



O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA E O DIA DE GUARDA: UM ESTUDO DE CASO DA ADIN 2806-5/RS

*Tailine Fátima Hijaz**

RESUMO

Diversos aspectos práticos se desdobram da complicada interação entre o Estado e as múltiplas confissões religiosas. Um deles, o qual se aborda nesse estudo, é o dia de guarda. Embora pareça assente que a observância deste dia seja um direito expressamente previsto na Constituição brasileira de 1988 causa espécie o número de conflitos com certas obrigações legais que o fato tem gerado. Portanto, o trabalho que ora se apresenta discute o dia de guarda, especialmente mediante a análise da postura tomada pelo Supremo Tribunal Federal diante de um caso concreto que ilustra a temática.

Palavras-chave: Dia de guarda. Jurisdição constitucional. Laicidade estatal. Liberdade religiosa.

"Onde há liberdade religiosa como na Constituição brasileira e na americana, não há, nem pode haver, questão religiosa. A liberdade e a Religião são sociais, não inimigas. Não há religião sem liberdade."

(Ruy Barbosa)

1 INTRODUÇÃO

Com a ruptura do universo religioso cristão, ao final da Idade Média, o problema relativo à possibilidade de convivência entre confissões religiosas diversas passou a ser muito

* Graduanda em Direito, pela da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Bolsista PIBIC, na UNESC. Monitora da disciplina Direito Constitucional Positivo, na UNESC.

questionado. A teoria e prática da tolerância, aliada ao espírito laico, deu origem a Estados não confessionais, ou neutros em matéria religiosa e, também, à chamada sociedade aberta, que superou as diferenças e conflitos de crenças, doutrinas e opiniões (BOBBIO, 1992, p. 216). Nada obstante isso, e mesmo com o surgimento do princípio moderno da laicidade estatal, o qual pressupõe a separação Igreja/Estado¹, fato é que a interação entre Estado e as múltiplas confissões religiosas continua gerando dificuldades para a coexistência pacífica em sociedade.

Nesse contexto, é bem de ver que diversos aspectos práticos também se desdobram da inexorável tensão entre religião e Estado. Um deles, o qual se pretende abordar no presente, é o dia de guarda. Considerado sagrado por algumas religiões, o dia de guarda consiste num período em que os indivíduos que participam de determinadas agremiações religiosas abstêm-se de trabalhos seculares, realizados durante a semana, a fim de refletirem ou praticarem tarefas específicas de sua igreja. Embora pareça evidente que a observância do dia de guarda seja um direito expressamente previsto na Constituição brasileira de 1988 (doravante CRFB/88), causa espécie o número de conflitos com certas obrigações legais que esse fato tem gerado.

No estudo que ora se apresenta, pretende-se efetuar uma discussão sobre o dia de guarda, especialmente mediante a análise da postura tomada pelo Supremo Tribunal Federal diante de um caso concreto que ilustra a temática. A fim de obter tal escopo, inicialmente, far-se-á uma análise teórica e descritiva da liberdade religiosa e do dia de guarda, com fulcro na literatura dedicada à temática. No ponto subsequente, busca-se relatar o caso selecionado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5², justificando a sua escolha e relevância no plano da jurisdição constitucional. Por fim, ao se examinar a atuação do STF na interpretação deste caso, intenta-se estabelecer um contraponto com a explanação teórica efetuada anteriormente.

A metodologia utilizada será a pesquisa doutrinária, documental-legal e jurisprudencial, com análise da decisão do Supremo Tribunal Federal envolvendo um caso concreto relacionado ao princípio da liberdade religiosa e ao dia de guarda.

¹ Sobre os princípios da modernidade, válidas são as ponderações de Paolo Grossi (2004, p. 55): “Na consciência comum, de fato, o apelo ao moderno evoca um tempo percorrido e dominado pelo vitorioso dismantelamento de antigas mitificações sedimentadas e enraizadas no costume graças a duas conquistas do progresso humano: a secularização e a conseqüente posse de evidentes verdades científicas”.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão.j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 maio 2010.

