

CONCURSOS PÚBLICOS E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO BRASIL E ALEMANHA

CIVIL SERVICE EXAMINATIONS AND CONSCIENCE OBJECTION IN BRAZIL AND GERMANY

CONCURSOS PÚBLICOS Y OBJECCIÓN DE LA CONCIENCIA EN BRASIL Y ALEMANIA

LENIO LUIZ STRECK

<https://orcid.org/0000-0001-8267-7514> / <http://lattes.cnpq.br/0806893389732831> / lenios@globomail.com
Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
São Leopoldo, RS, Brasil

RESUMO

A partir da perspectiva relacionada a liberdade religiosa, dada fundamentabilidade do direito de liberdade de credo, propugna-se discutir de que forma se decide no Brasil. Para tanto, será apresentado o tratamento do Direito alemão sobre o tema da liberdade religiosa, breves apontamentos sobre a objeção de consciência no Brasil, para então discutirmos a questão do impacto negativo de decisões judiciais e o ativismo judicial em solo brasileiro. Utilizou-se nesse estudo o método fenomenológico hermenêutico desvendando as várias camadas do fenômeno, revolvendo o chão linguístico sob o qual se assenta a presente temática

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Liberdade Religiosa; Crítica Hermenêutica do Direito; Constituição.

ABSTRACT

The aim of this essay is to discuss, drawing from a perspective considering both religious liberty as such and the foundations of freedom of belief, how judges decide in Brazil. I therefore present how religious liberty develops in German law along with brief reflections on conscientious objection in Brazil, in order to discuss the negative impacts of judicial activism in Brazil. The research was based on a phenomenological method, investigating the several layers underlying the investigated phenomena and the linguistic soil in which it is founded.

Keywords: Judicial Discretion; Freedom of Religion; Critical Hermeneutics of Law; Constitution.

RESUMEN

Desde la perspectiva relacionada con la libertad religiosa, dada la fundamentalidad del derecho a la libertad de creencia, se propone discutir cómo decidir en Brasil. Para ello, se presentará el tratamiento del derecho alemán sobre el tema de la libertad religiosa, breves notas sobre la objeción de conciencia en Brasil, y luego discutiremos el tema del impacto negativo de las decisiones judiciales y el activismo judicial en suelo brasileño. En este estudio se utilizó el método fenomenológico hermenéutico, desvelando las distintas capas del fenómeno, dando vueltas al terreno lingüístico en el que se sustenta el presente tema.

Palabras clave: Activismo Judicial; libertad religiosa; Crítica Hermenéutica del Derecho; Constitución.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA NO DIREITO ALEMÃO - UMA REFERÊNCIA PARA A DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO BRASIL; 2 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO BRASIL; 3 DA FALTA DE COMPREENSÃO DA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL - E O IMPACTO NEGATIVO DAS RESPOSTAS DADAS PELO JUDICIÁRIO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema referente à neutralidade do Estado em matéria de crença religiosa sempre se mostra complexo e atual. Como regra, as Constituições existentes positivaram o direito de credo e de consciência como direitos fundamentais (*Grundrechte*), além de ser possível encontrar sua previsão em importantes documentos internacionais.

O presente estudo¹ parte da análise de caso recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema - em que foi discutida a possibilidade ou não de realização de etapas de concurso público em datas e locais diferentes dos previstos em edital, tendo como motivo a crença religiosa do candidato ao certame -, a fim de problematizar a questão e compreender algumas nuances próprias da maneira de decidir no Direito Brasileiro.

Assim, três temáticas são examinadas sob essa perspectiva: o tratamento do Direito alemão sobre o tema; a questão de como o STF não segue seus próprios precedentes, embora, ao mesmo tempo, reconheça um “sistema de precedentes” no Direito brasileiro; e a questão do ativismo judicial (que no Brasil não se distingue da judicialização). Para tanto, é necessário desvendar as várias camadas do fenômeno, revolvendo o chão linguístico sob o qual se assenta a presente temática.

