

03/12/2009

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGTE. (S) : CENTRO DE EDUCAÇÃO RELIGIOSA JUDAICA
ADV. (A/S) : ARI MARCELO SOLON
AGDO. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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 delibação, 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2009.

**MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR**



AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGTE. (S) : CENTRO DE EDUCAÇÃO RELIGIOSA JUDAICA
ADV. (A/S) : ARI MARCELO SOLON
AGDO. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):
Trata-se de agravo regimental interposto pelo Centro de Educação Religiosa Judaica e vinte alunos secundaristas que professam a fé judaica (fls. 296-309), nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada n° 389, contra a decisão por mim proferida em 20 de novembro de 2009 (fls. 774-282), que possui o seguinte teor:

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, com a finalidade de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, nos autos do Agravo de Instrumento n° 2009.03.00.034848-0, deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, com a conseqüente determinação de que fosse oportunizada aos autores da Ação Ordinária n° 2009.61.00.021415-6, em curso perante o Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, "a participação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, em dia compatível com exercício da fé por eles professada, a ser fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas, observando-se o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes".

Segundo o relato da petição inicial, o Centro de Educação Religiosa Judaica e vinte e dois alunos secundaristas ajuizaram ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da União e do Instituto Nacional de Estudos Anísio Teixeira (INEP), objetivando a designação de data alternativa para a realização das provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que não coincidissem com o Shabat (do pôr-do-sol de sexta-feira até o pôr-do-sol de sábado) ou qualquer outro feriado religioso judaico (fls. 38-65).

Os autores afirmam, em síntese, que a designação de data alternativa para a realização das provas do ENEM constitui meio de efetivação do princípio da

STA 389-AgR / MG

igualdade e do direito fundamental à liberdade religiosa.

O Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo indeferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 196-199), sob o fundamento de que a designação de dias e horários alternativos para a realização de provas representaria o estabelecimento de regras especiais para um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais, com a conseqüente violação ao princípio da isonomia. Sustentou, ademais, que o acolhimento da pretensão dos autores acarretaria dificuldades de ordem prática, haja vista que a fixação de datas distintas para a realização das provas implicaria quebra do dever de sigilo acerca de seu conteúdo.

Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal (fls. 20-33).

O Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu a tutela antecipada, por entender que a designação da data alternativa para a realização das provas do ENEM constituiria meio de efetivação do direito fundamental à liberdade de crença, prevista no art. 5º, VI, da Constituição.

O presente pedido de suspensão de tutela antecipada baseia-se em argumentos de lesão à ordem jurídica, em sua acepção jurídico-administrativa.

Afirma o requerente que a decisão impugnada traria graves conseqüências para a Administração Pública, tendo em vista que o concurso público se subordina aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

Sustenta, ademais, que a realização das provas na data marcada (dias 5 e 6 de dezembro de 2009) não violaria o disposto no art. 5º, VI e VIII, da Constituição, pois a Administração não poderia criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição entre os candidatos, haja vista, inclusive, o dever de neutralidade estatal.

Alega, também, que a decisão impugnada comprometeria a normal condução dos procedimentos administrativos relativos ao ENEM, colocando-se em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Segundo o requerente, se mantidos os efeitos da decisão, haveria um exame aplicado para mais de quatro milhões de candidatos e outro para vinte e dois alunos, o que comprometeria a credibilidade do ENEM.

Ressalta, ainda, que a questão de fundo da ação principal não diria respeito à garantia do direito

STA 389-AgR / MG

fundamental à liberdade de consciência e crença, mas à preservação do "dia de guarda", que, a depender da religião, poderia ser em qualquer dia da semana.