2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA ENQUANTO PROTEÇÃO AO DIA DE GUARDA

A liberdade sempre foi objeto de numerosas interpretações no que respeita ao seu significado, âmbito, limites e área de concretização. Da mesma forma, o conceito de liberdade é passível de ser abordado em inúmeras perspectivas, sob dezenas de pontos de vista, e conforme incontáveis vieses teóricos. Aliás, por ser um tanto complexa, são muitos os sentidos da liberdade, o que denota uma dificuldade de definição ou de resposta que certamente já tirou o sono de muitos pensadores, em todos os períodos da história, que se dedicaram a pontuar elementos para descrever e esmiuçar tal conceito. No mesmo sentido, escreveu Benjamin Constant (2005, p. 160): “Se me acusassem aqui de não definir de uma maneira suficientemente precisa o sentimento religioso, eu perguntaria como se define com precisão essa parte vaga e profunda das nossas sensações morais que, por sua natureza mesma, desafia todos os esforços da linguagem”. Reforçando o caráter interdisciplinar da liberdade, Garcia (2004, p. 23) recorre à literatura, citando Cecília Meirelles: “Liberdade – essa palavra/ que o sonho humano alimenta:/ que não há ninguém que explique, / e ninguém que não entenda!”.

Outrossim, constata-se que não há como se falar em liberdade sem fazer referência, mesmo que muito breve, ao pensamento kantiano. Há muito tempo, já dizia o filósofo de Königsberg que a minha liberdade se estende até o ponto em que não invada a liberdade dos outros (BOBBIO, 1992, p. 216). Para Kant, então, a vontade livre é absurda, pois não desprovida de lei. Logo, a liberdade é *a liberdade de agir segundo leis* (ANDRADE, 2008, p. 53). O aclamado princípio da autonomia da vontade decorre dessa acepção. Segundo Kant, a liberdade individual está subordinada à vontade estatal, não sendo, por consequência lógica, um direito absoluto. Apesar de não ser um aristocrata, e tampouco um revolucionário, “Kant foi um espectador atento e emocionado do grande drama revolucionário europeu. A Revolução Francesa entusiasmou-o; a decapitação de Luís XVI encheu-o de horror” (ANDRADE, 2008, p. 50).

É exatamente nesse contexto que a noção de liberdade passa a tomar corpo. Voltando-se ao objetivo principal deste trabalho, verifica-se que também é neste momento que a liberdade religiosa passa a ser muito questionada. Primeiro, a noção de liberdade religiosa erigiu-se entre os dissidentes religiosos, mas logo os filósofos e teóricos da política – sobretudo os Iluministas – passaram a propagar a ideia de que cada indivíduo teria como um

dos direitos inerentes ao seu próprio ser, a liberdade de professar (ou não) a sua crença (BORGES, 2003, p. 4).

Dessa linha de raciocínio advém o art. 4º da Declaração Francesa de 1789:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.³

Como se vê, é a partir daí “[...] que o direito dos direitos é o direito à liberdade sem o qual, efetivamente, todos os demais perderiam a razão de ser” (GARCIA, 2004, p. 16). Além disso, conveniente pontuar que apesar de todo esse questionamento e luta pela liberdade, por parte dos revolucionários e pensadores da época, a interação entre Estado e as múltiplas confissões religiosas continua gerando dificuldades para a coexistência pacífica em sociedade. Antes de adentrar nos aspectos práticos, correntes nos dias atuais, acerca dessa relação, mostra-se premente a realização de uma breve análise conceitual da liberdade religiosa.

Partindo do entendimento da liberdade religiosa como um princípio decorrente da liberdade em sua acepção mais ampla, Pinto Ferreira (1998, p. 102) escreveu que “a Liberdade Religiosa é o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto”.

No mesmo sentido, ao pesquisar o tema, Jorge Miranda acrescenta:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis (2000, p. 409).

Aprofundando esta noção, José Afonso da Silva (1994, p. 225) aponta que a liberdade religiosa é um aspecto proveniente da liberdade de manifestação do pensamento. Contudo, o autor assevera que, indubitavelmente, a liberdade religiosa é de conteúdo mais complexo por conta mesmo das implicações que suscita. Segundo Silva, portanto, ela

³ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

compreende três liberdades: a) a liberdade de crença; b) liberdade de culto; c) e a liberdade de organização religiosa, todas garantidas na Constituição.

