>204</sup>. Este princípio está esculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, prevendo que

<sup>198</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 296.

<sup>199</sup> Jónatas Machado, *A liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 285.

<sup>200</sup> “I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;”

<sup>201</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 597.

<sup>202</sup> De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, p. 780.

<sup>203</sup> Manoel Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 91.

<sup>204</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 85.

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Este enunciado é direcionado aos particulares, significando que estes podem fazer tudo o que a lei não os proibir<sup>205</sup>. Também deste (art. 5º, II, da CF) decorre a legalidade administrativa, princípio que deve nortear as ações da Administração Pública direta e indireta (art. 37, *caput*, da CF).<sup>206</sup>

Na Administração Pública, a legalidade traduz que “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar (...)”<sup>207</sup>, e a sua desobediência poderá acarretar “(...) responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme for o caso”. Seguindo esse entendimento, a Administração deve pautar-se conforme os ditames e o império da lei, não podendo desviar-se, sobretudo, quando não lhe é permitido. Trata-se de verdadeira imposição legal e direção a ser seguida. Deve a legalidade estar em consonância com os demais princípios que devem orientar a Administração Pública, como a moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.<sup>208</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade objetiva tratamento igualitário aos administrados em idêntica situação jurídica. Representa uma vertente do princípio da isonomia (tratar a todos igualmente), porquanto deve prevalecer o interesse público em detrimento dos interesses particulares. O alvo a ser atingido é o interesse público.<sup>209</sup>

Para o princípio da finalidade, é exigível que os atos administrativos sejam praticados sempre buscando a finalidade pública, vedando ao administrador buscar objetivos outros, como o interesse pessoal ou de terceiros. Assim, é vedada a prática de ato administrativo sem que haja interesse ou conveniência para a Administração Pública, “(...) visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade (...)”<sup>210</sup>.

Pelo exposto neste capítulo, foi possível ter uma idéia consistente da definição e alcance de todos os princípios que envolvem a problemática proposta, porquanto será imprescindível para compreender a amplitude que envolve a questão do descanso semanal sob a óptica da liberdade de religião, sobretudo na colisão de princípios que doravante será demonstrada.

<sup>205</sup> Manoel Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 95.

<sup>206</sup> Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 85.

<sup>207</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>208</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>209</sup> *Manual de direito administrativo*, p. 19-20.

<sup>210</sup> Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 88-89.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL AO DESCANSO SEMANAL E A REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS E VESTIBULARES

#### 3.1. Direito fundamental ao descanso semanal

##### 3.1.1. Origem histórica e divergências doutrinárias

O direito de observar um dia específico de descanso religioso é visto como uma garantia subjetiva de separar um dia para cultuar e adorar a divindade. Conforme veremos, há aqueles que separam o sábado ou o domingo para esta finalidade específica, e aqueles que observam a sexta-feira como dia santo. Revela-se, portanto, uma necessidade de foro íntimo, segundo os atributos físicos, espirituais e sociais.<sup>211</sup>

Não obstante a maioria das pessoas descansarem no domingo há grande controvérsia acerca do dia de guarda. Esta questão pode parecer, à primeira vista, sem grande importância, mas o Papa João Paulo II, no ano de 1988, na carta apostólica *Dies Domini*<sup>212</sup>, recomenda a santificação do domingo com dia santo a ser observado por todos os cristãos. O assunto é um verdadeiro divisor de águas: temos de um lado a Igreja Católica unida com a maioria das igrejas protestantes e evangélicas que defendem a observância do domingo, e do outro lado os judeus e algumas igrejas protestantes que reivindicam a observância do sábado. E como observadores do sábado, o maior grupo é constituído pelos cristãos adventistas do sétimo dia.<sup>213</sup>

Carlyle B. Haynes afirma que não há nas Escrituras Sagradas outra menção ou ordem que especifique outro dia de guarda que não seja o sábado. A Bíblia ensina, ordena e sustenta, tanto no Velho quanto no Novo Testamento, a observância do sétimo dia como o sábado. Entretanto, as várias corporações cristãs da atualidade, por todo o mundo, com pouquíssimas exceções, observam o domingo – primeiro dia da semana – como dia de descanso semanal.<sup>214</sup> Segundo o autor, o mandamento que ordena a observância do sábado está insculpido na Bíblia Sagrada. Vejamos:

*“Lembra-te do dia do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás, e farás toda a tua obra; mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás*

<sup>211</sup> Cf. Aldir Guedes Soriano, *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 187.

<sup>212</sup> *Dies Domini*, Carta apostólica do Sumo Pontífice João Paulo II ao episcopado, ao clero, e aos fiéis da Igreja Católica sobre a santificação do domingo, *passim*.

<sup>213</sup> Aldir Guedes Soriano, *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*, p. 130-131.

<sup>214</sup> *Do sábado para o domingo*, p. 8.

*nenhuma obra, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro, que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor os céus e a Terra, o mar e tudo que neles há, e ao sétimo dia descansou, portanto abençoou o Senhor o dia do sábado; e o santificou.’ Êxodo 20:8-11’’<sup>215</sup>*

Samuele Bacchiocchi<sup>216</sup>, em sua tese defendida na Pontifícia Universidade Gregoriana de Roma, a qual trata da mudança temporal do dia de guarda religioso – Do Sábado Para o Domingo –, faz o seguinte apontamento:

*“Ignácio, Barnabé e Justino, cujos escritos constituem nossa maior fonte de informação para a primeira metade do segundo século, testemunharam e participaram no processo de separação do judaísmo, o qual levou a maioria dos cristãos a abandonarem o sábado e a adotarem o domingo como o novo dia de culto. Seus testemunhos, portanto, vindo de período tão primitivo, assumem vital importância para nossa investigação quanto as causas da origem da observância do domingo’’<sup>217</sup>*

A Igreja de Roma tem sido apontada como principal responsável por ter introduzido as liturgias inovadoras do domingo de páscoa, do culto semanal do domingo e o jejum do sábado. A observância do domingo em contraposição e diferenciação ao costume judaico de guardar o sábado surge por razões naturais: o abandono dos laços com os judeus, que se originou, propriamente, do conflito existente entre judeus e cristãos.<sup>218</sup>

Acerca do provável marco temporal que definiu a mudança na observância do sábado para o domingo entre os cristãos primitivos, Bacchiocchi chega à seguinte conclusão. Vejamos:

*“Nosso estudo mostrou (esperamos que persuasivamente) que a adoção da observância do domingo em lugar do sábado não ocorreu na primitiva igreja de Jerusalém em virtude da autoridade de Cristo ou dos apóstolos, mas sim várias décadas mais tarde, aparentemente na igreja de Roma, solicitado por circunstâncias externas.’’<sup>219</sup>*

Sem adentrar em questões eminentemente teológicas (bíblicas) acerca da mudança do sábado para o domingo ou acerca da sua observância, importa, por ora, fazer apenas um apontamento: quanto ao fato de quem teria, efetivamente, mudado a Lei Moral - os Dez Mandamentos – Carlyle B. Haynes responde a esta indagação, afirmando, segundo consta nas Escrituras Sagradas, que não teria sido Cristo quem mudou a Lei. Vejamos:

<sup>215</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>216</sup> O Dr. Samuele Bacchiocchi (1938-2008) foi o primeiro não-católico a se formar na *Pontifical Gregorian University*, em Roma, tendo recebido uma medalha de ouro do Papa Paulo VI por conquistar a distinção acadêmica *summa cum laude* por sua tese: *Do Sábado Para o Domingo: Uma investigação histórica do surgimento da observância do domingo no cristianismo primitivo*.

<sup>217</sup> *Do sábado para o domingo: Uma investigação histórica do surgimento da observância do domingo no cristianismo primitivo*, p. 132.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 113-115.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 195.

*“Jamais Cristo teve a intenção de mudar, revogar, destruir ou anular qualquer parte dessa lei. ‘Não cuideis que vim destruir a lei ou os profetas: não vim abrogar, mas cumprir,’ S. Mateus 5:17 (...) A verdade é que, a fé em Cristo, em lugar de colocar a lei à margem, estabelece-a e a confirma. ‘Anulamos, pois, a lei pela fé? De maneira nenhuma, antes estabelecemos a lei’. Romanos 3:31.”<sup>220</sup>*

A respeito da mudança do sábado para o domingo, o filósofo John Locke faz a seguinte afirmação: “Mas, para os que, baseados no Evangelho, acreditavam que o dia do Senhor foi marcado por Deus para seu próprio culto, a questão do tempo não pode ser modificada nem olvidada.”<sup>221</sup>. Corrobora tal entendimento a seguinte declaração de Tomás de Aquino acerca do quarto mandamento inscrito no decálogo (dez mandamentos):

*“(...) êstes benefícios estão, primeira e principalmente, na mente dos homens, sobretudo, fieis. Quanto às outras solenidades, eram celebradas por causa de alguns benefícios temporais passageiros; como a celebração da Páscoa, por causa do benefício da passada libertação, do Egito, e por causa da paixão futura de Cristo, realizada no tempo, e que nos conduz ao repouso do sábado espiritual. Por onde, preteridas todas as outras solenidades e sacrifícios, só do sábado se faz menção nos preceitos do decálogo.”<sup>222</sup>*

A Igreja Católica Apostólica Romana, em face da sua autoridade eclesiástico-apostólica, reconhece, tradicionalmente, ter alterado a observância do sábado para o domingo<sup>223</sup>, tanto é que Tomás de Aquino, em sua Suma teológica, afirma que “(...) na nova lei, a observância do domingo substituiu à do sábado, não em virtude da lei, mais em virtude da determinação da Igreja e do costume do povo cristão.”<sup>224</sup>

O culto ao Sol – *Solis Invictus* – é apontado com um dos cultos mais antigos de Roma, sendo oficialmente praticado nos dois primeiros séculos da era cristã, visto que já havia a semana planetária, isto é, a semana com sete dias como a conhecemos hoje.<sup>225</sup> À época, existiam duas tradições distintas, “uma cristã-judia que associava a Divindade com a Luz e o Sol, e a outra pagã, que venerava o Sol, especialmente o dia do Sol.”<sup>226</sup> A mistura de tais idéias dentro da comunidade cristã, predispos os cristãos que anteriormente veneravam o Sol – e nutriam sentimentos anti-judaizantes quanto ao *shabbat* – a adotarem o dia do Sol para cultivar semanalmente. Tal simbologia representava o pensamento cristão, cravado na premissa de separar um dia na semana para atividades sagradas.<sup>227</sup>

<sup>220</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>221</sup> *Carta acerca da tolerância*, In: *Discursos, ensaios e conferências*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 22 *apud* Aldir Guedes Soriano, *op. cit.*, p. 131.

<sup>222</sup> *Suma teológica*, Vol. 4, p. 1.818.

<sup>223</sup> Alberto R. Timm, *O sábado na Bíblia: por que Deus faz questão de um dia*, p. 92.

<sup>224</sup> *Op. cit.*, Vol. 6, p. 707.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 148-150.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>227</sup> *Ibid.*, mesma página.

A adoração do domingo, como dia separado às atividades sacras, remonta aos decretos dominicais do Imperador Constantino. Tendo em vista a popularidade que havia entre os adoradores pagãos do Sol e a estima prestada pelos cristãos ao domingo, Constantino tinha a esperança de obter apoio das duas correntes em favor de seu governo.<sup>228</sup> Aliás, o significado literal de “católico” é universal, revelando, pois, a pretensão que mascara a verdadeira intenção do imperador, que foi a instituição de uma entidade ideológica suficientemente capaz de dar continuidade ao seu império. Tanto é assim que o título de *Sumo Pontífice*, outrora conferido ao imperador romano, passou a designar o herdeiro do império que é o papado.<sup>229</sup>

No mesmo sentido, a escritora americana Ellen G. White faz a seguinte afirmação:

*“Na primeira parte do século quarto, o imperador Constantino promulgou um decreto fazendo do domingo uma festividade pública em todo o Império Romano. O dia do Sol era venerado por seus súditos pagãos e honrado pelos cristãos; era política do imperador unir os interesses em conflito do paganismo e cristianismo. Com ele se empenhara para fazer isto os bispos da igreja, os quais, inspirados pela ambição e sede do poder, perceberam que, se o mesmo dia fosse observado tanto por cristãos como pagãos, promoveria a aceitação nominal do cristianismo pelos pagãos, e assim adiantaria o poder e glória da igreja (...).”<sup>230</sup>*

O decreto do Imperador Constantino, proferido em 321 d.C., representa exatamente as suas origens como verdadeiro adorador do Sol<sup>231</sup>. Assim diz o texto:

*“No venerável Dia do Sol [venerabili dies Solis] devem os magistrados e as pessoas que residem nas cidades descansar, e devem fechar todas as casas de comércio. No campo, entretanto, as pessoas envolvidas na agricultura podem livre e legalmente continuar com suas tarefas.”<sup>232</sup>*

Não podemos deixar de acrescentar que a adoração do Sol, nas palavras de Constantino, “venerável dia do sol”, era uma prática costumeira entre os povos antigos, dentre eles os egípcios e os romanos. Entre os maias e os astecas também havia a adoração ao deus Sol. Certamente há de se reconhecer que a influência pagã de adoração ao Sol foi determinante na edição do decreto dominical por Constantino. E não só isso, pois, conforme alhures, os cristãos também tinham o costume de separar um dia da semana para adoração, e por que não o dia do Sol, em memória ao Cristo Sol da justiça e a transfiguração da páscoa e abandono dos costumes judaizantes.<sup>233</sup>

Em especial, importa consignar a interpretação história de Aldir Guedes Soriano acerca do decreto dominical e suas consequências. Vejamos:

<sup>228</sup> P. G. Damsteegt et. al., *Nisto Cremos*, p. 330.

<sup>229</sup> Cf. Carlyle B. Haynes, *op. cit.*, p. 45.

<sup>230</sup> *O grande conflito*, p. 53.

<sup>231</sup> P. G. Damsteegt et. al., *Nisto Cremos*, p. 346.

<sup>232</sup> *Codex Justinianus*, livro 3, título 12 e 13, traduzido por Philip Schaff, *History of the Christian Church*, 5ª ed. New York: Charles Scribner, 1902, vol. 3, p. 380 *apud* P. G. Damsteegt et. al., *Nisto Cremos*, p. 346.

<sup>233</sup> Cf. Aldir Guedes Soriano, *op. cit.*, p. 139.