A decisão impugnada possuiria, portanto, potencial "efeito multiplicador", haja vista a possibilidade de ser invocada por praticantes de outras religiões para se eximirem do cumprimento de obrigações a todos impostas, com evidentes riscos à ordem pública.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis n° 12.016/09, n° 8.437/92, n° 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl-AgR n° 497, Rel. Carlos Velloso, DJ 6.4.2001; SS-AgR n° 2.187, Rel. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n° 2.465, Rel. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Na ação de origem, discute-se a interpretação e a aplicação dos arts. 5°, caput e VI, da Constituição. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR 846, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS-AgR 1.272, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

O mencionado juízo de delibação dos elementos da causa não se revela apenas possível, mas necessário à aferição da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia

3

STA 389-AgR / MG

públicas, pois, como bem salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, "(...) ainda que não se cuide de recurso, o deferimento do pedido de suspensão de segurança não prescinde de todo da deliberação do mérito da controvérsia subjacente à decisão concessiva da liminar ou do mandado de segurança. Com efeito, não obstante suas peculiaridades, a suspensão de segurança é medida cautelar: visa, afinal de contas, a salvaguardar dos riscos da execução provisória do julgado os qualificados interesses públicos - os relativos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas - que a justificam, com vistas à eventual reforma da decisão mediante o recurso cabível. Por isso, tenho acentuado: se, de plano, se evidencia a inviabilidade do recurso interposto ou anunciado, perde sentido a suspensão da segurança concedida (...)" (SS 1.001, DJ 21.03.1996).

Nesse sentido, não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização interna das entidades religiosas. Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição.

É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

No caso, verifica-se, contudo, que a requerente logrou comprovar que a fixação de data alternativa para a realização das provas do ENEM coloca em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Em primeiro lugar, não obstante a determinação judicial no sentido de que as provas aplicadas aos autores da ação principal possuam o mesmo grau de dificuldade das aplicadas aos demais candidatos, não há dúvida sobre a inexistência de critérios objetivos que possam indicar, de forma cabal, se duas provas possuem grau de dificuldade equivalente ou diverso. Tal fato ensejaria as mais diversas indagações acerca de suposto favorecimento dos autores, comprometendo ainda mais a credibilidade do ENEM, já prejudicada em

4

STA 389-Agr / MG

virtude do anterior vazamento das provas, conforme noticiado nos mais diversos meios de imprensa.

Ademais, cumpre ressaltar a existência de outras confissões religiosas, as quais possuem "dias de guarda" diversos dos dos autores. Assim, a fixação de data alternativa apenas para um determinado grupo religioso configuraria, em mero juízo de delibação, violação ao princípio da isonomia e ao dever de neutralidade do Estado diante do fenômeno religioso.

Tal fato atesta, ainda, o "efeito multiplicador" da decisão impugnada, haja vista que, se os demais grupos religiosos existentes em nosso país também fizessem valer as suas pretensões, tornar-se-ia inviável a realização de qualquer concurso, prova ou avaliação de âmbito nacional, ante a variedade de pretensões, que conduziriam à formulação de um sem-número de tipos de prova.

Nesse ponto, cumpre transcrever a seguinte reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.806, DJ 23.4.2003:

Pergunto: seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da Administração Pública aos "dias de guarda" religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do Governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso princípios substanciais, a partir do "due process" substancial e do caráter laico da República".

Verifica-se, pois, que a providência determinada pela decisão impugnada, além de se revelar, a priori, contrária ao dever do Estado de se portar de forma neutra perante o fenômeno religioso, coloca severos óbices à atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, cumpre registrar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão, entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos a partir do julgamento da SS 4.405, Rel. Néri da Silveira. Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Por fim, saliente-se que a União juntou aos autos, às fls. 225-271, cópia de ofício expedido pelo

5

STA 389-Agr / MG

Ministério da Educação, segundo o qual, na inscrição para o ENEM, foi ofertada a opção de "atendimento a necessidades especiais", com a finalidade de garantir a possibilidade de participação de pessoas com limitações em virtude de convicção religiosa ou que se encontram reclusas em hospitais e penitenciárias. Afirma-se, no referido ofício, que "todos que realizaram suas inscrições no ENEM e solicitaram atendimento especial por motivos religiosos terão suas solicitações atendidas. No caso dos Adventistas do Sétimo Dia, a prova do sábado, dia 03 (três) de outubro próximo será realizada após o pôr-do-sol" (fl. 227).