1 A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA NO DIREITO ALEMÃO - UMA REFERÊNCIA PARA A DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO BRASIL

Sem dúvida o tema do direito fundamental da liberdade de crença religiosa é um ponto central no Direito Constitucional, afinal, em última instância, estabelece pontos de contato entre Estado e religião, e, na especificidade, tem impacto no Direito Administrativo, revelando-se como é possível realizar tais acomodações dentro de um Direito visto a partir da integridade e coerência. Se o Estado pode considerar questões religiosas a partir do respeito à sua liberdade, resta saber,

¹ O estudo prestigia sobretudo a doutrina brasileira. Há trabalhos excelentes que tratam dos tribunais estrangeiros, assim como doutrinadores brasileiros que debatem essas decisões. Afinal, se professores importantes publicam trabalhos em língua portuguesa sobre direito e legislação comparados, além da existência de percucientes traduções, não há razão para usar a língua como fator de exclusão, como se no Brasil não se fizesse uma excelente dogmática constitucional e teoria do direito. Não fosse isso e não haveria razão para se investir em traduções e pesquisas em nossa língua.

no ponto, como isso ocorre dentro de um parâmetro de normatividade que envolve os princípios constitucionais em sua completude, máxime o também princípio fundamental da igualdade.

Em referência ao Direito Alemão, em especial ao que diz respeito à liberdade individual de crença religiosa ou ideológica (*Weltanschauung*), observa-se, conforme a doutrina, uma liberdade interior de convicção (*forum internum*); uma liberdade externa, ligada ao direito de difusão das crenças (*forum externum*); e, o que se mostra pertinente ao problema discutido, pode-se falar em um direito de agir e, nesse sentido, cabe ressaltar que este ponto “[...] encerra o maior potencial de colisão com outros bens jurídicos, inclusive com aqueles de lastro constitucional².” De fato, sobre o sistema de direitos fundamentais estabelecido pela *Grundgesetz* e a interpretação levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Alemão, pode-se observar que no caso concreto deve-se atentar para possível agressão a outro bem jurídico de nível constitucional (*Kollidierendes Verfassungsrecht*)³. Ao longo deste trabalho pretende-se deixar claro que, antes de tudo, no caso da pretensa objeção de consciência para ver alterada a data de concurso público, sequer se trata de um direito fundamental, conquanto tenha sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal - ressalvados os Votos divergentes⁴.

A objeção de consciência, na Alemanha, tem previsão na Lei Fundamental (*Grundgesetz*) e, ademais disso, os contornos desse direito fundamental recebeu tratamento tanto da atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), como da doutrina germânica. O texto da Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 4.º, garante a liberdade de crença, de consciência e confessional, traduzindo um verdadeiro direito de liberdade que se mostra como imprescindível ao desenvolvimento da própria ordem democrática. Há que se registrar que a objeção de consciência não está limitada a uma questão de crença religiosa, mas ligada a uma forma mais ampla de manifestação da própria liberdade de consciência.

É possível verificar que esse direito de liberdade de crença e consciência albergado no art. 4.º da Lei Fundamental alemã tem como característica ser um direito fundamental sem limitação constitucional expressa, assim como pode-se observar a inexistência de reserva legal.

² O trabalho de Leonardo MARTINS merece ser prestigiado. Nesse sentido, o seu já clássico **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v.2: liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018, p. 26.

³ Do mesmo autor, **Direito Processual Constitucional Alemão**, Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

⁴ O caso específico será demonstrado no desenvolvimento deste Capítulo.

Conforme Pieroth e Schlink, o referido artigo “[...] não contém qualquer autorização de ingerência⁵.”

Ressalta-se que, sobre o tema da liberdade religiosa, além do art. 4.º GG, o art. 140 da Lei Fundamental de Bonn também recepcionou dispositivos da Constituição de Wiemar sobre o assunto, conferindo, nesse sentido, o mesmo status normativo dos demais artigos da *Grundgesetz* (cf., sobre este ponto, BVerfGE 111, 10), constituindo um corpo único legislativo.

Necessário aclarar, nessa visão inicial sobre a temática, que liberdade de consciência e liberdade religiosa, embora tenham ligações, elas não podem ser confundidas, já que possuem características próprias que as diferenciam, e é possível observar que a liberdade de consciência compreende algo mais amplo, inclusive tem-se que as hipóteses de objeção de consciência contemplam casos não limitados às escolhas de natureza religiosa⁶.