*“De fato, o decreto de Constantino, de 321 d.C., comprova, irrefutavelmente, que, por volta do século 3º, a observância do domingo ainda não era uma unanimidade; havendo nessa época, a observância do sábado por grande parte da população cristã. Se a observância do domingo fosse um costume consagrado e incontroverso para a cristandade, não haveria a necessidade de um decreto, seguido por um ordenamento religioso. É evidente que essa norma proibitiva (Edito de Constantino) não resultou de um consenso preexistente, tampouco a adoção do domingo fora tão espontânea como quer João Paulo II. Nessa esteira, o Concílio de Laodicéia demonstra que a controvérsia permanecia entre a cristandade, pois a ordem era para que os cristãos trabalhassem no dia de sábado, reservando o domingo para o repouso.”<sup>234</sup>*

De fato, o Concílio de Laodicéia foi posterior ao decreto dominical de Constantino. Várias décadas após, seguindo a influência propalada por Constantino, a Igreja Romana encerrou, em 364 d.C., o Concílio de Laodicéia, emitindo a primeira lei dominical eclesiástica. Foi estabelecido no Cânone 29 que os cristãos deveriam separar o domingo às atividades sagradas e, se possível, não trabalhar neste dia, e ao mesmo tempo instruíam os fiéis a não ficar inativos no sábado, pois deveriam trabalhar neste dia.<sup>235</sup> De fato, a Igreja Católica não nega ou procura esconder a substituição do sábado para o domingo, porquanto admite francamente, até mesmo com certo orgulho, a evidência do poder que lhe foi conferido pelo próprio Deus para mudar um dos Seus mandamentos.<sup>236</sup>

O historiador grego Sócrates, que viveu no quinto século desta era, escreveu uma obra que foi a continuação da escrita por Eusébio, na qual faz a seguinte afirmação: “Quase todas as igrejas, em todas as partes do mundo, celebravam os sagrados mistérios no sábado de cada semana; todavia os cristãos de Alexandria e Roma, por causa de uma antiga tradição, tinham deixado de fazer isso”.<sup>237</sup> Outro historiador do quinto século, Sozomen, afirma que “O povo de Constantinopla, e de quase todas as partes, se reúnem no sábado, bem como no primeiro dia da semana, costume que nunca é observado em Roma ou em Alexandria.”<sup>238</sup>

Tecidas considerações acerca das origens históricas do descanso semanal, mais detidamente o descanso sabático e dominical, passemos agora à compreensão do sentido e significado do descanso semanal para os fiéis, em especial para os adventistas do sétimo dia, judeus, católicos e islâmicos, respectivamente.

<sup>234</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>235</sup> Concílio de Laodicéia, Cânone 29, In: Charles J. Hefele, *A history of the councils of the church from the original documents*, tradução e edição de Henry N. Oxenham. *Edinburg: T. & T. Clark*, 1876, vol. 2, p. 376 *apud* P. G. Damsteegt et. al., *op. cit.*, p. 346.

<sup>236</sup> Carlyle B. Haynes, *op. cit.*, p. 47.

<sup>237</sup> *Ecclesiastical History*, livro 5, cap. 22, In: *A select library of nicene and post-nicene fathers*, 2ª série, vol. II, p. 132 *apud* Carlyle B. Haynes, *Do sábado para o domingo*, p. 38.

<sup>238</sup> *Ecclesiastical History*, livro 7, cap. 19, In: *A select library of nicene and post-nicene fathers*, 2ª série, vol. II, p. 390 *apud* Carlyle B. Haynes, *Do sábado para o domingo*, p. 38.

O significado e alcance da observância sabática para os adventistas do sétimo dia encontra precisa definição nos seguintes dizeres. Vejamos:

*“Pelo fato de ser o sábado um dia de comunhão especial com Deus, no qual somos convidados a celebrar Sua graciosa atividade com o Criador e Redentor, é importante que afastemos de nós tudo que possa contribuir para reduzir sua sagrada atmosfera. A Bíblia especifica que durante o sábado devemos cessar nossas atividades seculares (Êxo. 20:10), evitando todo trabalho realizado para ganhar a vida, e todas as transações comerciais (Nee. 13:15-22). Devemos honrar a Deus não seguindo nossos próprios caminhos, não pretendendo fazer a nossa vontade, nem falando palavras vãs (Isa. 58:13).”<sup>239</sup>*

Em outras palavras, a observância do sábado é uma prova de fidelidade e lealdade do fiel para com Deus, uma questão de obediência ao tempo sagrado reservado pela lei eterna e imutável de Deus. Assim, as horas sagradas do sábado pertencem a Deus, devendo ser utilizadas somente para Ele. As atividades do deleite próprio do crente, seus negócios, seus pensamentos, não se coadunam com a observância do sábado. Toda a família deve se reunir nas horas sagradas, de um pôr-do-sol a outro pôr-do-sol, em cânticos, louvores e orações em favor do eterno amor de Deus. As atividades seculares, tanto televisivas como de qualquer outra espécie, devem ser postas de lado, não se realizando nenhuma tarefa desnecessária.<sup>240</sup>

Para a tradição judaica, o sábado – sabá ou *shabbat* – vem da raiz hebraica *shin-bet-tav*, que significa descansar ou cessar de trabalhar. No sabá, sétimo dia da semana, os judeus dedicam-se à oração e ao lar, dando boas vindas ao sabá, bem como despedindo-se dele na noite seguinte. O sabá começa dezoito minutos antes do pôr-do-sol da sexta-feira, e termina, aproximadamente, quarenta minutos após o pôr-do-sol de sábado. Hoje, cada um dos quatro ramos do judaísmo (ortodoxo, conservador, reformista e reconstrucionista) observa o sabá em conformidade com seus respectivos protocolos. A tradição ortodoxa é a mais rigorosa na obediência a todas as regras e mandamentos referentes ao sabá. Entretanto, apesar das diferenças, o sabá é observado com alta estima por todos os ramos do Judaísmo.<sup>241</sup>

Para muitos dos judeus praticantes, no sabá não é permitido dirigir, ascender luzes, ligar a televisão, sair para jantar, ou até mesmo fazer uma xícara de café fresco. Segundo o *Mishna* (código de lei judaico), é proibido arar, assar, matar um animal, escrever, construir, acender fogo, bater com um martelo, tecer, dar nós, entre outras restrições. Em verdade, tais restrições não possuem um caráter punitivo<sup>242</sup>, mas servem para “remover o devoto da vida

<sup>239</sup> P. G. Damsteegt et. al., *op. cit.*, p. 350.

<sup>240</sup> J. N. Loughborough et. at., *Manual da igreja*, p. 165-166.

<sup>241</sup> Richard D. Bank e Julie Gutin, *O livro completo sobre a história e o legado dos Judeus*, p. 58-59.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 61. No mesmo sentido, Michael Asheri, *O judaísmo vivo*, p. 127-128.

mundana e ajudá-lo a experimentar plenamente as maravilhas do sabá”.<sup>243</sup> Segundo os profetas, as restrições na observância do sabá são necessárias para se alcançar o estado espiritual desejável.<sup>244</sup>

Segundo o filósofo americano Abraham Joshua Heschel:

*“O Judaísmo ensina-nos a ligarmo-nos à santidade no espaço, a ligarmo-nos aos acontecimentos sagrados, a aprendermos como consagrar os santuários que emergem da maravilhosa corrente de um ano. Os Sabás são as nossas grandes catedrais; e o nosso Templo dos Templos é um santuário que nem os romanos nem os alemães foram capazes de deitar abaixo; um santuário que nem mesmo a abjuração pode destruir facilmente (...). O significado do Sabá é celebrar o tempo, de preferência o espaço. Durante seis dias da semana, vivemos sob a tirania das coisas do espaço; no Sabá, tentamos entrar em harmonia com a santidade no tempo. Trata-se de um dia no qual somos chamados a compartilhar tudo o que é eterno no tempo, a desviar o olhar dos resultados da Criação para olhar para o mistério da Criação; do mundo da Criação, para a Criação do mundo.”*<sup>245</sup>

O catecismo da Igreja Católica prescreve que o domingo, dia da ressurreição de Jesus Cristo, é um dia sagrado, devendo os fiéis se dedicar à celebração comunitária da eucaristia dominical, abstendo-se de trabalhos ou atividades que impedem o devido culto a Deus. As necessidades da família e de relevância social consubstanciam motivos legítimos para dispensa do repouso dominical. O domingo é tradicionalmente separado às boas obras de assistência social em prol dos doentes, enfermos e idosos. É tempo de reflexão, de silêncio, de cultura e meditação, objetivando o crescimento interior da vida cristã.<sup>246</sup>

Para os católicos, a guarda do domingo é um objetivo a ser alcançado, mas pode ser relativizada em algumas situações. Vejamos:

*“Dentro do respeito à liberdade religiosa e ao bem comum de todos, os cristãos precisam envidar esforços no sentido de que os domingos e dias de festa da Igreja sejam feriados legais. A todos têm de dar um exemplo público de oração, de respeito e de alegria de defender suas tradições como uma contribuição preciosa para a vida espiritual da sociedade humana. Se a legislação do país ou outras razões obrigarem a trabalhar no domingo, que, apesar disso, este dia seja vivido como o dia de nossa libertação, que nos faz participar desta ‘reunião de festa’, desta ‘assembléia dos primogênitos cujos nomes estão inscritos nos céus’ (Hb 12,22-23)”*<sup>247</sup>

Já para o Islã – Islamismo – a sexta-feira é a festa semanal dos muçulmanos. O dia deve ser dedicado para a invocação a Deus, e esta deve ser realizada sempre em uma mesquita, estendendo-se a todo muçulmano que seja maior, capaz e residente (excluídos os

<sup>243</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>244</sup> Arthur Hertzberg, *Judaísmo*, p. 90. Conferir também Michael Asheri, *O judaísmo vivo*, p. 135-137.

<sup>245</sup> Abraham Joshua Heschel, *The sabbath*, New York: Farrar, Straus & Young, 1951, p. 6-10 *apud* Arthur Hertzberg, *Judaísmo*, p. 93-94.

<sup>246</sup> João Paulo II *et. al.*, *Catecismo da Igreja Católica*, p. 568-572

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 572.

que estiverem em viagem). O profeta Muhammad afirma que na “(...) oração no dia da sexta-feira dirigi-vos para a invocação de Deus e deixai as vendas, porque isso é melhor para vós, sabiamente”. Em outras palavras, é vedado ao muçulmano, segundo suas crenças, trabalhar na sexta-feira, porquanto dia santo dedicado à oração. E ainda afirma o profeta que “O Senhor dos dias é o de sexta-feira: nele há uma hora na qual se o muçulmano rogar a Deus, certamente será ouvido”.<sup>248</sup>

O legítimo e sagrado direito que assiste a cada confissão religiosa, o qual resguarda o direito de descanso semanal conforme consta dos protocolos de suas doutrinas, é direito de foro íntimo intrinsecamente ligado ao exercício da fé. Para tanto, há que se considerarem as divergências apresentadas no tocante ao dia eleito, conquanto seja dever do Estado garantir e promover a livre consciência de adorar a Deus conforme individual convicção. Nesse sentido, não pode o Estado promiscuir-se com aparatos religiosos e querer dar a todos a mesma coisa – normatizar um dia específico de descanso semanal para todos. Assim, a cada qual deve ser concedido o direito de descansar conforme sua consciência e os ditames de sua fé, garantindo o pleno exercício da liberdade de religião.<sup>249</sup>

### 3.1.2. Legislação constitucional e infraconstitucional

A Constituição Federal de 1934 assegurava aos trabalhadores o “repouso hebdomadário, de preferência aos domingos” (art. 121, §1º, e); a Constituição de 1937 estabelecia que “o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local” (art. 137, d); a Constituição de 1946 garantiu o “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (...)” (art. 157, VI); e, por sua vez, a Constituição de 1967, reproduzida pela Emenda de 1969, estabelecia o “repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local” (arts. 158, VII, e 165, VII, respectivamente).

<sup>248</sup> Mohamad Ahmad Abou Fares, *Islamismo: mandamentos e fundamentos*, p. 44-45.

<sup>249</sup> Há quem diga que “O importante é que a religião mantenha a união concreta do homem com Deus e se manifeste num ato de culto, independente do dia escolhido (...)” *In*: Fernando Savater, *Os dez mandamentos para o século XXI*, p. 73.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção nº 14 para a indústria, a qual foi ratificada por 101 (cento e um) países, inclusive pelo Brasil, entrando em vigor no ano de 1932.<sup>250</sup> O art. 2º, assim dispõe, *in verbis*:

*“Todo o pessoal empregado em qualquer empresa industrial, pública ou privada, ou em suas dependências, deverá desfrutar, no curso de cada período de sete dias, de um descanso que compreenda como mínimo vinte e quatro horas consecutivas. Esse descanso será concedido ao mesmo tempo, sempre que possível com os dias consagrados pela tradição ou os costumes do país ou da região.”*

No mesmo sentido, a Convenção nº 106 da OIT, de 1957, para o comércio e escritório, ratificada por 49 (quarenta e nove) países, inclusive o Brasil, asseverou “um período de descanso semanal ininterrupto de vinte e quatro horas, como mínimo, no curso de cada período de sete dias” (art. 6º). Ainda prevê que o descanso será concedido, simultaneamente, sempre que possível, a todo o pessoal, e que coincidirá, quando possível, com o dia da semana consagrado ao descanso pela tradição ou os costumes do país ou da religião.<sup>251</sup>

No Brasil, segundo o Decreto-lei nº 2.308, foram fixadas normas que foram recepcionadas pela CLT em 1943, regidas pela Lei nº 605 de 1949 e regulamentada pelo Decreto nº 27.048.<sup>252</sup> O art. 7º, inciso XV<sup>253</sup>, da vigente Constituição Federal, afirma que o descanso semanal remunerado será preferencialmente aos domingos. Diversamente, o art. 67<sup>254</sup> da CLT (Lei 5.452/42) prescreve que o descanso semanal deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte. Mas, por ser norma anterior à Constituição e hierarquicamente inferior, esta prerrogativa está no campo da possibilidade, e não da obrigatoriedade. Foi estabelecido como princípio constitucional que “o descanso semanal será preferencialmente no domingo, não o sendo recairá sobre outro dia da semana, a critério do empregador”.<sup>255</sup>

Entretanto, a posição de Valentin Carrion é outra. Vejamos:

*“O trabalho em dias em que os filhos, a esposa e os amigos descansam, contribui para a dissolução dos laços gregários, tão importantes para a própria sociedade, e a estabilidade do indivíduo; também repercute sobre a produção, a economia, a criminalidade etc., etc. É que, via de regra, o homem que trabalha durante a semana, em grande parte, o faz com a esperança de atingir o dia de descanso, como prêmio. O descanso deverá coincidir com o domingo, salvo se a empresa estiver autorizada a fazê-lo, ou em caso de força maior; o contrário constitui ilegalidade.”*<sup>256</sup>

<sup>250</sup> Amauri Mascaro Nascimento, *Direito do trabalho na constituição de 1988*, p. 180.