Tal providência (início da prova após o pôr-do-sol) revela-se aplicável não apenas aos adventistas do sétimo dia, mas também àqueles que professam a fé judaica e respeitam a tradição do Shabat. Em uma análise preliminar, parece-me medida razoável, apta a propiciar uma melhor "acomodação" dos interesses em conflito.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0.

No presente agravo regimental, sustentam os agravantes que a decisão impugnada teria deixado de analisar o âmbito de proteção e o alcance do art. 5º, VIII, da Constituição, segundo o qual 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.

Afirma, ademais, que a decisão impugnada não contemplaria a magnitude do art. 227 da Constituição, segundo o qual é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação.

No entender dos agravantes, o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM teria deixado de ser opção complementar aos estudantes secundaristas, haja vista que a sua

STA 389-AgR / MG

realização teria se tornado imperativa àqueles que almejam vaga em instituições de ensino superior. Por conseguinte, o ENEM não poderia ser comparado a concursos públicos, nos quais a inscrição seria facultativa.

Alega, também, ser tecnicamente possível uma aferição satisfatória de distintos graus de dificuldade de uma prova.

Salienta a diferença entre o *Shabat* judaico, dia de observância estrita e no qual se proíbe a realização de atividades de qualquer natureza, e o "dia de guarda" das demais religiões, que são, em regra, dias de descanso.

Assevera, ainda, que o Estado deve criar meios para que os direitos dos cidadãos que professem determinada fé não sejam tolhidos.

Por fim, sustenta que a "medida alternativa" proposta pelo Ministério da Educação (início da prova após o pôr-do-sol) traria prejuízos àqueles que professam a fé judaica e respeitam a tradição do *Shabat*, haja vista que os alunos teriam de ser confinados em sala de aula por mais de sete horas para, em seguida, realizar prova de quatro horas e meia de duração.

STA 389-Agr / MG

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):
Tendo em vista que as provas do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM serão realizadas no próximo dia 5 de dezembro, trago à apreciação de Vossas Excelências o agravo regimental que fora interposto contra a decisão que proferi no dia 20 de novembro de 2009, por meio da qual determinei a suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que havia garantido a vinte e dois estudantes secundaristas que professam a fé judaica a possibilidade de realizarem as provas do ENEM em dia alternativo, não coincidente com o sábado.

Adstrito às limitações cognitivas que caracterizam os incidentes de contracautela, deferi o pedido formulado pela União, por entender que a designação de dia alternativo para a realização das provas colocaria em risco a ordem pública, entendida em termos de ordem jurídico-administrativa.

Deixei consignado na referida decisão inexistir dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade diante do fenômeno religioso, revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais.

Ponderei, entretanto, que o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de

STA 389-Agr / MG

afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

Nesse sentido, não se revelaria aplicável à realidade brasileira as conclusões a que chegou o Justice Black da Suprema Corte norte-americana, no famoso caso *Everscn v. Board of Education*, segundo as quais a cláusula do estabelecimento de religião (*"establishment of religion" clause*) prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana não estabeleceria apenas que "nenhum Estado, nem o Governo Federal, podem fundar uma Igreja", mas também que "nenhum dos dois podem aprovar leis que favoreçam uma religião, que auxiliem todas as religiões". Segundo Thomas Jefferson, a referida cláusula deveria ser compreendida como a construção de um "muro" entre Igreja e Estado (*"erect a wall of separation between Church and State"*).

Tal entendimento não se afigura, a priori, compatível com a nossa Constituição, pois se revela contrária, até mesmo, à concessão de imunidade tributária aos templos de qualquer culto (art. 150, IV, "b"), à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII), ou quaisquer outras que favoreçam ou incentivem todas as religiões.

Por isso, é importante afirmar que, em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença, até mesmo porque, conforme salientado por Jorge Miranda, "(...) o silêncio sobre religião, na prática, redundava em posição contra a religião" (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 427).

STA 389-AgR / MG

Não se revela inconstitucional, portanto, que o Estado se relacione com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os benefícios sociais que elas são capazes de gerar. Canotilho e Jônatas Machado afirmam, inclusive, que o princípio da neutralidade do Estado "não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos. (...) O princípio da neutralidade do Estado preclui qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião em geral ou a determinadas crenças religiosas em particular" (CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 16, n° 64, p. 29-30).