Em termos gerais, é consabido que o Tribunal Constitucional Alemão teve um papel central na interpretação da Lei Fundamental, não sendo apenas um fiscal, sobretudo nas primeiras décadas de sua existência. Não obstante, fato é que, ao lado desse papel de destaque, conforme destaca Michael Stolleis, há uma compensação “[...] pelo fato de o tribunal expor-se à crítica da opinião pública e da ciência com suas fundamentações minuciosas e com a publicação dos votos dissidentes desde 1970⁷.” Enfim, há um controle público sobre as decisões do Tribunal Alemão.

O *Bundesverfassungsgericht* já foi chamado algumas vezes para tratar do tema dizente à liberdade de crença religiosa. Em conhecida decisão, o Tribunal Alemão foi demandado, via Reclamação Constitucional, a manifestar-se sobre a colocação de uma cruz ou crucifixo nas salas de aula, por ofensa ao art. 4 I GG⁸. É interessante ressaltar o raciocínio utilizado na decisão, no que diz respeito à relação entre religião e Estado:

⁵ Também aqui a excelente tradução da coletânea Série IDP, dos juristas alemães PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019, p. 254. Os mesmos autores advertem, contudo, que “Só no que respeita ao direito de recusa do serviço militar por razões de consciência está reservada no n. 3, frase 2, uma regulação mais pormenorizada”. Ainda, os autores fazem menções à possibilidade de regulações no que diz respeito a alguns artigos da Constituição Imperial de Weimar recepcionada pela Lei Fundamental de Bonn - especificamente os artigos 136 e 137, em algumas partes específicas.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição federal de 1988, *Revista Direito UFMS*, 2015.

⁷ STOLLEIS, Michael, *O Direito Público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*, São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018, p. 177.

⁸ BVerfGE, 1 (Kruzifix).

O Art. 4 I GG não fornece ao indivíduo e às comunidades religiosas, entretanto, uma pretensão ao auxílio estatal para a expressão de sua convicção religiosa. Pelo contrário, do Art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às religiões e confissões. O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro nas questões religiosas.

[...]

O Estado tem de, pelo contrário, observar um tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas que seja orientado pelo princípio da igualdade⁹.

Veja-se que o direito fundamental relacionado à igualdade (*Gleichheitsgebot*), que na Lei Fundamental alemã está plasmado no art. 3.º GG, carrega em si o atributo de assegurar a todos o poder de resistir a qualquer tipo de tratamento discriminatório que não seja devidamente justificado. É nesse sentido, pois, que se construiu a extensa jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a partir da interpretação do conteúdo do art. 3 da Constituição Alemã¹⁰. Tratar da liberdade de crença, antes, porém, significa ter como parâmetro essas considerações relacionadas à necessidade de observância da igualdade. A respeito da liberdade religiosa e princípio da igualdade, com efeito, trata-se de entender a noção de “igualitarização do seu status constitucional - *egalisierung ihres verfassungstatus*”¹¹, sublinhando-se o papel de neutralidade estatal. É certo dizer também, nesse particular, que o Tribunal Constitucional Alemão acabou por abandonar

⁹ A tradução da decisão citada foi retirada de: MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v.1: liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artísticas e científica. v.2: liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artísticas e científica, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018. A decisão também pode ser encontrada em SCHWABE, Jürgen, **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

¹⁰ MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v.1: Dignidade Humana, Livre Desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018. p. 222: "O Art. 3 GG se subdivide em princípio geral de igualdade, de um lado (art. 3 I GG), e as vedações de certos tratamentos desiguais (não justificados), com base em critérios específicos, de outro. Em relação a estes, primeiro a *Grundgesetz* veda, em geral, a discriminação por gênero (art. 3 II 1 GG), à qual foi acrescida um mandamento de promoção ativa pelo Estado da igualdade de direitos entre homens e mulheres e combate às desvantagens ainda sofridas pelas mulheres principalmente em âmbito social (art. 3 II 2 GG), e outros taxativamente enumerados, implicando proibições específicas de discriminação (art. 3 III GG)."

¹¹ NETO, Jayme Weingartner, **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

posicionamento anterior que considerava a proteção da liberdade de crença apenas para os casos ligados a certo “consenso geral”, passando a assegurar o direito numa perspectiva igualitária, sem levar em conta atributos numéricos ou de força social de determinada religião¹².