<sup>251</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>252</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>253</sup> “Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”

<sup>254</sup> “Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.”

<sup>255</sup> Amauri Mascaro Nascimento, *op. cit.*, p. 180-181.

<sup>256</sup> Valentin Carrion, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, p. 70.

Quanto à promoção da eficácia necessária para promover não somente o direito de descanso semanal tradicionalmente destacado pela Constituição, mas, sobretudo, o direito de guarda religioso, em especial aos guardadores do sábado, há diversas legislações estaduais e municipais, bem como um projeto de lei federal que tramita no Congresso Nacional. A legislação que será doravante abordada trata da questão do descanso semanal se referindo ao tema com a terminologia dia de guarda.

A Lei nº 10.435<sup>257</sup>, do Estado de São Paulo, estabelece os casos de segunda chamada nos exames e provas para alunos de estabelecimentos de ensino estaduais de 1º e 2º grau. Entre os motivos arrolados, consta a escusa por motivo religioso. Ainda no Estado de São Paulo, temos a Lei nº 12.142<sup>258</sup>, a qual estabelece períodos para a realização de concursos ou processos seletivos para provimentos de cargos públicos e de exames de vestibulares, atendendo às necessidades do descanso sabático, designando a data para realização da avaliação no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre 8h e 18h. Quando inviável a alteração da data pela entidade organizadora será concedido ao candidato possibilidade de fazer a prova após as 18h, mediante as condições estabelecidas na referida lei.<sup>259</sup>

No Estado do Rio de Janeiro, temos a Lei nº 2.874<sup>260</sup>, a qual autoriza o Poder Executivo Estadual “(...) a dispensar os seus funcionários, que professam a religião judaica nos dias determinados à observância de Yom Kippur, Pessach e Rosh Hashaná.”, não podendo acarretar, aos funcionários, “prejuízos de seus direitos e vantagens” (arts. 1º e 2º).

Também no Estado do Rio de Janeiro, temos a Lei Estadual nº 3.417<sup>261</sup>, a qual institui, no calendário do referido estado, a semana protestante, promovendo, entre outras atividades, seminários educativos, festival de música gospel, palestras sobre prevenção ao uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis e diversos tipos de violência, como também sobre a origem do protestantismo.

O Estado do Mato Grosso, na Lei nº 2.104<sup>262</sup>, trata amplamente do dia de descanso semanal religioso, regulando o acesso aos cargos públicos, à educação, a realização de provas e exames escolares em dia alternativo, assim como alternativa legal ao descanso semanal remunerado do labor.

---

<sup>257</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>258</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>259</sup> Tendo em vista que esta lei é objeto da ADI nº 3.714, a análise a respeito da sua inconstitucionalidade dar-se-á no capítulo 3.4.

<sup>260</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>261</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>262</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

Por seu turno, a Lei nº 11.662<sup>263</sup>, do Estado do Paraná, e, semelhantemente, a Lei nº 6.140<sup>264</sup>, do Estado do Pará, dispõem que os exames vestibulares não serão realizados no período compreendido entre 18h da sexta-feira e 18h de sábado, em todas as instituições de ensino, tanto da rede pública quanto da rede privada. Também prevê o abono de faltas àqueles que, por motivo religioso, não puderem frequentar as aulas e atividades acadêmicas no mesmo período.

No Estado de Rondônia, a Lei Estadual nº 1.631<sup>265</sup>, estabelece períodos para a realização de provas de concursos públicos e exames de vestibulares, que não deverão coincidir com o período compreendido entre 18h da sexta-feira e 18h do sábado. Também prevê o abono de faltas àqueles que, por motivo religioso, não puderem frequentar as aulas e atividades acadêmicas no mesmo período.

A Lei Distrital nº 1.784<sup>266</sup>, alterada pela Lei Distrital nº 2.971<sup>267</sup>, também estabelece períodos para a realização de provas de concursos públicos e exames de vestibulares, que não deverão coincidir com o período compreendido entre 18h da sexta-feira e 18h do sábado, bem como prevê abono de faltas àqueles que, por motivo religioso, não puderem frequentar as aulas e atividades acadêmicas no mesmo período. Ainda, quando inviável a realização em dia que não compreenda o período mencionado, o candidato deverá ficar incomunicável, iniciando a prova após as 18h do sábado ou, quando estiver vigorando o horário de verão, poderá iniciar a prova após as 19h30.

Todavia, a Lei Distrital nº 1.784 foi declarada inconstitucional pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007.00.2.005006-4<sup>268</sup>, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. A referida lei, proposta por iniciativa parlamentar, teve sua inconstitucionalidade decretada por vício formal, visto que, segundo a Lei Orgânica do Distrito Federal, compete exclusivamente ao Governador do Distrito Federal dispor sobre matéria efeta a regras relacionadas ao provimento de cargos públicos e funcionamento de órgãos da Administração Pública do Distrito Federal. No tocante à Lei Distrital 2.971, também foi declarada inconstitucional por arrastamento, porquanto guarda vínculo de dependência com a Lei Distrital nº 1.784, segundo a teoria da inconstitucionalidade derivada.

---

<sup>263</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>264</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>265</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>266</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>267</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice A.

<sup>268</sup> Inteiro teor da lei no Apêndice B.

Segundo o voto vencido do Des. João Mariosi, a via adequada para discutir a inconstitucionalidade da referida lei é a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF (arts. 102, I, “a”, e 125, §2º, ambos da CF/88), haja vista que a Lei Orgânica do Distrito Federal equipara-se em sua força, autoridade e eficácia jurídicas, a uma verdadeira constituição estadual.

No Estado de Santa Catarina, a Lei Estadual nº 14.607, que alterou a Lei 11.225<sup>269</sup>, regulou corretamente a questão do horário sabático, pois, conforme já mencionado, o dia bíblico tem início no pôr-do-sol da sexta-feira e finda no pôr-do-sol de sábado, e muitas vezes não corresponde exatamente às 18h. O seu conteúdo, semelhante às demais leis mencionadas, prevê que a realização de provas de concursos públicos e exames vestibulares, de instituições públicas ou privadas, não deverão coincidir com o sábado bíblico e, quando inviável, o candidato deverá ficar incomunicável até o pôr-do-sol, momento em que iniciará a prova ou exame vestibular.

Tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2.171/2003, que teve a sua redação final aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça, em 09 de junho de 2009, o qual dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência aos alunos impossibilitados de comparecer à escola por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa. *In verbis*:

*“Art. 1º É assegurado ao aluno, por motivo de liberdade de consciência e de crença religiosa, requerer à escola em que esteja regularmente matriculado, seja ela pública ou privada e de qualquer nível de ensino, que lhe sejam aplicadas provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa.*

*Parágrafo único. A escola fixará data alternativa para a realização da obrigação acadêmica, que deverá coincidir com o período ou o turno em que o aluno estiver matriculado, ou contar com expressa anuência dele se em turno diferente daquele.*

*Art. 2º Poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos no art. 1º desta Lei, requerer à escola que, em substituição a sua presença em sala de aula e para fins de obtenção de frequência, lhe seja assegurado que esta lhe seja dada em aula a ser ministrada em outro dia e horário, apresentar trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica determinados pela escola, observados os parâmetros curriculares e o plano de aula do dia de ausência do aluno.*

*(...)”*

Podemos, ainda, mencionar algumas legislações municipais que regulam a questão do descanso religioso. A Lei nº 745, de 21 de outubro de 1998, da Prefeitura Municipal de Penápolis/SP, trata da questão dos concursos públicos para ingresso na Administração Pública, que não devem coincidir com o sábado bíblico. No Município de São José do Rio Preto, conforme dispõe a Lei nº 7.146, de 10 de junho de 1998, é vedada a realização de

<sup>269</sup> Inteiro teor da lei, com suas respectivas alterações, no Apêndice A.



concursos públicos aos sábados. Já a Lei nº 2.581, de 13 de setembro de 1999, do Município de Cubatão, regulamenta o abono de faltas e a reposição da carga horária dos estudantes. Por fim, temos a Lei nº 4.194, de 05 de março de 1999, do Município de Lins, que veda a aplicação de concursos públicos e provas escolares aos sábados, bem como a convocação extraordinária para o serviço público no sábado.

### 3.1.3. Normas de direito internacional

A declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de novembro de 1981 – Resolução 36/55 – estabelece que, a partir dos objetivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais de direitos humanos, o Estado deve primar pela liberdade de pensamento, de consciência e de religião, bem como pela não-discriminação por motivos religiosos. A declaração estabelece, em seu art. 6º, alínea “h”, a liberdade de “(...) observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção”, sem prejuízo do que dispõe o parágrafo 3º do artigo 1º. *In verbis*:

*“A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.”*

Esta mesma declaração internacional também dispõe, em seu artigo 1º, que “Ninguém será sujeito à coerção por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas que debilitem sua liberdade de religião ou crença de sua livre escolha.”

O Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, assim dispõe, em seu art. 12, *in verbis*:

*“Liberdade de Consciência e Religião*

*1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas 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 como em privado.*

*2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença.*

*3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está limitada unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.”*

Entretanto, as duas normas de direito internacional supracitadas não foram ratificadas pelo Congresso Nacional através do procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF). Não obstante, antes da EC nº 45, que incluiu o procedimento formal incorporatório, as normas de direito internacional que versem sobre direitos humanos, e das quais a República Federativa do Brasil seja parte, possuem vigência no ordenamento constitucional com *status* de norma constitucional.<sup>270</sup> Com o advento do procedimento formal incorporatório, surgiu a divergência alhures abordada: *status* de norma constitucional (conceito materialmente aberto da Constituição) ou *status* de supralegalidade.<sup>271</sup>

A ONU, na sua célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217A, da III Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, assim dispõe em seu artigo 18, *in verbis*:

*“Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”*

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, que entrou em vigor na data de 24 de abril de 1992, dispõe em seus arts. 18, 26 e 27, *in verbis*:

*“Artigo 18*

*Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito 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 privada, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.*

*Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.*

*A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à proteção da segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem.*

*(...)*

*Artigo 26*

*Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra*

<sup>270</sup> Posição adotada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*; Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*; Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos*; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*; Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos & relações internacionais*; Celso de Albuquerque Mello et. al., *Teoria dos direitos fundamentais*; e Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*.

<sup>271</sup> Ver os capítulos 1.8.1 e 1.8.2.

*qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer opinião.*

*Artigo 27*

*Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de terem em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua.*

*(...)”*

O que será discutido doravante, nesse sentido, serão justamente os reflexos deste conteúdo normativo sobre o ordenamento jurídico, em especial qual a concretude que, efetivamente, deverá ser conferida ao direito fundamental ao descanso semanal, bem como a sua fundamentalidade sob a óptica do descanso semanal de acordo com os preceitos religiosos desta ou daquela religião.

#### **3.1.4. Fundamentalidade do descanso semanal.**

De acordo com a legislação internacional citada no capítulo anterior, o descanso semanal foi tratado literalmente como dia de descanso semanal em conformidade com os preceitos desta ou daquela religião. Não obstante a terminologia adotada nas legislações infraconstitucionais – dia de guarda – o mais adequado, conforme a Constituição Federal e as normas de direito internacional que dispõe acerca do assunto, é a observância do descanso semanal, no seu sentido específico, ou seja, em conformidade com os preceitos estabelecidos pela religião adotada pelo indivíduo. Com efeito, o conteúdo atribuído ao direito fundamental ao descanso semanal deve ser compreendido através dos princípios estabelecidos pelas normas internacionais.

A fundamentalidade do descanso semanal aqui tratada não decorre do conteúdo atribuído pelo direito social ao descanso semanal remunerado (art. 7º, XV, da CF), mas sim do conceito materialmente aberto da constituição, já visto no capítulo 1.8, isto é, na medida em que se estabeleceu que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º, da CF), pairando sobre este assunto divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no ordenamento

jurídico.<sup>272</sup> Assim, há o conceito implícito de que todos os direitos fundamentais sejam expressos (constitucionais ou internacionais), implícitos ou decorrentes (do regime e dos princípios constitucionais), teriam as mesmas prerrogativas de autenticidade e eficácia quanto ao conteúdo e dignidade.<sup>273</sup>

Na concepção material dos direitos fundamentais, há o princípio hermenêutico *inclusio unius alterius est exclusius*, isto é, existem regras que são indiretamente deduzidas ou implícitas na constituição e possuem aplicabilidade como norma de direito fundamental.<sup>274</sup> Partido desse pressuposto, a fundamentalidade do descanso semanal decorre do princípio da liberdade de religião (art. 5º, VI, da CF), e da concretude necessária que deverá ser atribuída a este princípio sob o óptica da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)<sup>275</sup>, bem como pelo princípio da cooperação<sup>276</sup> – representação pela dimensão objetiva da liberdade de organização religiosa.<sup>277</sup>

Outrossim, quanto ao conceito implícito de que os direitos fundamentais expressos em normais de direito internacional – adotando-se a posição da constituição materialmente aberta exposta no capítulo 1.8.1, mais especificamente a teoria monista – a fundamentalidade do descanso semanal decorre do conteúdo disposto nas normas de direito internacional apresentadas, conferindo, portanto, a concretude necessária a garantir que o sentido e significado do descanso semanal seja compreendido à luz dos preceito desta ou daquela religião, encontrando óbice apenas no que diz respeito às limitações legais que visam proteger a segurança, a ordem, a saúde, a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais cidadãos.<sup>278</sup>

Por estas razões, a proteção às minorias religiosas [guardadores do sábado] é um direito fundamental que faz parte do art. 5º da Constituição Federal, embora não previsto expressamente. Há quem entenda que a democracia funda-se no consenso das maiorias, e que a liberdade de religião deve seguir esta orientação. Entretanto, tal entendimento é demasiadamente equivocado, porquanto o mencionado Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos faz parte do ordenamento jurídico, bem como possui *status* de norma

<sup>272</sup> Marcelo Novelino, *Direito constitucional*, p. 380.