Bastos e Martins (1989, p. 48) aferem que a liberdade religiosa é a livre escolha pelo indivíduo da sua religião. No entanto, salientam os autores, essa escolha não se esgota nesta fé ou crença, pois demanda uma prática religiosa ou culto como um de seus elementos fundamentais. Tratando da diferenciação apontada por Silva (1994, p. 225), os autores atestam que a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Primeiro, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Assim, decorre da liberdade de consciência uma proteção jurídica que inclui os próprios ateus e agnósticos. De outro lado, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Os movimentos pacifistas surgem como exemplo, pois embora tendo por centro o apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa⁴.

É útil salientar que diversos aspectos práticos também se desdobram da tensão entre religião e Estado. Como assinalado anteriormente, este estudo aborda apenas um desses: o dia de guarda. O chamado dia de guarda mostra-se fundamental para diversas religiões, sendo que o sentido que este dia adquire depende essencialmente de cada agremiação religiosa. Ao pesquisar a temática, Martel (2007, p. 33) aferiu que muitas agremiações observam o dia de guarda - que pode ser o domingo, a sexta-feira ou o período sabático (entre os pores-do-sol de sexta-feira e de sábado) – de forma muito rígida. Durante tal dia, ao fiel é vedado trabalhar, dedicar-se a atividades lucrativas e, em certos casos, realizar labores domésticos.

É verdade que a maioria dos cristãos, atualmente, observa o domingo como o dia dedicado à guarda⁵, enquanto que uma minoria observa o sábado. De um lado, portanto, tem-se a Igreja Católica, aliada à maioria das Igrejas protestantes, observando o domingo e, de outro, tem-se os judeus e outras Igrejas protestantes, principalmente os Adventistas do 7º

⁴ Interessante é a reflexão de Ronald Dworkin sobre a questão: “com exceção da obsoleta suposição de que toda crença religiosa pressupõe a crença num deus pessoal, nenhuma definição plausível do conteúdo de uma crença religiosa poderia excluir as convicções sobre como e por que a vida humana é dotada de uma importância intrínseca e objetiva” (DWORKIN, 2006, p. 175).

⁵ Assim dispõe o art. 1.246, §1º, primeira parte, do Código de Direito Canônico: “O domingo, dia em que por tradição apostólica se celebra o mistério pascal, deve ser guardado em toda a Igreja como o dia de festa por excelência”. Disponível em: <<http://www.legiomariae.kit.net/Canais/CDC/CDC6.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2010. Outrossim, aduz Martel (2007, p. 33): “Domingo é dia de repouso. A legislação brasileira reconhece-o expressamente, inclusive em sede constitucional. A origem do domingo como dia de repouso é religiosa, pois era o dia de guarda dos católicos, elaboradores dos calendários ocidentais.”

Dia⁶, reivindicando a observância do sábado. Também não se pode esquecer a posição do Islamismo, que considera a sexta-feira um dia santo⁷ (SORIANO, 2002, p. 131).

Registre-se que embora pareça óbvio que a observância do dia de guarda seja um direito expressamente previsto e albergado pelo texto constitucional pátrio, muitos conflitos com determinadas obrigações legais vêm surgindo e sendo levados até mesmo à apreciação jurisdicional, como se verá adiante. Ao tratar da controvérsia relacionada ao dia de guarda, Martel (2007, p. 33) indica que a observância estrita de um dia de guarda, diferente do domingo, pode gerar inúmeras restrições: redução do acesso ao mercado de trabalho, por conta do horário exigido, impossibilidade de acesso a cargos públicos ou à educação pública, devido a atividades acadêmicas e provas realizadas durante o dia reservado à guarda, são apenas alguns exemplos.

A autora ainda destaca alguns relevantes problemas que podem exsurgir envolvendo uma complexa trama de direitos fundamentais e de princípios constitucionais:

[...] quanto aos concursos públicos, aparecem, de um lado, o direito de acesso aos cargos públicos, à igualdade, à liberdade de crença e de culto e à objeção de consciência. De outro lado, afirma-se a laicidade estatal, a igualdade, a impessoalidade dos atos da administração pública e a vinculação editalícia (MARTEL, 2007, p. 34).

Ademais, além da análise doutrinária, cumpre estabelecer um sucinto panorama da consagração do princípio da liberdade religiosa e do dia de guarda no ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

Pontuando a CRFB/88 como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, Piovesan (1997, p. 315), destaca que “o texto de 1988 empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país”.