Também sob essa perspectiva, é certo que a Lei Fundamental Alemã tem o princípio da isonomia vinculado, na sua irradiação, não apenas a todas as pessoas, mas igualmente com referência ao legislador (art. 1.º, III), sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana, que abre a Carta Alemã, tem destacado papel para a interpretação do texto constitucional¹³.

Sobre o respeito à guarda de dias sagrados, que leva em consideração a liberdade religiosa, o Tribunal Constitucional Alemão também já se manifestou sobre o controle de constitucionalidade de ato normativo estadual que autorizava o comércio nos *Adventssonntag* - domingos do advento. Note-se, nesse caso, que em seu pronunciamento o Tribunal considerou inconstitucional a lei estadual não apenas com base no direito de liberdade religiosa constante no art. 4 GG, mas com fulcro em outros elementos capazes de garantir maior concretização da própria constituição, portanto levando em consideração a leitura do Direito em sua inteireza. Nesse sentido, a garantia do descanso buscaria resguardar o corpo e o caráter psicológico, a proteção do casamento e da família, bem como a liberdade de associação¹⁴. Ou seja, a interpretação conferida pela Corte abarcou outros atributos constitucionais.

Sobre a questão específica da objeção (escusa) de consciência, tem-se que o Tribunal Constitucional Alemão considera o art. 4, n. 3 GG¹⁵ como uma *lex specialis* em relação ao disposto no art. 4, n. I, GG¹⁶, portanto, sendo apenas este último merecedor de uma interpretação ampla pela Corte alemã. Ainda, no que diz respeito particularmente

¹² PIEROTH; SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019, p. 257.

¹³ DÜRIG, Günter, *Escritos Reunidos: 1952-1983*, São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2016, p. 89.

¹⁴ REINHARDT, Jörn, Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados : “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais, *Direitos Fundamentais & Justiça*, p. 59-91, 2019.

¹⁵ “Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. Uma lei federal regulamentará as particularidades da matéria.”

¹⁶ “A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis”.

à objeção de consciência no Direito alemão, sempre deve haver, por parte do objeto, a necessidade de uma explicação, uma justificativa séria, por parte de quem alega¹⁷.

Agora, numa projeção necessária sobre o assunto, torna-se justificada uma reflexão acerca do tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a objeção de consciência e a sua necessária relação com o respeito a seus próprios precedentes, em comparação com a postura do Tribunal Constitucional Alemão, sob a mesma perspectiva. Oportuno ressaltar que, em Alemanha, as decisões da Corte Constitucional são pautadas pela busca da coerência e integridade, sendo que, além disso, pode-se observar uma obediência espontânea do próprio legislador em deferência ao Tribunal Constitucional Alemão. Sob esse aspecto, pode-se assumir uma “grande autoridade institucional” que aquela Corte auferiu na sua história¹⁸.

A questão está em saber se as atividades administrativas atinentes à organização do concurso público podem estar condicionadas às crenças religiosas dos participantes.

2 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO BRASIL

Como é sabido, a Constituição Federal de 88 abarcou no art. 5º, VIII, o direito fundamental da objeção (ou escusa) de consciência, ao determinar 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”. Por sua própria natureza, muitas questões exurgem na prática sobre o alcance do referido texto, sendo judicializadas questões as mais diversas acerca do tema, sendo a Suprema Corte brasileira chamada a se manifestar sobre tais casos. Necessário assentar, contudo, que o papel da doutrina deve ser levado a sério, no sentido de sua contribuição crítica para o aperfeiçoamento das decisões do Poder Judiciário.

Perceba-se que a discussão sobre a pretensa objeção de consciência para fins de postulação de mudança de dias e horários para a realização de provas de concursos públicos, que,

¹⁷ PIEROTH; SCHLINK. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019.