<sup>273</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 103.

<sup>274</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 90-91.

<sup>275</sup> Vide Capítulo 2.1.

<sup>276</sup> Vide Capítulo 2.3.

<sup>277</sup> Jayme Weingartner Neto, *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, p. 75-76.

<sup>278</sup> Vide declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções no Capítulo 3.1.3.

constitucional, tendo em vista ter sido ratificado, mediante decreto legislativo, pelo Congresso Nacional.<sup>279</sup>

### 3.2. Concursos públicos e vestibulares: definição, princípios e competência

A realização de concursos públicos é ato obrigatório da Administração Pública, conforme preconiza o art. 37, inciso II, da CF, *in verbis*:

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

Os concursos públicos estão subordinados a alguns dos princípios constitucionais de direito administrativo, quais seja, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, *ex vi* do que determina o art. 37, da CF, *in verbis*:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”*

Acerca da definição de concurso público, José dos Santos Carvalho Filho apregoa que:

*“Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica dos interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam barreiras opostas ao procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuidas-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.”<sup>280</sup>*

Com efeito, o concurso público encontra fundamento no sistema de mérito, porquanto no certame todos os candidatos são submetidos às mesmas condições, o que propicia que os melhores sejam recrutados. Não obstante os mencionados princípios administrativos do art. 37 da CF, o concurso público encontra fundamento também em 3 (três) postulados fundamentais, quais sejam, os princípios da igualdade (isonomia), da moralidade administrativa e da competição.<sup>281</sup> Os princípios da igualdade (isonomia) e da competição já foram tratados no capítulo 2.4. Já o princípio da moralidade administrativa é verdadeiro “indicativo de que o

<sup>279</sup> Cf. Aldir Guedes Soriano, *Liberdade religiosa no ordenamento jurídico constitucional e internacional*, p. 112. Sobre o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, vide capítulo 3.1.3.

<sup>280</sup> José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 595-596.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 597.

concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos.”<sup>282</sup>

Quanto à sua realização, os concursos públicos não são regulamentados quanto à sua forma ou procedimento em sede constitucional. É ato administrativo que necessita de banca examinadora ou comissão examinadora, devendo ser regularmente estabelecida com sujeitos idôneos e capazes oriundos do quadro de servidores ou não.<sup>283</sup> Contudo, o que se vê, na prática, são contratos administrativos realizados através de procedimento licitatório com particulares, o qual delega a terceiro a tarefa de realizar todo o certame, desde a elaboração do edital até o julgamento dos recursos e publicação do resultado classificatório.

Das decisões da banca ou comissão examinadora sempre caberá recurso para órgãos superiores, haja vista que o regime democrático adotado pelo Brasil na Constituição Federal (preâmbulo e art. 1º, *caput*) não admite, em regra, decisões únicas, soberanas e irrecorríveis. Vale lembrar que, conforme o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), sempre caberá apreciação judicial da decisão administrativa do resultado dos concursos quanto aos aspectos da legalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, como também dos critérios utilizados para julgar e classificar os candidatos avaliados.<sup>284</sup>

A educação é um direito fundamental que encontra previsão no rol dos direitos sociais do art. 6º da CF. Também é direito universal e dever do Estado propiciar o desenvolvimento da pessoa humana, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (art. 205, da CF). Tem como princípio a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I, da CF). Ainda que seja dever do Estado prestar educação, é livre à iniciativa privada a prestação de serviços educacionais, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional, mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 206, I e II, da CF).

A previsão legal que exige processo seletivo (vestibular) para preenchimento das vagas disponíveis nas universidades federais, nos cursos de graduação, está prevista no art. 44, inciso II<sup>285</sup>, da Lei 9.394<sup>286</sup>, de 20/12/1996. Para cursos de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização,

<sup>282</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>283</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 362.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>285</sup> “II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;”

<sup>286</sup> Esta lei estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

aperfeiçoamento e outros, exige-se basicamente o diploma de conclusão do curso de graduação e uma ou outra exigência da instituição de ensino (art. 44, III, da Lei 9.394/96). O processo seletivo para preenchimento de vagas nas universidades federais, comumente intitulado vestibular, é organizado *in totum* pela instituição de ensino, desde a fase de elaboração do edital, correção das provas, julgamento dos recursos e publicação dos resultados.<sup>287</sup> Nas universidades privadas, cabe à instituição de ensino organizar o vestibular, desde que obedecidas às diretrizes constitucionais, da Lei 9.394/96 e do MEC.

Pelo exposto, pode-se inferir que o direito de acesso à educação, bem como o direito de acesso aos cargos públicos, constituem-se legítimos direitos fundamentais, visto que decorrentes dos princípios (direitos fundamentais) adotados pela Constituição (art. 5º, §2º, da CF), ou seja, decorrente do direito fundamental à educação (art. 6º, da CF), do direito fundamental da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), bem como do direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)

### **3.3. A voluntariedade do fiel e a neutralidade axiológica do Estado.**

Apesar do Estado brasileiro professar-se laico, ainda sim, em alguns casos, é intimamente influenciado por determinado seguimento religioso tradicional, como também, de certo modo, discrimina e hostiliza minorias religiosas não pertencentes à religião tradicional, ou até ateus e agnósticos.<sup>288</sup>

Neste diapasão, entende-se que para haver uma efetiva liberdade religiosa, o Estado deve pautar-se pela neutralidade axiológica, abstendo-se de invadir a esfera de assuntos dogmáticos e doutrinários concernentes às diversas instituições religiosas, no intuito de que o voluntarismo da fé seja protegido, preservando a liberdade de escolha ideológica através do dissenso interconfecional existente. Assim, o Poder Público não deve privilegiar determinado seguimento religioso, ainda que sutilmente, tampouco prejudicar, visto que qualquer

---

<sup>287</sup> O art. 44, da Lei 9.394, determina, em seu parágrafo único, que “Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do **caput** deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como do cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital.” (grifo original).

<sup>288</sup> Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *O respeito, pelo Poder Público, aos dias de guarda religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em dias sagrados de descanso e orações*. In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 277.

favoritismo a determinada(s) religião(ões) estaria por emitir um juízo de exclusão àqueles que professam uma fé minoritária.<sup>289</sup>

Ao Estado não é permitido emitir juízo de valor quanto à validade, veracidade ou respeitabilidade de qualquer ensinamento religioso. Deve primar pelo princípio da igualdade, garantindo um ordenamento jurídico protetivo e pluralista, a fim de preservar as confissões de fé, não interferindo, ainda que minimamente, nas decisões individuais (voluntarismo) de escolha de qualquer que seja o seguimento religioso que o indivíduo tenha decidido seguir. A cláusula de separação do Estado e Igreja deve garantir, além do voluntarismo em matéria de fé, a autenticidade das manifestações religiosas, ou seja, a manutenção da forma e padrões pré-estabelecidos, a fim de que a crença seja preservada na sua originalidade, isto é, irretocável quanto à intromissão estatal.<sup>290</sup>

A neutralidade axiológica em matéria de fé não significa que o Estado deva permanecer inerte às questões de fé, acomodando-se indiferentemente em relação às igrejas, porquanto é necessário que exista cooptação quanto às atividades assistenciais e filantrópicas, como também fiscalizadoras e, sobretudo, que é o ponto central, não emitir normas gerais a todos impostas que possam prejudicar, uma, algumas ou todas as religiões. Neste contexto, para que haja uma efetiva concretização do princípio da liberdade em sentido material (e não apenas formal), pode o ente público proporcionar tratamento diferenciado e especializado às diversas manifestações de crenças, propiciando, assim, que o mérito voluntarista em matéria de fé seja intrínseco e não impositivo.<sup>291</sup>

As datas de realização de exames vestibulares e concursos públicos, quando entram em colisão com o dia sagrado de descanso e orações, atinge aqueles indivíduos que, conforme os imperativos de sua fé, entendem que o sábado é um dia sagrado. Não raro, deixa-se de possibilitar data alternativa, sob a alegação de que, assim, mantém-se incólume a cláusula de separação entre Igreja e Estado. Com efeito, o direito fundamental ao descanso semanal na realização de concursos públicos e vestibulares traz a seguinte questão: deve o indivíduo abrir mão dos ditames de sua fé e realizar o certame ou vestibular, que é indispensável à sua profissionalização ou educação, ou não realizar por motivo de convicção religiosa?<sup>292</sup>

A escolha de um dia de descanso religioso (sexta-feira, sábado ou domingo), para a aplicação de avaliação de exame para aprovação em concurso público ou seleção para vaga em universidade pública, é um ato discricionário da Administração Pública que, segundo os

---

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 277-278.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 278-281.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 284-294.

<sup>292</sup> C.f. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *op. cit.*, p. 301-302.



critérios de conveniência e oportunidade, não é nem de longe uma imposição legal. Revela-se, pois, ato discricionário desvinculado de qualquer imposição legal ou determinação administrativa. É um ato de escolha da Administração Pública ou de seus delegatários incumbidos de tal missão.<sup>293</sup>

Vejam, por exemplo, a excepcional permissão conferida aos adeptos de religiões que ingerem o chá *ayahuaska* – droga alucinógena e ilícita – para que possam utilizá-lo em suas liturgias sem terem seus direitos de liberdade religiosa infringidos, visto que faz parte dos fundamentos de suas crenças, bem como a permissão para que os fiéis de religiões que sacrificam animais não respondam perante a autoridade ambiental. Essas exceções não se adequam à orientação de não-intervenção na esfera religiosa segundo a concepção de atuação negativa do Estado frente à realidade das manifestações culturais, mas, sobretudo, revela-se verdadeira atuação reguladora (positiva), permitindo que tais fiéis não sejam responsabilizados, ainda que suas práticas sejam ilícitas.<sup>294</sup>

Gize-se que tais grupos, por serem minoritários e vulneráveis, são colocados em situação subalterna, e que, a partir dos valores democráticos e plurais, não se deve admitir que os cidadãos sejam subjugados a terem de renunciar aos ditames de sua fé a fim de resguardar a efetividade do direito fundamental de acesso à educação e cargos públicos.<sup>295</sup>

Para tanto, aduz Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro que:

*“(...) A plena possibilidade de conciliação prática de todos esses direitos fundamentais (liberdade religiosa, ensino e trabalho), sem que, para tanto, nenhum deles precise sofrer qualquer restrição em seu alcance, impõe à máquina pública a adoção de todas as adequações que se fizerem necessárias (adequação que, no caso, se limita ao oferecimento de uma opção alternativa), pois a frustração de direitos de índole fundamental não pode ser motivada por questões de comodidade administrativa por parte do Estado”*<sup>296</sup>

Neste diapasão, o ato discricionário da Administração Pública encontra óbice exatamente no direito fundamental ao descanso semanal. Tal ato discricionário deve, portanto, estar subordinado à finalidade de um bem maior, que é garantir a possibilidade de acesso, mediante avaliação, à educação pública ou ao serviço público.<sup>297</sup>

<sup>293</sup> Aldir Guedes Soriano, *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 198.

<sup>294</sup> Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, *op.cit.*, p. 302.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>296</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>297</sup> Cf. Aldir Guedes Soriano, *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, In: Valerio de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano (Coords.), *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 200.

Pelo exposto neste capítulo, foi possível compreender o sentido e significado atribuído ao descanso semanal, seja na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como as normas que tratam do assunto, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como nos tratados internacionais. Ainda, vimos definições, princípios e competência dos concursos públicos e vestibulares, como também a questão da afetação da vontade intrínseca do fiel em escolher esta ou aquela religião (ou permanecer nela) e a posição de indiferença (ou não) do Estado em relação à questão da realização de concursos públicos e vestibulares em datas consagradas para o descanso semanal religioso. Tais conceitos serão necessários para uma análise *in concreto* da jurisprudência pátria, isto é, servirão de arcabouço fático para compreender o sopesamento de princípios.

## 4. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

### 4.1. Análise Jurisprudencial

Quanto à questão descanso semanal sabático, algumas decisões de tribunais brasileiros têm sido contra a realização da prova em horário alternativo, justificando, pois, que estariam por favorecer determinados candidatos. A título de ilustração temos o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, proferido nos autos do RMS nº 16.107/PA<sup>298</sup>. Foi decidido que o concurso público está subordinado aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, não permitindo nenhum tratamento diferenciado aos candidatos sem expressa autorização em lei ou no edital. O STJ entendeu que não houve violação dos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CF, visto que a Administração Pública não poderia estabelecer, após a publicação do edital, critérios diferenciados de favoritismo ou perseguição entre os candidatos.

Em outras palavras, entendeu o STJ que o edital deverá prevalecer sob o direito fundamental da liberdade de religião, concedendo eficácia plena ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, porquanto o edital é a lei do certame. Entretanto, a decisão está equivocada, na medida em que dá prevalência a princípios da Administração Pública em detrimento de direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade de religião e acesso ao trabalho, o que não pode ser admitido, dada a posição hierarquicamente superior que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico-constitucional. Ademais, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório sequer é princípio constitucional.<sup>299</sup> Verifica-se, ainda, que o núcleo essencial do direito fundamental da liberdade de religião foi atingido.

Noutro giro, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, em recurso de Apelação, nos autos de nº 2003.70.00.017703-1<sup>300</sup>, julgado em 18-10-2007, concedeu a segurança, determinando que a Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná concedesse o direito da impetrante assistir às aulas pela manhã e ter as faltas abonadas,

<sup>298</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

<sup>299</sup> O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto no art. 41 da Lei 8.666, de 21-06-1993, o qual prevê que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”, ou seja, há a obrigatoriedade da administração em respeitar estritamente as regras previamente estabelecidas para disciplinar o certame. *In: Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo*, p. 500.

<sup>300</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

porquanto estava matriculada no período noturno, encontrando óbice, portanto, de frequentar as aulas na sexta-feira à noite.

A referida decisão, assentada na premissa de que não há separação radical entre o Estado e a Igreja, permitiu um âmbito de cooperação, segundo moderna doutrina da liberdade religiosa, a qual admite um pluralismo de idéias, tais como os princípios da não-confessionalidade, da tolerância e da diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconheceu a existência da colisão entre direitos fundamentais e a necessidade de conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Não reconheceu a possibilidade da prevalência dos princípios da legalidade e da igualdade sobre a liberdade de religião e ao direito à educação, objetivando, no caso concreto, a proteção ao núcleo essencial da liberdade de religião: “liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa”.<sup>301</sup>

O STF, na Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 389<sup>302</sup> – determinou, em sede de contracautela, a suspensão da decisão proferida pelo desembargador Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3 – (autos do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0), que determinou a alteração da data designada para a realização das provas do ENEM para um dia útil. A controvérsia paira entre a medida alternativa – realizar a prova após o pôr-do-sol do sábado – ou dia alternativo – que não seja o sábado bíblico. Os autores da ação foram 21 (vinte e um) estudantes do Centro de Educação Religiosa Judaica, os quais pretendiam a modificação da data *ad argumentandum* que a observância do *shabat* judaico não permite confinamento e incomunicabilidade segundo suas tradições milenares.