⁶ Conforme Gaarder, Hellern e Notaker (2000, p. 110), “Os adventistas — seu nome completo é Adventistas do Sétimo Dia — guardam o sábado, em vez do domingo, como dia sagrado. Para justificar esse costume, eles citam os mandamentos do Antigo Testamento, bem como a prática de Jesus e dos primeiros cristãos, que guardavam o sábado”.

⁷ Sobre a posição islâmica, Gaarder, Hellern e Notaker (2000, p. 125) relatam: “Quando chegou a Medina — onde havia uma grande população judaica —, Maomé ensinou que se deve orar com o rosto voltado na direção de Jerusalém. Depois do rompimento com os judeus, ficou decidido que o fiel deve se virar de frente para Meca. *E a sexta-feira foi designada como o dia festivo da semana em vez do sábado, que é o Shabat judaico*”. (grifo nosso)

Com efeito, há que se lembrar que a CRFB/88 albergou expressamente o princípio da liberdade religiosa em seu texto constitucional, o que é perceptível nos incisos VI e VIII do art. 5º. Estes incisos atestam, respectivamente, que “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”, e, ainda, que “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”.

Além disso, de acordo com a leitura do art. 5º, §1º, da CRFB/88, os direitos fundamentais caracterizam-se por sua eficácia plena e aplicabilidade imediata. Esta característica revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos (SARLET, 2007, p. 8). Reforçando esta ideia, Marinoni (2007, p. 66) sustenta que, além da referida aplicabilidade imediata, a CRFB/88 também insere os direitos fundamentais no rol das chamadas cláusulas pétreas, protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas, também, do poder constituinte de reforma.

Já o aludido art. 5º, no §2º, institui que “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”⁸.

É oportuno salientar que os documentos internacionais também dedicam amplo espaço de seus textos a esta importante questão, reforçando o respeito à liberdade religiosa. A título exemplificativo recorde-se que a Organização das Nações Unidas (ONU), na memorável Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) faz menção expressa aos direitos à liberdade de pensamento, consciência e religião. Bobbio (1992, p. 34) salienta que “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro”. Veja-se o dispositivo que trata do tema em estudo:

Artigo XVIII. Toda pessoa 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*

⁸ Sobre a liberdade religiosa nos documentos internacionais, conferir tópico 1.4 da tese de doutoramento intitulada “A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo”, de Jayme Weingartner Neto (2006).

observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular (ONU, 2010a)⁹
(grifo nosso).

Não diverge a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, nos arts. 1º, §§1º e 2º e art.6º, “h”:

Artigo 1

1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de Ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.

2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de Ter uma religião ou convicções de sua escolha.

Artigo 6

Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do artigo 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:

h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção.¹⁰

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 12, enfatiza que a liberdade religiosa pressupõe a conservação, mudança, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou crença, *in verbis*:

Artigo 12º - Liberdade de consciência e de 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 crença, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público 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 crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 mai. 2010.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Disponível em: <<http://www.conic.org.br/?system=news&action=read&id=1199&eid=177>>. Acesso em: 16 mai. 2010.

segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.¹¹

Em suma: é possível assentar que a liberdade religiosa é um princípio fundamental que ocupa um lugar de destaque no texto constitucional brasileiro, bem como nos mais importantes documentos internacionais. Entretanto, as inscrições em textos constitucionais e Declarações de Direitos não foram sinônimos da sua concretização, de sua transposição para a realidade fática. Afinal, a existência de um dever-ser não condiciona, necessariamente, o Ser (BORGES, 2003, p. 5). No mesmo sentido, mas tratando do texto constitucional francês, Benjamin Constant assevera que todas as Constituições garantem a liberdade (e isso também se aplica perfeitamente à liberdade religiosa, como visto), e sob o império dessas Constituições, a liberdade foi violada sem cessar. Segundo o autor, “é que uma simples declaração não basta: são necessárias salvaguardas positivas; são necessários corpos suficientemente poderosos para empregar em benefício dos oprimidos os meios de defesa que a lei escrita consagra” (CONSTANT, 2005, p. 153).