O que não se admite é que o Estado assumira determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios. O que se deve promover é a livre competição no "mercado de idéias religiosas", expressão que, segundo Jônatas Machado, teria sido cunhada com base no pensamento de Oliver Wendell Holmes e Stuart Mill (MACHADO, Jônatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva; dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 176)

Nesse contexto é que surgem as mencionadas ações positivas do Estado em se tratando de matéria religiosa, buscando-se afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias, e impedir influências indevidas no que diz respeito às opções de fé.

10

STA 389-AgR / MG

Vê-se, pois, que tais ações somente se revelam legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de idéias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de se atingir esse desiderato. Deve-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos.

A designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do *Shabat* poderia ser, a priori, considerado uma medida de "acomodação", apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso país, revela-se minoritário.

Ocorre que, apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorreriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEM (não em virtude de dificuldades financeiras ou meramente operacionais, mas em razão dos problemas advindos da aplicação de provas distintas a indivíduos que participam de uma mesma seleção), a designação de data alternativa parece, em mero juízo de delibação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso.

Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, 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 fazer a prova após o pôr-do-sol (deve-se lembrar que o *Shabat* judaico inicia-se no pôr-do-sol da sexta-feira e termina no

STA 389-AgR / MG

pôr-do-sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada, há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como "dia de guarda" o sábado.

Pode-se argumentar que a medida adotada pelo MEC prejudicaria os candidatos praticantes da referida profissão religiosa, os quais teriam de ser confinados, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas.

Não sou insensível a esses argumentos, mas vejo que a medida adotada revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso (que não se confunde com indiferença, consoante salientado anteriormente) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.

Ressalto, por fim, que não se trata de posicionamento definitivo dessa Corte sobre o tema, até mesmo porque existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento que versam sobre a matéria.

Trata-se da ADI n° 391, Rel. Joaquim Barbosa, na qual se discute a constitucionalidade de leis do Estado do Pará que limitaram a realização do vestibular, provas de concursos e avaliações escolares no período compreendido entre às 18 horas de sexta e às 18 horas do sábado subsequente. As referidas leis ainda estabeleceram o abono de faltas daqueles alunos que, por comprovado motivo religioso, não puderem comparecer à instituição de ensino no mencionado período.

12

STA 389-AgR / MG

Há também a ADI n° 3.714, Rel. Carlos Britto, na qual se discute a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo de conteúdo semelhante. O mencionado diploma legal também prevê que, quando se revelar inviável a realização das provas no período, elas serão realizadas no sábado, após as 18 horas.

Quando do julgamento dessas ações diretas, a Corte poderá se debruçar em profundidade sobre o tema, de modo a definir, com mais acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa. Aqui, trata-se de resolver incidente de contracautela, tendo em vista os riscos que a decisão que fora suspensa pela Presidência é capaz de acarretar à ordem pública.

Assim, por não vislumbrar razões suficientes para a modificação do entendimento consignado na decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

03/12/2009

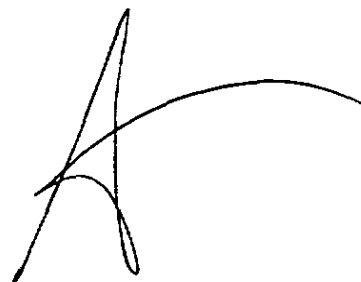
TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também acompanho Vossa Excelência.

Observo que há no edital, como Vossa Excelência bem assinalou, a previsão de que aqueles que têm necessidades especiais, em virtude de convicções religiosas ou alguma limitação em face de internação hospitalar, têm uma opção e um atendimento diferenciado.

Acompanho integralmente Vossa Excelência.



03/12/2009

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAISVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, esse é um tema muito delicado. Ele tem suscitado no Brasil e no exterior muita discussão, porque a liberdade religiosa, de fato, é algo muito sensível.