¹⁸ MARTINS, *Direito Processual Constitucional Alemão*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

no Brasil, acabou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, merece ser realizada à luz da noção de igualdade. Em verdade, especificamente sobre a recente manifestação do STF acerca da matéria, houve o julgamento em conjunto pautado por dois recursos: no primeiro (RE 611.874), um candidato adventista demandou a alteração de prova de aptidão física do sábado para o domingo. Nesse caso, a Corte analisou se haveria direito subjetivo para a remarcação de horários e datas de provas por razão de crença religiosa do candidato. No segundo (ARE 1.099.099), uma professora da rede pública de São Paulo buscou a acomodação do regime de trabalho dentro de horário compatível com a sua religião. A servidora havia sido exonerada após 90 dias de faltas consideradas injustificadas, porque cumpria, como membro da igreja adventista, orientação de não trabalhar entre o pôr-do-sol da sexta feira e o pôr-do-sol do sábado. O debate, enfim, perpassa a análise da relação entre a organização administrativa e a liberdade de crença.

Sobre a pretensa exigência de que um concurso público seja feito em outro dia que não aquele em que a religião do candidato permita trabalhar ou exercer atividades, calha assentar que não parece existir, de fato, um direito fundamental. A rigor, constitui-se em uma opção de o candidato submeter-se ao concurso, não podendo a Administração Pública se submeter à crença religiosa de cada um dos interessados. Ao pretender dar guarida ao interesse de uma minoria pertencente a um determinado credo, sem que para isso exista a previsão de um direito fundamental, o Judiciário acaba por violar a própria igualdade, submetendo todos os demais participantes, e a própria Administração Pública. Ao estabelecer critérios distintos entre os interessados, a decisão acaba criando um ambiente de condições não amparadas na isonomia, afrontando diretamente o texto constitucional. É preciso igualmente sublinhar que essa tensão entre neutralidade estatal e questões surgidas por conta da liberdade religiosa é encontrada na jurisprudência internacional, o que acaba servindo como auxílio para uma compreensão mais abalizada sobre o assunto¹⁹.

¹⁹ Veja-se, nesse sentido, decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, que entendeu correta a demissão de uma empregada que requereu mudança de horário por conta de sua crença religiosa. Na sentença, restou assentado que: “Aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contradichas incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, de modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la redacción contractual que considere oportunas.” Disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/eu/areas-tematicas/libertad-religiosa/jurisprudencia-interes/objecion-conciencia>. Ademais, em aprofundamento da matéria, faz-se menção a decisão do Conselho Nacional de Justiça, que não ratificou liminar que autorizara um adventista a fazer a prova para juiz em apartado. Neste Pedido de Providências 0003657-86.2014.2.00.0000 CNJ, há menção a importante jurisprudência internacional sobre o assunto: “Essa interpretação é corroborada pela

Veja-se que, no Direito Constitucional alemão, o princípio fundamental de igualdade está previsto no art. 3.º GG e, de forma bastante ampla, não é correto afirmar que ele exige um tratamento de igualdade integral, ao que indica que está vedado apenas o tratamento desigual quando desacompanhado de justificação, ou seja, há exigência de fundamentação para qualquer tipo de discriminação²⁰. Ainda, sobre a visão do papel da jurisprudência alemã referente à possível violação da igualdade, a doutrina não busca uma paralisação em relação ao próprio desenvolvimento do direito, “[...] mas pretende ao mesmo tempo ver salvaguardada uma autovinculação²¹”.

É evidente que a autovinculação às próprias decisões não pode impedir que o Tribunal, quando necessário e devidamente fundamentado, adote postura no sentido de superar posicionamentos pretéritos. Mas isso não parece ser o que aconteceu no caso brasileiro. Não havia motivos para o STF deixar de seguir decisão anterior da qual era possível extrair princípio aplicável ao caso.

A questão ora tratada é de especial relevância tendo em vista o fato que, se o STF entende que há um sistema de precedentes no Brasil, deveria, antes de tudo, pautar-se pelos seus próprios precedentes, fato que não tem ocorrido. Isso não significa que reconhecemos a existência de um sistema de precedentes no caso brasileiro, porquanto entendo que a jurisdição deve decidir casos, e não teses, até porque a jurisdição não pode assumir, nesse âmbito, o espaço próprio do Poder Legislativo. Com efeito, o certo é que discursos de fundamentação, formatados no âmbito do Judiciário, nunca se desenvolvem em um vácuo hermenêutico, porquanto devem levar em consideração a existência de uma história institucional, que envolve, no final das contas, concretude, e não “conceitos sem coisas”²². Enfim, não se concebe ser possível cindir