Assim como todos os princípios constitucionais¹², a liberdade religiosa é concretizada em graus, variando do mínimo ao ótimo, este inatingível na prática. Em trabalho dedicado à temática, Borges (2003, p. 7) destaca que, no Brasil, ainda persiste o mito da total tolerância religiosa e da total neutralidade do Estado quanto à questão religiosa. Entretanto, não são frequentes os atos de violência envolvendo disputas religiosas, muito menos perseguições por parte do poder público a certas agremiações religiosas. Pode-se pensar que no Brasil não tem ocorrido violações em graus elevados do princípio da liberdade religiosa. Mas, cabe refletir sobre violações em grau leve, que podem conter em si o germe das grandes violações. Mostra-se claro, assim, que apesar do amplo reconhecimento pelo ordenamento jurídico do princípio da liberdade religiosa e seus correlatos, ele foram (e são) alvos de inúmeras violações, mormente quando se tem em conta a atuação do poder público.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 13 maio 2010.

¹² O presente estudo compreende o princípio da liberdade religiosa e o dia de guarda na perspectiva do pós-positivismo, em atenção à moderna interpretação constitucional (BARROSO, 2007, p. 2-8) e com vistas à Teoria dos Princípios. Segundo Humberto Ávila, “a distinção entre princípios e regras assumiu importância capital em vários planos do cenário jurídico internacional”. Em síntese, o autor indica que os princípios vêm sendo cada vez mais utilizados, seja no plano legislativo, jurisprudencial ou doutrinário” (ÁVILA, 2006, p. 657).

De toda sorte, muitas agremiações religiosas conquistaram a aprovação de um considerável número de leis estaduais que tutelam os seus períodos de guarda (MARTEL, 2007, p. 34). Com o escopo de analisar os pontos principais da temática do dia de guarda no caso concreto, verificando como se porta o Supremo Tribunal Federal ao lidar com a questão, selecionou-se a ADIN 2806-5¹³, a qual se apresenta no tópico seguinte.

3 A ADIN 2806-5: RELATO DO CASO E JUSTIFICATIVA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.806-5/RS foi impetrada em face da Lei nº 11.830, de 16.09.2002, que regulamentou a realização de processo seletivo para investidura em cargos públicos, em respeito ao dia de guarda e descanso das crenças da pessoa. Além disso, este dispositivo normativo visou assegurar aos alunos o direito de requerer, na instituição de ensino - pública ou privada - em que está matriculado, que as provas e demais atividades escolares não lhe sejam aplicados em dias tidos como de guarda pela religião de que for adepto.

Segue a Lei 11.830/2002, para melhor entendimento do caso concreto:

Art. 1.º - O processo seletivo para investidura de cargo, função ou emprego, nas estruturas do Poder Público Estadual, na administração direta e indireta, das funções executiva, legislativa e judiciária, e, ainda, as avaliações de desempenho funcional e outras similares, realizar-se-ão com respeito às crenças religiosas da pessoa, propiciando a observância do dia de guarda e descanso, celebração de festas e cerimônias em conformidade com a doutrina de sua religião ou convicção religiosa.

§1º - Quando inviável a promoção de certames em conformidade com o caput, dar-se-á à pessoa a alternativa de realizar a prova no primeiro horário em 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 - Considera-se primeiro horário, para efeitos desta lei, à luz das convicções religiosas dos judeus ortodoxos, adventistas do sétimo dia, entre outras análogas, o término do interregno dos pores-do-sol de sexta-feira a sábado.

¹³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 maio 2010.

§3º - Aplica-se também o disposto neste artigo à realização de provas de acesso a cursos, em qualquer nível, de instituições educacionais, públicas e privadas.

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

§1º - A instituição de ensino fixará data alternativa para a realização das atividades estudantis, 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 dispostos neste artigo, o aluno comprovará, preferencialmente, no ato de matrícula, esta condição de crença religiosa, através de declaração da instituição religiosa a que pertença.

§3º - O aluno, caso venha a se congrega a uma instituição religiosa no decorrer do ano letivo, gozará dos mesmos direitos, com a apresentação de declaração após a sua congregação.

Art. 3º - Os servidores públicos civis de qualquer das funções que compõem a estrutura do Estado, da administração direta e indireta, gozarão do repouso semana remunerado preferencialmente aos domingos, ou em outro dia da semana, a requerimento do servidor, por motivo de crença religiosa, desde que compense a carga horária exigida pelo Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul ou legislação especial.

Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional com base tão somente em argumentos de caráter formal. Registre-se que, à primeira vista, pareceu que o Supremo tentou se esquivar do mérito da complexa questão do dia de guarda, limitando-se a discutir apenas os pontos de caráter formal tocantes à matéria.

Assim, a seleção do caso justifica-se por sua relevância perante o cenário constitucional na atualidade. Ora, em tese o Brasil é considerado um país laico, que resguarda direitos como a liberdade de consciência e de crença e assegura o livre exercício dos cultos religiosos, apenas para citar um dos incisos arrolados no art. 5º da CRFB/88 que faz menção à temática. Além disso, assumindo o caráter laico do Estado brasileiro e reiterando a acepção de que o país não pode favorecer uma religião, em detrimento das outras, o art. 19, da CRFB/88, expressa o seguinte:

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

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

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (grifo nosso).

Deste modo, o julgamento da referida ADIn toma relevo também no que diz respeito à jurisdição constitucional, afinal, os pleitos judiciais referentes à liberdade religiosa devem buscar concretizar, no plano concreto, os princípios norteadores da Constituição¹⁴.

Em síntese, o caso diz respeito ao princípio da laicidade, da igualdade, mas, sobretudo da liberdade religiosa. Ora, um país laico, como o Brasil, deve tutelar o pluralismo religioso, zelando, assim, para que o princípio da igualdade não seja violado¹⁵ e contribuindo para que as diversas agremiações religiosas possam coexistir de forma pacífica. Mais do que isso, demonstra de que forma o Supremo Tribunal Federal lidou com essas questões.

4 ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA ADIN 2806-5

A ADIn 2806-5 teve por objeto a Lei nº 11.830, que visou adequar as atividades do serviço público estadual e dos estabelecimentos de ensino públicos e privados aos dias de guarda das diferentes religiões professadas no Estado, o que se observa em sua ementa:

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; VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹⁶.

¹⁴ Nas palavras de Sílvio Dobrowolski (2009, p. 229): “O objetivo desta [da jurisdição constitucional] é, portanto, manter a correspondência dos atos normativos dos órgãos estatais ao plano da Constituição, evitando que o Estado ultrapasse os seus limites (proteção das liberdades e dos direitos) e orientando-o para que busque realizar os objetivos indicados no Texto Maior, com observância dos valores nele incorporados e da sua fórmula política”.

¹⁵ Merece referência a conclusão de Ronald Dworkin: “[...] não haveria sentido algum em dizer que a liberdade religiosa não tem relação com a liberdade individual, ou que a proteção da liberdade de todos e cada um não tem relação com a igualdade” (DWORKIN, 2006, p. 179).

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 mai. 2010a.

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente, com base nos seguintes argumentos: primeiro, o STF sustentou que a Lei padece do vício formal, pois a iniciativa de proposição cabia ao Chefe do Executivo (CRFB/88, art. 84, VI, a) e não à Assembleia Legislativa. Além disso, como se vislumbra nos dispositivos constitucionais citados na ementa, a lei impugnada invadiu a competência privativa da União para legislar sobre a administração e funcionamento das escolas particulares e, outrossim, do Governador do Estado, ao tratar das escolas estaduais. Ainda, conforme interpretação do STF, a lei atacada viola a autonomia das universidades, o que está garantido constitucionalmente (art. 207, CRFB/88).

Pela breve exposição, é perceptível que o Supremo Tribunal Federal baseou-se em uma fundamentação de caráter formal para julgar a ADIn, atendo-se apenas às regras jurídicas positivadas, sem nem ao menos entrar no mérito da questão do dia de guarda. Para reforçar essa aceção, importa destacar alguns dos pontos mais relevantes levantados pelos Ministros no julgamento em apreço.

Já no relatório, o Ministro Ilmar Galvão pontua algumas questões controvertidas acerca da liberdade religiosa e do dia de guarda discutidos entre o Governador do Estado do Rio Grande do Sul e a Assembleia Legislativa. O primeiro alegou que a lei vai de encontro aos artigos citados na ementa da ADIn em análise. Contudo, o Chefe do Poder Executivo estadual foi além, entrando no mérito da questão:

[...] sendo o Brasil um Estado laico, que consagra a liberdade de crença e culto religioso, não pode ficar submetido ao interesse de uma religião, na fixação de datas e horários para a realização de provas dos concursos promovidos pela Administração [...] e nem tampouco sujeito a práticas destinadas a assegurar a incomunicabilidade dos candidatos de determinada crença [...]¹⁷.