Vossa Excelência disse bem no voto: O Estado brasileiro é laico, o que não significa indiferentismo, não significa um cruzar de braços diante de uma situação francamente facilitadora do exercício, do gozo da liberdade religiosa. Mas, aqui mesmo na Constituição, ao tempo que assegura a liberdade de religião, a nossa Constituição faz uma ressalva expressa: é o inciso VIII do art. 5º:

"Art. 5º

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ...".

Convenhamos: privado do direito de concorrer, do direito de fazer concurso público.

"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".

Também entendo que o Estado, podendo facilitar o



STA 389-AgR / MG

culto ou o livre exercício de uma convicção religiosa, deve fazê-lo; é dever do Estado. Agora, no caso, parece que faltam condições de operacionalizar essa facilitação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Uma prova para quatro milhões de pessoas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E Vossa Excelência disse bem, da petição inicial consta que se assegure aos requerentes o direito de compatibilizar o dia da prova com suas convicções religiosas, mas sem prejuízo do mesmo grau de dificuldade das provas alternativas ou aplicadas em dia diferenciado aos requerentes. E como assegurar o mesmo grau de dificuldade das provas? Parece-me que é de resposta impossível. Como assegurar o mesmo grau de dificuldade entre uma prova massiva para toda uma população e outra prova também - agora, não é tão massiva porque parece que os requerentes são vinte e dois. Mas como assegurar o mesmo grau de dificuldade? Parece-me que é um problema de impossível operacionalização, o que fragiliza sobretudo o próprio requerimento, que reconhece ser preciso preservar o mesmo grau de dificuldade para os dois grupos de contendores, de disputantes de vagas no Enem.

Depois, já no artigo 19, quando a Constituição fala de vedações comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos



STA 389-Agr / MG

Municípios, há algo que também me parece abonar o voto de Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes. É o art. 19, *litteris*:

"Art. 19. É vedado à União, aos Estados 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;"

Parece-me que é o contrário. O interesse público, aqui, está em uniformizar a prova, em submeter todos os pretendentes a uma vaga no Enem às mesmas condições técnicas, às mesmas condições de aferições de conhecimento. O interesse público estaria aí.

E o número III, diz:

"III - Criar distinções entre brasileiros os preferências entre si."

Aqui, estaríamos criando uma distinção, de natureza religiosa que, em princípio, seria admissível; mas também penso que Vossa Excelência bem demonstrou que no caso concreto seria praticamente instalar o caos no âmbito da Administração Pública, porque a mesma regra que adotarmos aqui, a mesma decisão que adotarmos aqui há de prevalecer para todo o tipo de competição pública promovida pela Administração Pública. E que de ordinário são marcados para estes dois dias mesmo: sábado e domingo.

Se eu tivesse mais tempo, se a prova já não estivesse

STA 389-Agr / MG

marcada, eu pediria vista do processo para maturar uma reflexão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas tendo que decidir assim, de pronto, eu acompanho o voto de Vossa Excelência.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, cursive representation of the name Carlos Britto.

03/12/2009

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, também acompanho o voto de Vossa Excelência.

Não vejo, com o devido respeito, nenhuma ofensa à liberdade constitucional de crença ou de consciência, tampouco de que o Estado esteja privando algum grupo do exercício de direitos por motivo de ordem religiosa. Antes, neste caso os interessados é que poderiam deixar de exercer um direito garantido pelo Estado por motivo religioso. Exatamente o contrário do que a norma constitucional impede!



03/12/2009

PLENÁRIO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, no caso, o contraditório foi observado? Houve o pedido de suspensão da tutela antecipada e a parte que tinha situação constituída, ante o pronunciamento no agravo de instrumento na Corte de origem, foi cientificada antes da suspensão?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Acho que sim. Agora a lei não exige essa providência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vejo o contraditório como espinha dorsal do devido processo legal, ou seja, o cidadão que tenha uma certa situação constituída não pode, sem a cientificação, ser despojado dela em Juízo. De início, essa é a regra. Deve-se haver o conhecimento, mesmo da medida intentada em um fórum diverso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
A não ser que o caso não permita, como neste, se não houvesse a decisão.