A decisão do STF, portanto, foi de conceder apenas medida alternativa, como já concedia aos adventistas do sétimo dia, em situações análogas, e que o caso merece especial atenção, visto que tramitam duas ações diretas de inconstitucionalidade na Corte. Fundamentou a decisão ao argumento de que a alteração na data causaria problemas de ordem pública e também afetaria a segurança jurídica no que concerne a outras inúmeras situações que poderiam advir. O Min. Marco Aurélio, voto vencido, entendeu que deveria ser preservada a liberdade religiosa para manter a decisão do TRF3, a qual determinou que a data fosse designada para um dia útil.

Infere-se, portanto, que a questão da neutralidade da atuação do Estado, frente à eficácia do direito fundamental ao descanso semanal, ainda não é uma matéria pacificada na jurisprudência. Foi concedida alternativa à realização da prova do ENEM, mantendo a

---

<sup>301</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

<sup>302</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

posição já adotada, qual seja, a permanência dos candidatos em sala, incomunicáveis, para realizar a prova após o pôr-do-sol, em conformidade com o disposto na parte final do inciso VIII, do artigo 5º, da CF.<sup>303</sup>

Impende destacar que tramita, no STF, a ADI nº 3.901<sup>304</sup>, impetrada pela Procuradoria-Geral da República em impugnação à já citada Lei nº 6.468/1998, do Estado do Pará. Aduz a Douta Procuradoria que a referida lei, de iniciativa parlamentar, usurpou competência privativa do chefe do Executivo para provimento de cargos públicos (art. 61, §1º, II, *c*, da CF), pois compete ao governador, dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração estadual, em simetria ao disposto no art. 84, VI, *a*, da CF. Quanto aos estabelecimentos de ensino particulares, aduz que a competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional é privativa da União (art. 22, XXIV, da CF). Por fim, afirmou que as universidades gozam de autonomia administrativa (art. 207, da CF).

Para fundamentar sua decisão, o Tribunal citou o julgado da ADI 2.806<sup>305</sup>, a qual julgou inconstitucional a já mencionada Lei nº 11.830, do Estado do Rio Grande do Sul. Afirmou que a lei padece de vício formal, porquanto proposta pela Assembléia Legislativa, a qual usurpou competência do chefe do Executivo, violando o princípio da separação de poderes. A lei, ao dispor acerca de diretrizes para entidades de ensino público, usurpou a competência constitucional do governador de dispor sobre a organização e funcionamento dos órgãos públicos, mais especificamente das escolas públicas. No âmbito das instituições de ensino privado, houve violação à competência constitucional privativa da União. Por fim, aduziu haver violação à autonomia constitucionalmente garantida às instituições de ensino.

Outro processo que tramita no STF é a ADI nº 3.714<sup>306</sup>, de relatoria do Min. Carlos Ayres Brito, ajuizada pela COFENEM – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – contra a referida lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005, a qual foi vetada pelo governador e publicada pela Assembléia Legislativa. É objeto de impugnação por violar, supostamente, os incisos VI e VIII do art. 5º da CF, infligindo, portanto, garantia constitucional de outros grupos religiosos no Brasil, bem como a própria concepção de estado laico.

O STF reconheceu haver repercussão geral no RE 611.874<sup>307</sup>, interposto pela União, em face de decisão do TRF1 que concedeu a ordem para designar prestação alternativa para

---

<sup>303</sup> Ver, nesse sentido, Informativo do STF no Apêndice B.

<sup>304</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

<sup>305</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

<sup>306</sup> Inteiro teor da decisão no Apêndice B.

<sup>307</sup> Ver Notícia do STF no Apêndice B.

realização de teste de aptidão física. O candidato que teve o seu direito fundamental violado é adventista do sétimo dia, tendo obtido aprovação em 1º lugar no concurso público para provimento de cargo de técnico judiciário do TRF1. A controvérsia reside no fato de que o teste de aptidão pode ser realizado em qualquer outro dia, não estando subordinado ao princípio da igualdade (isonomia). Este processo ainda está pendente de julgamento pela Suprema Corte.

Conforme levantamento jurisprudencial realizado por Letícia de Campos Velho Martel, nos âmbitos dos tribunais estaduais e federais, STJ e STF, 93,10% dos casos analisados envolvem membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia e o direito ao descanso semanal sabático. Aponta que preponderaram argumentos do tipo interesse público como posição absoluta para fundamentar as decisões, bem como *deficit* de fundamentação e ausência de padrão decisório para demonstrar a prevalência deste ou daquele princípio. Muitas das decisões analisadas foram tidas como argumentos retóricos e, em grande parte dos julgados analisados, constatou-se a ausência de cotejamento dos precedentes.<sup>308</sup>

#### 4.2. Princípios de interpretação constitucional

Segundo a dogmática de J. J. Gomes Canotilho há um catálogo dos princípios tópicos de interpretação constitucional, o qual foi desenvolvido partindo de uma visão metodológica hermenêutico-concretizante. São eles os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima afetividade, da conformidade constitucional, da concordância prática ou harmonização e da força normativa da constituição. O catálogo, nesse sentido, foi desenvolvido no sentido de propiciar auxílio na tarefa do intérprete<sup>309</sup> e, para nós, auxiliar na interpretação das normas de direitos fundamentais.

Segundo o princípio da unidade da constituição, a constituição deve ser interpretada como um todo, de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Assim, cabe como tarefa precípua do intérprete, “(...) considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”<sup>310</sup>

Ainda segundo o mestre lusitano, o princípio do efeito integrador significa que, no ato interpretativo, deve-se dar primazia à integração política e social, como também propiciar

<sup>308</sup> “*Laico, mais nem tanto*”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. In: Revista Libertas, Estudos em direito, estado e religião, p. 117-132.

<sup>309</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1223.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 1223-2224.

reforço à unidade política, conduzindo a “soluções pluralisticamente integradoras”, evitando, portanto, a concepção integracionista do Estado e da sociedade, condizentes a reducionismos, fundamentalismos ou autoritarismos.<sup>311</sup>

O princípio da máxima efetividade, ou da interpretação efetiva, tem sido muito invocado no âmbito dos direitos fundamentais, sobretudo na concretização destes. Significa, pois, atribuir a máxima eficácia à norma constitucional. Para tanto, em havendo dúvida no ato interpretativo, deve-se dar preferência à interpretação que confira a máxima efetividade à norma de direito fundamental.<sup>312</sup>

O princípio da conformidade constitucional (ou funcional) objetiva impedir alterações de funções e competências atribuídas em sede constitucional, relativamente aos órgãos da Administração Pública e aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Ademais, tem sido admitido hoje mais como um princípio de autonomia no que se refere às competências constitucionalmente estabelecidas do que como um princípio de interpretação.<sup>313</sup>

Por sua vez, o princípio da concordância prática ou da harmonização, prescreve que deve haver uma coordenação e combinação dos bens jurídicos tutelados de tal forma a evitar o sacrifício total de um relativamente ao outro. Na ordem dos direitos fundamentais, deve-se preservar o núcleo essencial – o conteúdo essencial da norma garantidora do direito fundamental. Para tanto, quando há uma colisão de direitos fundamentais, devem ser estabelecidos certos limites e condicionamentos recíprocos objetivando uma harmonização ou concordância prática entre eles.<sup>314</sup>

Por fim, tendo por objetivo precípuo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se primar por uma ótima eficácia da constituição, segundo os pontos de vista conforme os pressupostos normativos estabelecidos na própria constituição. Com efeito, deve-se priorizar, nesse sentido, “soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”<sup>315</sup>

### 4.3. A máxima da proporcionalidade na colisão de princípios

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 1224.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. mesma página.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 1224-1225.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 1225.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 1226. Neste sentido, ver a tese de Konrad Hesse. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, *passim*.

A máxima da proporcionalidade é compreendida em 3 (três) máximas parciais, quais sejam, a máxima da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>316</sup> (mandamento do sopesamento propriamente dito).<sup>317</sup> A colisão de princípios se resolve através do sopesamento de princípios, o qual exige um método específico para que se chegue a uma solução adequada, qual seja, a aplicação da máxima da proporcionalidade.

A proporcionalidade em sentido estrito, segundo a premissa de que “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”<sup>318</sup>, requer um sopesamento de princípios, o qual decore de uma relativização em detrimento das possibilidades jurídicas.<sup>319</sup> Nesse sentido, Robert Alexy faz a seguinte afirmação:

*“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.”*<sup>320</sup>

As máximas parciais da adequação e necessidade, conforme o conceito de princípio como mandamento de otimização, expressam uma exigência segundo uma máxima realização relativamente às possibilidades fáticas existentes. Todavia, a máxima da adequação não aponta para um ponto máximo, mas em verdade para um critério negativo, pelo qual deve haver a tentativa de eliminar os meios não adequados, sem, contudo, determinar tudo. Semelhantemente, acontece com a máxima da necessidade. Esta exige que, entre dois meios aproximadamente adequados, seja eleito o meio que interfira de modo menos intenso ou gravoso.<sup>321</sup>

Discorrendo mais profundamente acerca da máxima da necessidade, Robert Alexy faz a seguinte colocação:

*“Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente*

<sup>316</sup> Há quem entenda que a proporcionalidade em sentido estrito é uma construção irracional, na medida em que amplia demasiadamente a discricionariedade do julgador. Como solução, deve o julgador encerrar o exame de constitucionalidade após perquirir a respeito se uma restrição é adequada e necessária. Em outros termos, deve perpassar apenas pelo exame da adequação e necessidade e descartar a proporcionalidade *strictu sensu*. In: Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 206-207.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 116-117.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>319</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 590.



*suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.*”<sup>322</sup>

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, da mesma forma que a lei do sopesamento, expressa que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”<sup>323</sup> Por conseguinte, mostra-se possível a divisão da máxima da proporcionalidade em sentido estrito em 3 (três) etapas. Na primeira, avalia-se o grau de não-satisfação ou afetação concernente a um dos princípios em colisão. Na segunda, deve-se avaliar quão importante é o princípio em colisão. Por fim, na terceira etapa, deverá ser avaliado se a afetação ou não-satisfação de um dos princípios pode ser justificada pela importância da satisfação conferida ao outro princípio colidente.<sup>324</sup>

No Brasil, a recepção da idéia de proporcionalidade se deu a um mero exame de razoabilidade<sup>325</sup>, o qual é intrínseco à tradição *common law* e também recepcionado em vários países europeus. Em suma, razoabilidade e proporcionalidade são tidas como sinônimas. Em outros termos, evidenciou-se um rebaixamento da finalidade atribuída à proporcionalidade a mero instrumento retórico, ou seja, ao método da interpretação teleológica objetiva, a qual trata de critérios objetivos de uma relação meio-fim na esfera de tutela de bens jurídicos em conflito. Por conseguinte, verifica-se que esta posição adotada “(...) subverte o sentido do controle de proporcionalidade, na medida em que pode ser apta a ampliar a margem de ação da medida estatal limitadora ou restritiva do direito individual.”<sup>326</sup>

#### **4.4. Incidência concreta da máxima da proporcionalidade**

O sopesamento revela-se inevitável, na medida em que deve haver uma fina sintonia entre o legítimo direito estatal de impor suas normas e o direito individual de pautar-se de acordo com sua consciência e valores escolhidos. Há de se sopesar a prerrogativa conferida ao fiel – direito de descanso semanal – em detrimento das prerrogativas preconizadas pela Administração Pública, porquanto uma extensão ilimitada de concessões poderia pôr em

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 591.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 593.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>325</sup> Ronald Dworkin preconiza uma ponderação de princípios frente ao caso concreto, através, então somente, de um juízo de razoabilidade. *In: Levando os direitos a sério*, p. 22.

<sup>326</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 167-168.

cheque a própria ordem jurídica. Neste diapasão, o Estado abre mão do princípio democrático que impõe os valores da maioria para todos, objetivando não sacrificar o direito de foro íntimo do cidadão individualmente considerado.<sup>327</sup>

Em virtude da supremacia conferida aos direitos fundamentais sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, o sopesamento restringir-se-á apenas aos direitos fundamentais (princípios) em colisão. Ademais, há de se destacar a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF) relativamente às normas de direito internacional citadas, as quais regulamentam, especificamente, a questão do descanso semanal, em conformidade com os ensinamentos religiosos, bem como o *status* de norma constitucional que lhes é conferido – segundo a teoria dualista – e a fundamentalidade que lhe é atribuída (art. 5º, §2º, da CF). Assim, deve-se levar em conta, no sopesamento de princípios, a ampliação do conteúdo e significado do direito fundamental ao descanso semanal conferido pelas normas de direito internacional já vistas.

Gize-se, por oportuno, que a afetação, que impescinde de atuação jurisdicional, manifesta-se, substancialmente, até outra ordem, no direito fundamental de descansar no sábado religioso/bíblico. Tal argumento pode ser confirmado pela já mencionada análise jurisprudencial apresentada por Letícia de Campos Velho Martel, a qual constata a existência de inúmeras demandas postuladas em juízo por adventistas do sétimo dia, os quais buscam a tutela do Estado objetivando resguardar o legítimo interesse de descansar no sábado. Portanto, o objeto da incidência da máxima da proporcionalidade restringir-se-á ao conflito gerado pela designação da data para a realização de concursos públicos e vestibulares que coincida com o sábado.

Ademais, importa clarificar a questão das partes que poderão envolver o presente conflito. De um lado teremos os particulares que se sentirem lesionados quanto à sua convicção íntima de descansar no sábado. De outro lado teremos a Administração Pública quanto à organização de concursos públicos e vestibulares para ingresso em universidades públicas. Até aí trata-se de uma relação cidadão/Estado – Eficácia Vertical. Mas em se tratando de instituições privadas de ensino, poderemos ter, aparentemente, uma relação privada cidadão/cidadão – Eficácia Horizontal. Entretanto, visto que as universidades privadas são instituições delegadas pelo Poder Público – devem atender às condições do art.