Em resposta, a Assembleia Legislativa gaúcha sustentou, fundamentadamente, que:

[...] a lei impugnada teve por objetivo disciplinar o exercício do direito à liberdade de religião, preconizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto de São José da Costa Rica, que tem como um dos corolários a observância do dia de repouso e dos feriados e cerimônias, de acordo com os preceitos de cada religião ou

¹⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 mai. 2010a.

crença [...], não podendo nenhum ato administrativo obrigar qualquer cidadão a abdicar de sua crença religiosa para poder ter acesso a seu direito.¹⁸

É certo que as argumentações são contundentes, pois as partes adentraram nos aspectos substanciais da questão do dia de guarda. Entretanto, os Ministros do STF não conduziram seus votos de modo a enfrentar o conflito de fundo, preocupando-se em discutir pontos referentes aos vícios formais de iniciativa e competência legislativa.

Deve-se ressaltar a postura do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual sustentou que “a lei tem implicações maiores do que o simples problema de iniciativa legislativa”. Após a constatação, e considerando uma lei que não sofresse vício de iniciativa, ainda inquiriu: “Pergunto: seria constitucional uma lei de *iniciativa do Poder Executivo* que subordinasse assim o andamento da administração pública aos ‘dias de guarda’ religiosos? [...]” (grifo nosso). Finalizando seu voto, acrescentou que “é desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso, princípios substanciais, a partir do ‘due process’ substancial e do caráter laico da República”.¹⁹

Inobstante as constatações do Ministro Sepúlveda Pertence, reitera-se o entendimento de que o Supremo, de modo geral, não abordou a questão de fundo, isto é, a regulamentação do direito à liberdade religiosa. Mostra-se imprescindível que o Brasil, como Estado laico que diz ser, regule aspectos relacionados à liberdade religiosa, a fim de tutelar o exercício pleno deste direito protegido constitucionalmente. É evidente que o Estado deve se manter em posição de neutralidade ao lidar com essas questões. Contudo, importante se faz aliar esta neutralidade à garantia do exercício da liberdade religiosa a todas as pessoas, sobretudo às minorias.

Então, observa-se que, quando da realização de concursos ou correlatos, no dia de guarda da religião de determinada pessoa, esta, baseada na escusa de consciência, pode prestar a prova em outro dia ou permanecer incomunicável até o final do seu período de guarda. Ressalte-se que, se isso não for permitido, o indivíduo pode impetrar mandado de segurança a fim de que seu direito fundamental seja respeitado (BORGES, 2003, p. 5).

¹⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 maio 2010.

¹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 maio 2010.

Em outras palavras, na hipótese de coincidência do dia de guarda com provas escolares, vestibulares e concursos públicos, Soriano (2002, p. 144) convoca a “sociedade fraterna, justa e pluralista” do preâmbulo constitucional, a dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima efetividade da liberdade religiosa, conjugando o art. 5º, VI e VIII. Por fim, conclui acertadamente que é perfeitamente razoável tratar desigualmente os sabatistas (minorias religiosas observadoras do sábado), em cabal cumprimento do princípio da isonomia.

Segundo o autor, se o agendamento de prova é ato administrativo discricionário, não significa que esteja desvinculado dos princípios basilares da ordem jurídica, mormente no reforço do princípio do livre acesso aos cargos públicos. A recusa é uma arbitrariedade, contra a qual caberia mandado de segurança. Da mesma forma, as escolas, públicas ou particulares, devem propiciar uma alternativa para os alunos que não podem realizar provas no sábado, por motivo religioso (SORIANO, 2002, p.145-146).

Ademais, analisando com maior cuidado os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Martel (2007, p.45) assevera que a motivação decisória e a arquitetura argumentativa “são absolutamente essenciais à legitimação da atividade jurisdicional. É crucial que os jurisdicionados possam seguir os passos dos julgadores e compreender o porquê do resultado”. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, apesar de trazer à tona questões importantes, parece encaixar-se na referida definição, pois este se limitou a mencionar que “a lei tem implicações maiores do que o simples problema de iniciativa legislativa”²⁰, mas sem desenvolver as *implicações* referidas.