STA 389 AgR / MG

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A não ser no caso de urgência maior, de risco de perecimento de direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E é exatamente o caso, tanto que a prova vai ser realizada agora no sábado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, a Constituição empresta um relevo maior à liberdade religiosa e o faz a ponto de ter-se, no rol das garantias constitucionais, dois incisos versando essa mesma liberdade - os incisos VI e VIII do artigo 5º. O primeiro revela que:

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;

E o seguinte visa a proteger a direito:

VIII - ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou 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.

STA 389 AgR / MG

Tem-se situação em que, mesmo diante de um diploma legal impondo certa obrigação, é possível chegar-se ao afastamento dessa obrigação, mediante prestação alternativa. O que houve na espécie, Presidente?

O Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais - INEP foi provocado para encontrar - e com o Exame Nacional do Ensino Médio isso se repete - solução para o impasse decorrente de convicção religiosa e o fez com base não no campo da lei em sentido formal e material, porque exigiria a participação do Congresso, mas no administrativo, no que previsto quanto a prestação alternativa alusiva a certa obrigação. Atuou no campo da razoabilidade, da proporcionalidade? A meu ver, não. Não atuou. Manteve o ato e o exame poderia ocorrer em qualquer dia da semana: segunda, terça, quarta, quinta - excluída a sexta -, tendo em conta o islamismo. Assim o fez, mantendo a data designada e cogitando de confinamento, de recolhimento do candidato a contrapor-se, justamente, ao objetivo visado com a tomada de providências. Os alunos da colônia judaica, de memoráveis serviços prestados à pátria, teriam que se apresentar de qualquer forma para ficar retidos; sem comunicação, durante

STA 389 AgR / MG

sete horas e, a seguir, prestar exame que se projeta por quatro horas e meia.

Presidente, estamos diante de situação concreta em que a obrigação não decorreu de lei, mas sim de ato administrativo. Situação em que possível seria encontrar um denominador comum, para não se ter possível arranhão à Carta da República, quanto à liberdade religiosa e à preservação de direitos, tudo isso a partir de óptica distorcida referente a essa mesma liberdade.

Creio que as peculiaridades do caso precisam, na conciliação de valores, e devem ser consideradas. Tanto quanto possível, há de partir-se para o empréstimo de concretude maior às garantias constitucionais. E seria possível ter-se a assunção de postura compatível com a Carta da República, com a preservação da liturgia própria deste ou daquele segmento religioso.

Creio que, mediante antecedência cabível, visando, quem sabe, ao deslocamento de datas - e não chego à conclusão de que poderia haver provas diferentes conforme a religião do aluno -, atuou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de São Paulo, impondo providência alternativa que, tanto quanto possível, preservasse o objetivo visado pela

STA 389 AgR / MG

Constituição Federal quanto ao respeito à opção religiosa.

Peço vênia a Vossa Excelência, para prover o agravo. Faço-o em virtude - quando fui Presidente da Casa assim procedi, e já se vão alguns anos - da necessidade de estabelecer-se o contraditório nessa medida excepcional e unilateral quanto à iniciativa - age o Poder Público -, que implica queima de etapas, que é a de suspensão de liminar, de tutela, de segurança. Sempre estabeleci o contraditório por entender que se faz presente a necessidade de observar-se garantia - que também é constitucional -, não surpreendendo, portanto, a parte que logrou no Judiciário uma situação constituída. Vejo esse defeito no campo do procedimento.

No tocante ao tema de fundo do agravo, provejo-o para restabelecer a decisão do Regional Federal, no que determinou que se observasse a cláusula final do inciso VIII do artigo 5º, a revelar que se deve, sempre, prever prestação alternativa. A prestação alternativa, mais do que viável, seria a designação do exame para dia útil, dia de atuação normal, tendo em conta os diversos segmentos da sociedade.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): CENTRO DE EDUCAÇÃO RELIGIOSA JUDAICA

ADV.(A/S): ARI MARCELO SOLON

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 03.12.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


fn Luiz Tomimatsu
Secretário