---

<sup>327</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 354.

206, da CF<sup>328</sup> – a relação também terá eficácia vertical, ou seja, será uma relação cidadão/Estado.

O primeiro passo para aplicar a máxima da proporcionalidade ao caso concreto é identificar e verificar os princípios que estão em colisão. De um lado temos o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade de religião, descanso semanal, acesso à educação e acesso profissional. De outro lado, temos o princípio da igualdade (isonomia) e legalidade. A igualdade que aqui se trata é a igualdade no seu sentido formal, a qual prescreve tratamento universal a todos. Já a legalidade é a prevista no art. 5º, II, da CF, porquanto a estrita legalidade do art. 37, da CF, e os princípios decorrentes, tais como impessoalidade e finalidade, são princípios da Administração Pública e estão em um patamar abaixo dos direitos fundamentais.

O caso evidenciado trata do direito fundamental do candidato em realizar o certame para ingresso em carreira pública ou exame de vestibular para acesso às universidades públicas/privadas. Segundo aqueles que, conforme suas convicções religiosas, no caso, adventistas do sétimo dia, judeus, e demais guardadores do sábado, acreditam que o sábado é um dia sagrado e separado unicamente às atividades sacras, a designação do exame ou certame para o dia de sábado entra em conflito com as convicções íntimas de professar e exercer a fé.

A designação da avaliação ou exame no sábado religioso afronta o direito fundamental ao descanso semanal e, por decorrência, a dignidade da pessoa humana, o acesso à educação e o acesso profissional. Por outro lado, é postulado intrínseco de avaliação dos candidatos, seja no vestibular ou concurso público, a aplicação da avaliação ou exame no mesmo dia e horário, visto que o conteúdo avaliado deve ser o mesmo para todos, o que justifica o princípio da igualdade no seu sentido formal, o qual impescinde de tratamento isonômico e universal. Não menos importante, temos a legalidade, a qual incide na medida em que o certame ou exame é designado por ato do administrador público (ou delegatário), consubstanciado na formalização de um edital, que é a lei do certame ou exame.

Para concluir a verificação dos princípios em colisão, cumpre fazer 2 (dois) apontamentos: i) verifica-se que o princípio da legalidade somente ocorrerá caso já tenha sido publicado o edital designando data e horário para o certame, conflitando diretamente com a liberdade religiosa; ii) uma decisão favorável aos guardadores do sábado, com eficácia *erga*

---

<sup>328</sup> “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:  
I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;  
II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

*omnes*, poderá impor aos Poderes Públicos (e seus delegatários) que promovam medidas adequadas para garantir a observância do direito fundamental ao descanso semanal, conforme dispõe a tradição religiosa adotada pelo indivíduo.

Exaurida a identificação e verificação dos princípios colidentes, passa-se ao sopesamento de princípios conforme a máxima da proporcionalidade. Segundo Alexy, o intérprete deverá seguir o caminho estrito passando por 3 (três) máximas parciais, que são: a máxima da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Também a máxima da proporcionalidade em sentido estrito deve passar por 3 (três) etapas. Na primeira, avalia-se o grau de não-satisfação ou afetação concernente a um dos princípios em colisão. Na segunda, deve-se avaliar quão importante é o princípio em colisão. Por fim, deverá ser avaliado se a afetação ou não-satisfação de um dos princípios pode ser justificada pela importância da satisfação conferida ao outro princípio colidente.<sup>329</sup>

Conforme mencionado, “(...) as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.”<sup>330</sup> Assim, a aplicação *in concreto* quanto à adequação e necessidade, situar-se-á no âmbito das possibilidades fáticas, e as jurídicas serão delineadas pela máxima da proporcionalidade *strictu sensu*.<sup>331</sup>

Sem ainda adentrar na máxima da adequação e necessidade, cumpre tecer algumas considerações preliminares. Em havendo uma decisão, o órgão jurisdicional pode chegar a 3 (três) resultados possíveis: i) determinar que a data seja alterada para outra que não seja o sábado; ii) permitir que o candidato fique confinado e incomunicável e inicie a prova após o horário do pôr-do-sol do sábado; ou iii) manter a data anteriormente designada.

O fim almejado, universalmente, é a educação universitária e acesso aos cargos públicos através da uma avaliação a todos imposta. O meio para que se chegue ao fim almejado é exatamente a realização do certame ou exame, requisito intrínseco e democrático eleito pela Constituição. O meio mais adequado, certamente, é aquele que possa garantir que todos possam participar – acesso universal. Sem tudo determinar, infere-se que o meio mais adequado para atingir o fim almejado é designar uma data que garanta a participação de todos, e que não fira a consciência e a liberdade de religião, ainda que das minorias. Assim, a liberdade de religião não pode ser descartada, sob pena de atingir a universalidade de acesso à educação universitária e acesso aos cargos públicos.

<sup>329</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>331</sup> *Ibid.*, mesma página.

Segundo a máxima da necessidade, se a decisão for manter a data anteriormente designada, o órgão julgante afetará os núcleos essenciais da liberdade de religião, dignidade da pessoa humana e acesso aos cargos públicos e ensino superior. Se a decisão for uma medida alternativa, confinando incomunicáveis os candidatos, os judeus – devido às suas restrições milenares quanto à observância do sábado – serão afetados substancialmente com tal medida. Conforme alhures, não existe óbice às demais religiões (protestante, evangélica e católica) em realizar avaliações ou exames no dia de domingo. Portanto, segundo a máxima da necessidade, a medida que se impõe ao fim almejado é designar data que não seja o sábado bíblico.

Segundo a primeira etapa da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que a afetação da legalidade e da igualdade garante a eficácia mínima de ambos, ao passo que a não-afetação da dignidade da pessoa humana, e princípios decorrentes, mostram-se necessária. Nesse sentido, infere-se que a decisão que altera a data do certame é a única que garante efetivamente a concretude necessária a resguardar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, e princípios decorrentes, porquanto as demais infringiriam juridicamente o núcleo essencial do direito fundamental ao descanso semanal.

Na segunda etapa da máxima da proporcionalidade – avaliação da importância do princípio em colisão<sup>332</sup> – a não-afetação da dignidade da pessoa humana (e princípios decorrentes), mostra-se de suma importância em detrimento à afetação do princípio da igualdade e da legalidade, porquanto a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema constitucional, revestindo-se de valor supremo, construído pela razão jurídica.<sup>333</sup>

Quanto à terceira etapa, cumpre agora analisar se a afetação ou não-satisfação de um dos princípios pode ser justificada pela importância da satisfação conferida ao outro princípio colidente.<sup>334</sup> Esta análise pode ser verificada quanto ao prejuízo causado pela decisão que se tome. Para tanto, segundo a importância do direito fundamental da dignidade da pessoa humana e a necessidade de preservar o direito fundamental ao descanso semanal, há que prevalecer uma decisão que altere o dia designado para outro que não seja o sábado bíblico.

Por fim, há que se fazer um questionamento. Há algum prejuízo em designar a data para o dia de domingo? Segundo a análise das doutrinas religiosas e da jurisprudência, não haveria motivo plausível em prevalecer, por motivo de conveniência e oportunidade, a vontade do administrador em designar o dia que bem entender. A designação do domingo

---

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>333</sup> Cf. Rizzatto Nunes, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 59-62.

<sup>334</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

resguardaria todos os princípios ora analisados, garantindo a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a concretude necessária a resguardar o princípio fundamental que orienta toda a gama de direitos fundamentais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Primeiramente, objetivando propiciar uma base teórica consistente para compreender a pesquisa, foi apresentada uma definição do que viriam a ser os direitos fundamentais, suas dimensões, características, funções, estrutura normativa e princípios de proteção, sobretudo na perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, nesse sentido, foi analisado o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da aplicabilidade imediata e a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Acerca da concepção material dos direitos fundamentais, notou-se a possibilidade de inclusão de normas de direito internacional no ordenamento jurídico, conferindo, em síntese, ampla proteção ao princípio da liberdade religiosa. Nesse diapasão, a fundamentalidade do direito ao descanso semanal não só decorre da concepção materialmente aberta da constituição, a qual permite que as normas de direito internacional sejam incorporadas ao ordenamento constitucional, sem a necessidade do procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF), mas também decorre do princípio da liberdade de religião. Portanto, o direito fundamental ao descanso semanal deve ser compreendido não segundo um direito social insculpido no art. 7º, XV, da CF, mas sim em decorrência do conteúdo e significado atribuído, seja pelas normas de direito internacional, seja pelo princípio da liberdade religiosa.

Assim, pode-se perceber a coexistência de 2 (duas) teorias que explicam o fenômeno da concepção materialmente aberta da Constituição. Há a teoria monista, segundo a qual os tratados internacionais, que versem sobre direitos humanos, dispensariam o procedimento formal incorporatório (art. 5º, §3º, da CF), e há a teoria dualista, a qual exige o procedimento formal incorporatório para serem incorporados ao ordenamento constitucional. Temos também a interpretação heterodoxa defendida por Celso Albuquerque de Melo, segundo a qual as normas de direito internacional devem prevalecer sobre o ordenamento jurídico constitucional, mesmo nos casos em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada.

E ainda podemos falar no precedente aberto pelo STF a despeito das teorias acima referidas, o qual conferiu *status* de supralegalidade ao Pacto de San Jose da Costa Rica, sem a necessidade do procedimento formal incorporatório. Tal decisão colocou a referida norma de direito internacional, a qual versa sobre direitos humanos, acima do ordenamento infraconstitucional, mas abaixo do ordenamento constitucional. Em outros termos, retirou o *status* constitucional da norma que versa sobre direitos humanos.

Quanto à concepção material da constituição, verificou-se que há divergências quanto ao *status* que será conferido às normas internacionais mencionadas. Grandes nomes da doutrina constitucional e internacional brasileira, como Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet e o especialista em liberdade religiosa, Jayme Weingartner Neto, entendem que as normas de direito internacional, em que o Brasil é signatário, ainda que não ratificadas pelo procedimento formal incorporatório, possuem *status* de norma constitucional. Diversamente, Gilmar Mendes entende que, em conformidade com o precedente do STF na decisão do HC 87585, tais normas possuem o mencionado *status* de supralegalidade.

Cumpra observar, portanto, que em decorrência da possibilidade de existência de outros direitos fundamentais decorrentes de princípios e normas de direito internacional (art. 5º, §2º, da CF), o direito fundamental ao descanso semanal não somente é decorrente das normas internacionais estudadas, eis que decorre, também, do princípio da liberdade de religião (art. 5º, VI e VIII, da CF). Mais especificamente, todos os Poderes Públicos estão vinculados ao direito fundamental ao descanso semanal, em consonância com os preceitos da religião invocada.

Não se quer com isso preconizar que todos os dias serão sagrados, ou que as religiões poderão adotar todo e qualquer dia como sagrado. Pelo contrário, pretende-se resguardar um fato social relevante, qual seja, garantir a observância da tradição milenar de guardar o sábado. Tal concessão não deve ser olvidada, pois, conforme apontado através dos fatores históricos e doutrinários apresentados, a Igreja Romana tem sido apontada como responsável pela alteração do descanso semanal do sábado para o domingo.

Consubstanciado na prestação alternativa por motivo religioso (art. 5º, VIII, da CF), amparado no direito de participar de concursos públicos e vestibulares – assegurado pelo direito fundamental ao descanso semanal – há que se garantir aos candidatos medidas alternativas de alteração do horário de início para a realização do concurso público ou vestibular, ou ainda melhor, garantir medida alternativa para alteração da data para um dia que não seja o sábado bíblico. Para tanto, deve-se levar em conta, sobretudo, a forma e o modo pelo qual cada religião observa o dia de descanso semanal, pois é de extrema relevância para compreender a postura que o Estado deve adotar para garantir, nesse sentido, uma proteção efetiva.

Explicando melhor, de um lado temos os adventistas do sétimo dia e outros guardadores do sábado, os quais reivindicam o sábado como dia sagrado dedicado unicamente às atividades relacionadas à Bíblia Sagrada; de outro lado há os judeus, que milenarmente defendem a estrita observância do sabá conforme as Escrituras Sagradas e suas tradições. Para



os adventistas do sétimo dia e outras denominações guardadoras do sábado, a medida alternativa de ficar confinado e incomunicável em uma sala de aula durante horas, aguardando o pôr-do-sol para iniciarem a prova, não se revela uma afronta substancialmente relevante às suas convicções.

Todavia, para os judeus, a questão mostra-se mais delicada. A prestação alternativa, a qual confere a possibilidade do candidato ficar incomunicável durante horas, aguardando o horário do pôr-do-sol, não é permitido pela tradição judaica, conforme vimos. Portanto, conceder a medida alternativa, como se tem feito em inúmeros casos, afronta substancialmente a convicção íntima, a ponto de sufragar o núcleo essencial do direito fundamental ao descanso semanal.

Neste norte, a aplicação *in concreto* da máxima da proporcionalidade, revela-se importante ferramenta para delinear e compreender o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, em especial, da colisão entre os princípios, de um lado a dignidade da pessoa humana, liberdade de religião (incluídos os princípios de direito internacional mencionados), acesso à educação e ao trabalho, e, de outro lado, a igualdade (isonomia) e legalidade.

O resultado, portanto, a partir da aplicação das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, demonstrou que a única medida proporcional e adequada suficientemente capaz de garantir a subsistência do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, relativamente a todas as convicções religiosas, é a medida alternativa que altere a data para o domingo ou outro dia da semana que não seja o sábado. A designação da data da prova no sábado – ou sabá judaico – não se mostra adequada conforme a necessidade de interesse público, através de um juízo de conveniência e oportunidade, na medida em que a finalidade precípua do administrador público deve ser garantir a inclusão de todos os indivíduos (universal) na disputa por vagas nas universidades e órgãos públicos.

Não obstante, a aplicação da máxima da proporcionalidade, segundo preconizado por Alexy, é de suma importância para uma devida compreensão do limite dos limites quanto à proteção conferida ao direito fundamental ao descanso semanal, sobretudo, sob o olhar da liberdade religiosa, o qual confere, de acordo com as mencionadas normas internacionais, o direito intrínseco de qualquer cidadão poder descansar conforme sua tradição religiosa. Vale dizer, a eficácia preconizada pelo princípio da aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais, nesse sentido, afastará, em regra, a possibilidade de decisões administrativas equivocadas que afetem substancialmente a liberdade religiosa.