Por todas essas razões, entende-se que ao julgar procedente a ADIn 2806-5, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da palavra definitiva sobre a interpretação do texto constitucional (NERY JR., 2009, p. 45), poderia ter fundamentado e discutido abertamente as questões cruciais do caso concreto, sem restringir o seu julgamento somente aos vícios formais presentes no dispositivo normativo atacado.

²⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806-5/RS. Pleno. Min. Ilmar Galvão. j. 23.04.2003. Dj 27.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2806&classe=ADI>>. Acesso em: 13 maio 2010.

5 CONCLUSÕES

No desenvolver deste trabalho procurou-se fixar premissas com vistas de materializar a fundamentação necessária para se discutir o tema em análise, isto é, o dia de guarda e a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca dessa questão. Assim, selecionou-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 2806-5/RS) para alcançar, no plano concreto, os objetivos firmados no início do trabalho.

Primeiramente, discorreu-se sobre a liberdade religiosa, tratando, ao final, da questão específica do dia de guarda. Depois, passou-se ao relato e justificativa do caso escolhido, assinalando a sua importância no cenário constitucional brasileiro. Finalmente, voltou-se a atenção para o caso concreto, posto que base teórica já havia sido estruturada, sendo possível firmar um contraponto entre as premissas estabelecidas pelos Ministros com as questões discutidas anteriormente.

Foi possível verificar que a liberdade religiosa encontra-se devidamente tutelada pelo ordenamento jurídico – tanto o brasileiro, quanto o internacional –, constituindo-se como um princípio de notória relevância para assegurar outras liberdades e a dignidade da pessoa humana. Além disso, sendo o Brasil um Estado laico, faz-se premente regulamentar aspectos relacionados à liberdade religiosa, a fim de tutelar o exercício pleno deste direito protegido constitucionalmente. Por fim, no que diz respeito à posição do STF ao julgar procedente a ADI n. 2806-5, entendeu-se que este Tribunal poderia ter encarado e discutido abertamente a questão de fundo, sem se limitar tão somente às questões formais relativas ao dispositivo atacado.

Ao término do presente estudo, considera-se que o objetivo principal restou atingido, diante das constatações expostas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. Kant: A Liberdade, O Indivíduo e a República. In: WEFFORT, Francisco Correia [Org.] Os Clássicos da Política. São Paulo: Ática, 2008, vol. 2.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. In: BARRETO, Vicente de Paulo.

Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Anna Karenina Righetto. **Princípios republicano-constitucionais da liberdade religiosa e da separação Igreja/Estado: um exame de suas concretizações no Município de Criciúma no interregno 1992-2002**. Criciúma, 2003. Relatório de Iniciação Científica.
ANDRADE, Lédio Rosa de; MARTEL, Letícia de Campos Velho [Orient.].

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **A Inflação Legislativa e a Jurisdição Constitucional**. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho [Org.]. Estudos contemporâneos de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221-236.

DWORKIN, Ronald. **Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Trad. de Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 86, p.11-57, ago./set. 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/LeticiaCampos_rev86.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Direitos Fundamentais**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa**: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. 2006. 576 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.qprocura.com.br/dp/31445/a-edificacao-constitucional-do-direito-fundamental-a-liberdade-religiosa-um-feixe-juridico-entre-a-inclusividade-e-o-fundamentalismo.html>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

THE PRINCIPLE OF RELIGIOUS FREEDOM AND THE DAY OF GUARD: A CASE STUDY OF ADIN 2806-5/RS

ABSTRACT

Several practical aspects unfold from the complicated interaction between State and the different religious confessions. For instance, the guard day, which is one of the scopes of the present study, represents these implications. Although it seems clear the occurrence of this day represents a right expressly provided in the Constitution of 1988, it is astounding the number of conflicts with legal obligations that this fact has created. Thus, this essay discusses about the guard day, especially through the analysis of the posture adopted by the Brazilian Supreme Court in a concrete case which illustrates the thematic.

Keywords: Guard day. Constitutional jurisdiction. Establishment clause. Religious freedom.