Acrescentando a óptica de interpretação de normas constitucionais, preconizada por J. J. Gomes Canotilho, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, o princípio do efeito

integrador conduz ao entendimento de que se deve buscar soluções pluralisticamente integradores, ou seja, soluções que propiciem uma decisão substancialmente integradora entre a pluralidade de crenças coexistentes no Brasil. Pelo princípio da máxima efetividade, deve-se dar preferência à interpretação que confira máxima efetividade à norma de direito fundamental. Em outros termos, deve-se adotar a interpretação que propicie máxima efetividade à dignidade da pessoa humana, porquanto princípio fundamental basilar do ordenamento jurídico constitucional.

Ainda, segundo o mestre lusitano, conforme prescreve o princípio da harmonização ou da concordância prática, o conteúdo essencial da norma garantidora do direito fundamental ao descanso semanal deve ser preservado, o qual deve estabelecer limites e condicionamentos recíprocos no sopesamento. Em outros termos, temos o princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais preconizado por Alexy. Na espécie, deve-se preservar, no sopesamento de princípios em colisão, um mínimo de existência à liberdade de religião compreendida de acordo com a pluralidade de crenças e práticas religiosas, sobretudo o direito ao descanso semanal religioso.

Ademais, a legalidade não pode estar desvinculada, conforme os critérios de conveniência e oportunidade, do interesse público em promover o bem maior, que é a proteção dos direitos fundamentais erigidos no ápice do ordenamento constitucional brasileiro, até porque o objetivo dos direitos fundamentais, devido ao alto seu grau de abstração, é justamente possibilitar ao intérprete, segundo a norma que os confere aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF), encontrar uma solução proporcional e adequada ao caso concreto que outrora não fora vislumbrada pelo legislador.

Outrossim, ainda que se confira *status* de supralegalidade às normas de direito internacional que tratem da questão do descanso semanal religioso, estas serão superiores às normas infraconstitucionais. Assim, nesse sentido, serão superiores à lei do certame, que é o edital, e, portanto, as consequências que podem advir da designação da data para a prova em dia que entre em conflito com o livre exercício da fé, na espécie, o sábado religioso dos cristãos e judeus, devem ser repisadas à luz da fundamentalidade formal e material conferida ao princípio da liberdade de religião, em conformidade com a dignidade da pessoa humana.

Não menos importante, as decisões que, segundo critérios estabelecidos pelos princípios da igualdade formal (isonomia), legalidade e, conseqüentemente, vinculação ao instrumento convocatório, julgam ser inconcebível a prestação alternativa aos fiéis, os quais ficam impossibilitados de participarem de provas de concurso público e exames de vestibulares na data anteriormente designada, mostram-se desproporcionais segundo a óptica

da proteção dos direitos fundamentais. Tais decisões devem ser repudiadas e extirpadas do Judiciário, porquanto ferem de morte o direito fundamental ao descanso semanal e, por decorrência direta, a própria dignidade da pessoa humana, que é o princípio basilar de todos os direitos fundamentais.

O princípio da separação, disposto no art. 19, I, da CF, jamais conferiu separação absoluta, a ponto de o Estado tornar-se ateu. Pelo contrário, o Estado laico não deve quedar-se em garantir a devida proteção às liberdades, sobretudo ao princípio da separação entre Estado e Igreja, e princípios decorrentes, tais com o princípio concretizador do Estado como organização jurídica da comunidade dos cidadãos (Jónatas Machado), e, no âmbito da liberdade de organização religiosa, consubstanciada por uma dimensão objetiva da laicidade do Estado, os princípios da cooperação e solidariedade (Jayme Weingartner Neto).

Nesse norte, deve o Estado propiciar, no que concerne ao direito fundamental ao descanso semanal, uma atuação prestacional, no sentido de criar condições organizacionais e procedimentais aos Poderes Públicos, fomentando a criação e instituição de legislações e diretrizes suficientemente capazes de conferir ampla proteção à pluralidade de crenças existentes no Brasil, tudo isso amparado em decorrência das normas de direito internacional que tratam especificamente do direito ao descanso semanal sagrado a ser observado segundo as distintas tradições das confissões religiosas.

Se o Estado não deve permanecer inerte frente às novas realidades sociais, o que dizer então de realidades milenares, anteriores até mesmo à tradição católica em repousar no domingo? Conclui-se, portanto, que o Estado permaneceu surdo por uma longa data frente à proteção efetiva da liberdade religiosa no que tange ao direito ao descanso semanal sabático. Imperioso, portanto, traçar novos horizontes e definir novos caminhos no âmbito dos Poderes Públicos, conferindo ampla e efetiva proteção ao direito fundamental ao descanso semanal, isto é, a concretude necessária para propiciar a efetividade necessária ao descanso semanal, sobretudo pela coexistência – em uma sociedade axiologicamente plural – de crenças e tradições religiosas.

## APÊNDICE A – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Lei nº 10.435, de 10 de julho de 1972, do Estado de São Paulo, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*Conceder-se-á segunda chamada de exames e provas a alunos de estabelecimentos estaduais de ensino secundário e normal, que, tendo faltado à primeira, a requeiram, no prazo de 8 (oito) dias, contados da data do exame ou prova, mediante a comprovação de um dos seguintes motivos:*

- I. doença;*
- II. gala;*
- III. nojo;*
- IV. obrigações militares;*
- V. serviço público obrigatório;*
- VI. doação de sangue;*
- VII. motivos religiosos;*
- VIII. interrupção de transporte.*

*§ 1º Os motivos constantes do inciso VII, se for o caso, poderão ser comprovados, de antemão, por ocasião da matrícula do aluno.*

*§ 2º A direção e o corpo docente dos estabelecimentos estaduais de ensino secundário e normal, na organização do calendário de exames ou provas, deverão levar em considerações os impedimentos decorrente do inciso VII.*

*(...)” (grifo no original).*

Lei nº 12.142, do Estado de São Paulo, de 8 de dezembro de 2005, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e às 18h.*

*§ 1º Quando inviável a promoção de certames em conformidade com o "caput", a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado, devendo permitir ao candidato que alegar motivo de crença religiosa a possibilidade de fazê-los após as 18h.*

*§ 2º A permissão de que trata o parágrafo anterior deverá ser precedida de requerimento, assinado pelo próprio interessado, dirigido à entidade organizadora, até 72 (setenta e duas) horas antes do horário de início certame.*

*§ 3º Na hipótese do § 1º, o candidato ficará incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.*

**ARTIGO 2**

*É assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa previsto no "caput" do artigo 1º.*

*§ 1º Poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência.*

*§ 2º Os requerimentos de que trata este artigo serão obrigatoriamente deferidos pelo estabelecimento de ensino.*

**ARTIGO 3**

*As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.  
(...)” (grifo no original).*

Lei nº 3.417, do Estado do Rio de Janeiro, de 05 de junho de 2000, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*Fica instituída, no calendário Oficial de Eventos do Estado do Rio de Janeiro a SEMANA PROTESTANTE, a ser realizada na última semana do mês de julho.*

**ARTIGO 2**

*O Poder Executivo do Estado, juntamente com as secretarias de Cultura e de Educação, ficam encarregados de criar a programação relativa ao evento, podendo utilizar, para esse fim, salas de aulas da Rede Estadual de Ensino para palestras.*

**ARTIGO 3**

*Farão parte, obrigatoriamente, da SEMANA PROTESTANTE, seminários, festival de música Gospel, aulas, palestras com exibição de vídeos, slides, filmes e outros eventos. Prevenção ao uso de drogas, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e prevenção contra os mais diversos tipos de violência, sempre que possível, constarão dessas palestras, seminários e aulas, bem como informações detalhadas sobre a Origem do Protestantismo.*

**ARTIGO 4**

*O Poder Executivo poderá aceitar sugestões de lideranças evangélicas dos eventos que integrarão a SEMANA PROTESTANTE de que trata essa Lei.  
(...)” (grifo no original).*

Lei nº 2.104, do Estado do Mato Grosso, de 24 de maio de 2000, *in verbis*:

*“Art. 1º O Processo seletivo de ingresso na administração pública, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como em suas autarquias e fundações públicas, e ainda, as avaliações de desempenho funcional e outras similares, realizar-se-ão com respeito às crenças religiosas da pessoa, propiciando a observância de dia de guarda e descanso, celebração de festas e cerimônia de conformidade com os preceitos de sua religião ou convicção religiosa.*

*§ 1º Quando inviável a promoção dos certames em conformidade com o caput, dar-se-á à pessoa a alternativa de realizar a prova no primeiro horário que lhe permitam suas convicções, ficando o candidato incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo previamente estabelecido.*

*§ 2º Aplica-se também o disposto nesse artigo à realização de provas de acesso a cursos superiores, de ensino médio e fundamental, de instituições educacionais públicas ou privadas.*

*Art. 2º É assegurado ao aluno, por motivo de crença religiosa, requerer à instituição de ensino em que esteja regularmente matriculado, seja ela pública ou privada, e de qualquer nível, que lhe sejam aplicadas provas ou trabalhos acadêmicos em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa.*

*§ 1º A instituição de ensino fixará data alternativa para a realização da obrigação acadêmica, que deverá coincidir com o período ou turno em que o aluno estiver matriculado, contando com sua expressa anuência, se em turno diferente daquele.*

*§ 2º Para o gozo dos direitos disposto neste artigo, o aluno comprovará no ato da matrícula esta condição de crença religiosa, através de declaração da instituição religiosa a qual pertença, ou, não sendo filiado a qualquer denominação, firmará declaração do próprio punho.*

§ 3º O aluno, caso venha a se filiar a uma instituição religiosa no decorrer do ano letivo, gozará dos mesmos direitos, com a apresentação de declaração na data de sua filiação.

Art. 3º Os servidores públicos civis de qualquer dos Poderes que compõem a estrutura do Estado, os empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista, e os integrantes da administração indireta estadual gozarão o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, ou outro dia da semana, a requerimento do servidor, por motivo de crença religiosa.  
(...)"

Lei nº 11.662, do Estado do Paraná, de 10 de janeiro de 1997, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*Ficam os estabelecimentos de ensino de rede pública e particular, de 1º, 2º e 3º graus, obrigados a abonarem as faltas de alunos motivadas por princípio de consciência religiosa.*

**ARTIGO 2**

*Para o aluno beneficiar-se desta Lei deverá apresentar ao estabelecimento de ensino, declaração assinada pelo responsável da congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando a sua condição de membro regular da igreja e o dia da semana que deve se abster de freqüentar aulas.*

**ARTIGO 3**

*Caberá ao estabelecimento de ensino dispor sobre o período de validade da declaração mencionada no art. 2º.*

(...)" (grifo no original).

Lei nº 1.784, de 24 de novembro de 1997, alterada pela Lei Distrital nº 2.971, de 07 de maio de 2002, ambas do Distrito Federal, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*As provas de Concursos Públicos e os exames vestibulares de inscrições públicas ou privadas serão realizadas no Distrito Federal no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as oito e as dezoito horas.*

§1º - *Quando inviável a promoção dos certames em conformidade com o caput, a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado, devendo permitir a candidato que alegue e prove convicção religiosa a alternativa de realização das provas após as dezoito horas, ou após as dezenove horas e trinta minutos, quando estiver vigorando o horário de verão.*

§ 2º *na hipótese do parágrafo anterior, o candidato ficará incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.*

**ARTIGO 2**

*Os Estabelecimentos de Ensino na rede pública e particular do Distrito Federal, ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa estejam impedidos de freqüentar aulas às Sextas-feiras após às 18:00 horas e aos Sábados até às 18:00 horas.*

§ 1º *Para beneficiar-se do disposto neste artigo o aluno apresentará ao Estabelecimento de ensino, declaração da congregação religiosa a que pertence com firma reconhecida atestando sua condição de membro da Igreja.*

§ 2º *Na hipótese prevista neste artigo, o Estabelecimento exigirá do aluno a realização de tarefa alternativa que supra a falta abonada.*

(...)" (grifo no original)

Lei nº 6.140, do Estado do Pará, de 24 de junho de 1997, *in verbis*:

**“ARTIGO 1**

*As provas dos exames vestibulares serão realizadas no Estado do Pará, iniciando-se no período entre às 18:00 horas de sábado e às 14:00 horas da sexta-feira seguinte:*

**Parágrafo único.** *Esta Lei incidirá sobre todas as instituições e ensino, tanto da rede pública quanto as instituições da rede privada.*

**ARTIGO 2**

*As instituições de ensino, tanto da rede pública quanto da rede privada, em todo o Estado, abonarão as faltas de alunos que, por motivo religioso comprovado, não possam freqüentar aulas e atividades acadêmicas no período compreendido entre às 18:00 horas das sextas-feiras e 18:00 horas de sábados.*

*§ 1º Os alunos cujas crenças religiosas incidirem no previsto neste artigo comprovarão no ato da matrícula, essa condição através de declaração da congregação religiosa a qual pertencam.*

*§ 2º Caberá à instituição de ensino distribuir o aluno para reposição da carga horária.*

*(...)” (grifo no original)*

Lei nº 1.631, do Estado de Rondônia, de 18 de maio de 2006, *in verbis*:

*“Art. 1º. As provas de concursos públicos e de exames vestibulares promovidos por instituições públicas ou privadas serão realizadas no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre 8 (oito) e 18 (dezoito) horas.*

*Art. 2º. Os estabelecimentos de ensino da rede pública e privada abonarão as faltas de alunos que, por motivo de crença religiosa, estejam impedidos de freqüentar aulas das 18 (dezoito) horas de sexta-feira até as 18 (dezoito) horas do sábado.*

*§ 1º. Para ser beneficiado do disposto neste artigo o aluno apresentará ao estabelecimento de ensino declaração da denominação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando sua condição de membro congregante.*

*§ 2º. O estabelecimento de ensino exigirá do aluno a realização de tarefa alternativa que supra a falta abonada.*

*(...)”*

Lei nº 14.607, do Estado de Santa Catarina, de 07 de janeiro de 2009, que alterou a Lei 11.225, do Estado de Santa Catarina, de 20 de novembro de 1999, *in verbis*:

*“Art. 1º As provas de concursos públicos e os exames vestibulares de Instituições Públicas ou Privadas, serão realizadas no Estado de Santa Catarina, no período de domingo à sexta-feira, no horário compreendido entre às oito e dezoito horas.*

*§1º Quando inviável a promoção dos certames em conformidade com o caput, a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado devendo permitir ao candidato, que alegue e comprove convicção religiosa, a alternativa da realização das provas após o pôr-do-sol.*

*§2º Na hipótese do parágrafo anterior, o candidato ficará incomunicável, desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.*

*Art. 2º Os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular do Estado de Santa Catarina ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa, estejam impedidos de freqüentar as aulas ministradas às sextas-feiras após as dezoito horas, e aos sábados até o pôr-do-sol.*

*§1º Para beneficiar-se do disposto neste artigo, o aluno apresentará ao estabelecimento de ensino declaração de congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando sua condição de membro da Igreja.*

*§2º Na hipótese prevista neste artigo, o estabelecimento exigirá do aluno a realização de tarefas alternativas que supram as faltas abonadas.”*

## APÊNDICE B – JURISPRUDÊNCIA E INFORMATIVOS DO STF

Acórdão do STJ, nos autos do RMS nº 16.107/PA, julgado em 31-5-2005, *in verbis*:

*“Recurso Ordinário – Mandado de Segurança – Concurso Público – Provas Discursivas Designadas Para o dia de Sábado – Candidato Membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia – Inexistência de Ilegalidade – Não violação do art. 5º, VI e VII, CF/88 – Isonomia e Vinculação ao Edital – Recurso Desprovido.*

*1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital.*

*2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos.*

*3. Recurso não provido.”*<sup>335</sup>

Acórdão do TRF da 4ª Região, em recurso de Apelação, nos autos de nº 2003.70.00.017703-1, julgado em 18-10-2007, *in verbis*:

*“LIBERDADE DE CRENÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE.*

*1. Não há falar em separação radical de Estado/religião, permitindo a Constituição um âmbito de cooperação, mas não de sujeição a credo nem imposição de religião nacional. Diferentes trajetórias culturais e constitucionais, a justificar a recusa a um laicismo radical e a advogar o reconhecimento, na ordem jurídica, do princípio da não-confessionalidade, assente nos seguintes pilares: a) o Estado não adota qualquer religião, nem se pronuncia sobre questões religiosas; b) nos atos oficiais e no protocolo do Estado não serão observados símbolos religiosos; c) o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo diretrizes religiosas; d) o ensino público não pode ser confessional.*

*2. Havendo colisão entre distintos direitos fundamentais, não se pode conceber o sacrifício cabal de qualquer dos bens jurídicos postos em questão, devendo-se proceder à concordância prática entre eles, de forma que, estabelecendo limites aos direitos envolvidos, possam ser estes, ao mesmo tempo, chegarem a uma "eficácia ótima". Conseqüência das modernas teorias constitucionais, desde Konrad Hesse e a força normativa da Constituição.*

*3. O princípio da igualdade supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", também uma "obrigação de diferenciação", ajustando-se às desigualdades fáticas existentes, decorrente, no caso das convicções religiosas, de as instituições políticas e sociais incorporarem as necessidades e interesses da confissão majoritária. Discussão já assentada no direito estadunidense, na distinção entre "direito a tratamento como igual" e "direito a um tratamento igual", e recebida pela teoria constitucional portuguesa.*

*4. Não há como entender-se a prevalência dos princípios da legalidade e da igualdade com o sacrifício, no caso concreto, do direito à educação de aluno adepto de credo minoritário. Necessidade de respeito ao "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa.*

<sup>335</sup> Sexta Turma, RMS 16.107/PA (2003/0045071-3), Rel. Min. Paulo Medina, un., disponível em: <[http://ww2.s.tj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300450713&dt\\_publicacao=01/08/2005](http://ww2.s.tj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300450713&dt_publicacao=01/08/2005)>, acesso em: 01-06-2011.



*Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta".*

*5. Direito reconhecido ao impetrante tanto de freqüentar disciplinas que colidam com o respeito ao seu credo- no caso, do pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado- em turno distinto, bem como, na impossibilidade em virtude de problemas da universidade ou pessoais justificados, de abono de faltas. Critérios que não são avessos à legislação federal e que se encontram reconhecidos para casos de problemas de saúde, alunas gestantes e alunos convocados para o serviço militar obrigatório.*<sup>336</sup>

Acórdão do STF, no STA nº 389 AgR/MG – Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada, julgado em 03-12-2009, *in verbis*:

*“EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido.*<sup>337</sup>

A decisão acima foi matéria do Informativo do STF. Vejamos:

*“Afirmou-se que a designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM pelo grupo religioso em questão, apesar de poder ser, em princípio, considerada uma medida de “acomodação”, apta a afastar as mencionadas sobrecargas indesejáveis, não estaria em consonância com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para esse grupo. Observou-se, no ponto, que o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazê-las após o pôr-do-sol, medida que já vem sendo aplicada, há algum tempo, em relação aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como “dia de guarda” o sábado. Não obstante, salientando não se estar insensível ao argumento de que medida adotada pelo MEC poderia prejudicar os candidatos praticantes da citada profissão religiosa — os quais teriam de ser confinados, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas —, considerou-se que tal medida revelar-se-ia, diante dos problemas decorrentes da designação de dia alternativo, mais condizente com o dever do Estado de neutralidade em face do fenômeno religioso e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de*

<sup>336</sup> Terceira Turma, MS 2003.70.00.017703-1, Rel. Des.<sup>a</sup> Maria Lúcia Luz Leiria, un., disponível em: <[http://ww.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1919973&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a](http://ww.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1919973&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a)>, acessado em : 01-06-2011.

<sup>337</sup> Tribunal Pleno, STA 389 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, m.v., disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995>>, acessado em: 01-06-2011.

*forma isonômica. Registrou-se, por fim, não se cuidar de posicionamento definitivo desta Corte sobre a matéria, haja vista a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento, nas quais será possível se aprofundar sobre o tema, de modo a definir, com maior acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VIII). Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, restabelecendo a decisão do TRF da 3ª Região que determinara fosse observada a cláusula final do inciso VIII do art. 5º da CF, a revelar que se deveria sempre sinalizar com uma prestação alternativa, no caso, a designação do exame para um dia útil. STA 389 Agr/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.12.2009. (STA-389).”<sup>338</sup>*

Acórdão do STF, ADI nº 2.806-5, julgada em 23.04.2003, *in verbis*:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1.º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente.”<sup>339</sup>*

Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ADI nº 2007.00.2.005006-4, julgada em 23.10.2007, *in verbis*:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº. 1.784 DE 1997. VÍCIO FORMAL. MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. LEI DISTRITAL Nº. 2.971 DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE POR FORÇA DA VINCULAÇÃO. 1 - A Lei Distrital nº. 1.784, de 1997, que dispôs sobre períodos para realização de concursos destinados a provimento de cargos públicos e de exame vestibulares no Distrito Federal foi colocada no ordenamento jurídico sem a observância expressa dos dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal, os quais determinam seja a matéria atinente a tais questões de iniciativa privativa do Governador do Distrito Federal. 2 - Havendo lei posterior modificando dispositivo da lei ora declarada inconstitucional, deve ser aquela também declarada inconstitucional por força da vinculação.”<sup>340</sup>*

<sup>338</sup> STF, *Princípio da Neutralidade do Estado: Provas do ENEM e Dia Compatível com o Exercício da Fé – 2*, Informativo nº 570.

<sup>339</sup> Tribunal Pleno, ADI 2.806-5/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, un., disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266928>, acesso em: 01-06-2011.

<sup>340</sup> Conselho Especial, ADI 2007.00.2.005006-4, Rel. Des. Vasquez Cruxên, m.v., disponível em: <http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=289694&l=&ID=3270862369&OT=DOCNUM=1>, acesso em 01.06.2011.

Notícia do STF referente ao RE 611.874. Vejamos:

***“Mudança de data de concurso por crença religiosa será analisada em repercussão geral***

*Assunto tratado no Recurso Extraordinário (RE) 611874 interposto pela União teve manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à repercussão geral. O Plenário Virtual da Corte, por votação unânime, considerou que o caso extrapola os interesses subjetivos das partes, uma vez que trata da possibilidade de alteração de data e horário em concurso público para candidato adventista.*

***O caso***

*O caso diz respeito à análise de um mandado de segurança, pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), que entendeu que candidato adventista pode alterar data ou horário de prova estabelecido no calendário de concurso público, contanto que não haja mudança no cronograma do certame, nem prejuízo de espécie alguma à atividade administrativa. O TRF1 concedeu a ordem por entender que o deferimento do pedido atendia à finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo. Essa é a decisão questionada pela União perante o Supremo.*

*Natural de Marabá (PA), o candidato se inscreveu em concurso público para provimento de vaga no TRF-1. Ele foi aprovado em primeiro lugar na prova objetiva para o cargo de técnico judiciário, especialidade segurança e transporte, classificado para Rio Branco, no Estado do Acre.*

*Ao obter aprovação na prova objetiva, o impetrante se habilitou para a realização da prova prática de capacidade física que, conforme edital de convocação, deveria ser realizada nos dias: 22 de setembro de 2007 (sábado) nas cidades de Brasília (DF), Salvador (BA), Goiânia (GO), São Luís (MA), Belo Horizonte (MG) e Teresina (PI); 29 de setembro de 2007 (sábado) nas cidades de Rio Branco (AC), Macapá (AP), Cuiabá (MT), Belém (PA), Porto Velho (RO), Boa Vista (RR) e Palmas (TO); e 30 de setembro de 2007 (domingo) para as provas em Manaus (AM).*

*Desde a divulgação do Edital de Convocação para as provas práticas, o candidato tenta junto à organizadora do concurso - Fundação Carlos Chagas - obter autorização para realizar a prova prática no domingo (30/09/2007), mas não teve sucesso. Por email, a Fundação afirmou que não há aplicação fora do dia e local determinados em edital.*

*Com base nesta resposta, o candidato impetrou mandado de segurança e entendeu que seu direito de liberdade de consciência e crença religiosa, assegurados pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos VI e VIII), ‘foram sumariamente desconsiderados e, conseqüentemente, sua participação no exame de capacidade física do concurso está ameaçada, fato que culminará com a exclusão do Impetrante do certame e o prejudicará imensamente’.*

*Segundo ele, o caso tem causado um grande transtorno, uma vez que professa o Cristianismo sendo membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, instituição religiosa que determina guardar o sábado para atividades ligadas à Bíblia.*

*Por meio do recurso extraordinário, a União sustenta que há repercussão geral da matéria por esta se tratar de interpretação do princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da Constituição Federal) em comparação com a norma do mesmo artigo (inciso VIII) que proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa. Para a autora, as atividades administrativas, desenvolvidas com o objetivo de prover os cargos públicos, não podem estar condicionadas às crenças dos interessados.*

***Repercussão***

*De acordo com o ministro Dias Toffoli, relator do RE, a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo*

*relevante para todas as esferas da Administração Pública, que estão sujeitas a lidar com situações semelhantes ou idênticas.*

*‘Cuida-se, assim, de discussão que tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, visto ser provável que sejam realizadas etapas de concursos públicos em dias considerados sagrados para determinados credos religiosos, o que impediria, em tese, os seus seguidores a efetuar a prova na data estipulada’, afirma Toffoli.*”<sup>341</sup> (grifo no original).

---

<sup>341</sup> Notícias do STF, *Mudança de data de concurso por crença religiosa será analisada em repercussão geral*, disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177596>>, acesso em: 01-06-2011.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADRE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

AQUINO, Tomás. *Suma teológica: justiça, religião e virtudes Sociais*. 2ª ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980.

\_\_\_\_\_. *Suma teológica: justiça, religião e virtudes Sociais*. São Paulo: Loyola, 2005.

ASHERI, Michael. *O judaísmo vivo: as tradições e as leis dos judeus praticantes*. Tradução José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

BACCHIOCCHI, Samuele. *Do sábado para o domingo: Uma investigação histórica do surgimento da observância do domingo no cristianismo primitivo*. Trad. Francisco de Almeida. Roma: The Pontifical Gregorian Press, 1977.

BANK, Richard D, GUTIN, Julie. *O livro completo sobre a história dos judeus: de Abraão ao sionismo, tudo do que você precisa para compreender os principais acontecimentos, personagens e locais*. Tradução Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2004.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Neutralidade do Estado: Provas do ENEM e Dia Compatível com o Exercício da Fé – 2. *Informativo STF nº 570*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo570.htm>>. Acesso em: 07-09-2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF: Mudança de data de concurso por crença religiosa será analisada em repercussão geral*. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177596](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177596)>. Acesso em: 01-06-2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DAMSTEEGT, P. G. *et. al. Nisto Cremos*. Tradução Hélio L. Grellmann, São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2003.

DIES DOMINI. *Carta apostólica do Sumo Pontífice João Paulo II ao episcopado, ao clero, e aos fiéis da Igreja Católica sobre a santificação do domingo*. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_letters/documents/hf\\_jp-ii\\_apl\\_050719\\_98\\_dies-domini\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_050719_98_dies-domini_po.html)>. Acesso em: 01-06-2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARES, Mohamad Ahmad Abou Fares. *Islamismo: mandamentos e fundamentos*. Paranaguá: MS Industria Gráfica e Editora Monte Santo, 1977.

HERTZBERG, Arthur. *Judaísmo*. Tradução Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 1964.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1998.

JOÃO PAULO II, *et. al. Catecismo da Igreja Católica*. 9ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

LOUGHBOROUGH, J. N., *et. al. Manual da Igreja*. Trad. Naor G. Conrado. Edição revisada na Assembléia da Associação Geral de 2000. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2000.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. “Laico, Mas Nem Tanto”: Cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. In: Revista Libertas. *Estudos em direito, estado e religião*. Engenheiro Coelho: Unaspres, ano 1, nº 1, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Estado laico não é estado ateu e pagão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1488, 29-07-2007. Disponível em <HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/10209>. Acesso em: 22-05-2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. São Paulo: Agá Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251-263.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque et. al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 2010.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *O respeito, pelo Poder Público, aos dias de guarda religiosa: a realização de exames de vestibular, concursos públicos e provas escolares em*

*dias sagrados de descanso e orações*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 271-314.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAVATER, Fernando. *Os dez mandamentos para o século XXI*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163-206.

\_\_\_\_\_. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Brasil deve celebrar uma concordata com o Vaticano?* Jornal Correio Brasiliense. Brasília, 21-05-2007.

TIMM, Alberto R. *O sábado na Bíblia: por que Deus faz questão de um dia*. Tatuí: Casa Publicadora Brasileira, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.



VALE, André Rufino do. *Eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WHITE, Ellen G. *O grande conflito*. Tradução desconhecida. 42ª ed. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2004.