jurisprudência dos Tribunais internacionais. Nos Estados Unidos, em 1993, a Suprema Corte acolheu uma lei do Novo México que baniu o uso de peiote, ainda que em rituais religiosos, indicando que regras neutras não deveriam ser excepcionadas face a ponderações de caráter religioso (Employment Div. V. Smith). A Comissão Europeia de Direitos Humanos, em decisão paradigma, não encontrou ilegalidade alguma na demissão de servidor público, adventista do sétimo dia, pelo Reino Unido por se recusar a trabalhar nos sábados (Chappel v. United Kingdom). A Corte Europeia de Direitos Humanos, acostumada a toda sorte de ponderação envolvendo direitos fundamentais, decidiu que duas jovens, testemunhas de Jeová, não poderiam deixar de participar de desfiles militares (Valsamis and Efstratiou v. Greece). Embora até haja decisões da Corte Europeia que busquem uma acomodação (veja-se, v.g., Tsirlis and Kouloumpas v. Greece e Thlimmenos v. Greece), normas neutras, ou seja, normas que se dirijam, em abstrato, a todos os indivíduos não podem ser excepcionadas por minorias religiosas.”

²⁰ PIEROTH; SCHLINK. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019.

²¹ PIEROTH; SCHLINK. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019, p.249.

²² Nesse sentido, merece ser mencionada a crítica apresentada por Georges Abboud sobre a errônea tentativa de apostar nas decisões dos tribunais superiores como “superdecisões”. Especificamente, o autor

interpretação e aplicação. Precedentes não podem ser “criados”, porquanto eles resolvem problemas do passado, sendo que apenas contingencialmente são transformados em precedentes. Eles não são uma regra, mas princípios que exsurtem subjacentes à fundamentação de uma decisão que se configura como paradigma para aplicação em casos posteriores.

Não obstante, se o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de um sistema de precedentes, impõe-se que a própria Corte seja a primeira a reconhecer suas próprias decisões, quando houver casos que compartilham a mesma *ratio*. A questão é: ao se abraçar o sistema de precedentes, há que se assumir algum ônus, uma vez que não é possível querer o melhor dos dois mundos. Afinal, é necessário que o Judiciário, no caso o STF, assumam os custos da fundamentação, dentro de uma normatividade compartilhada na intersubjetividade.

Note-se que, com base no exposto, antes de qualquer posicionamento acerca da defesa dos precedentes, o STF deveria levar a sério a necessidade de fundamentação tendo como sustentáculo a noção de coerência. Se respeitasse isso, já seria um primeiro passo para encontrar uma resposta adequada à Constituição. O problema é defender um sistema de precedentes e não o seguir, evidenciando o esvaziamento da obrigatoriedade de fundamentação e de coerência e integridade, pois, se assim agisse, não teria adotado decisão em descompasso com suas próprias decisões pretéritas.

Nesse sentido, é necessário asseverar que não se pode esquecer que os Tribunais estão em um espaço erigido por uma comunidade histórica e, nesse sentido, busca-se a reconstrução da história institucional. Esse fato é fulcral para o debate ora enfrentado.

No ponto, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal representou um flagrante distanciamento do seu próprio entendimento anterior quanto ao tema 335, com repercussão geral (remarcação de teste de aptidão física em concurso público), que anteriormente era pela inexistência do direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que em razão de problema temporário de saúde ou outro

refere que: “Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores; a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos. Impressiona, além do mais, que a aposta ganhe coro devido a falsa e vulgar impressão de que se estaria a trasladar o sistema do *common law*. Reafirmamos que esta mística-metafísica de há muito - ou, mais precisamente, desde a modernidade - não mais engoda os como *common lawyers*, como bem estabelece Theodore F. T. Plucknett [...]” ABOUD, Georges, **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1067-1068.

motivo de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se o edital dispuser em contrário - Recurso Extraordinário 630733, *leading case* da matéria. Na oportunidade, ao julgar o Tema 335 da Repercussão Geral, a Corte assentou a inexistência de direito subjetivo à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos de concurso público, fato que deveria ser observado na decisão sobre objeção de consciência, porquanto não foi identificada razão para que fosse superada *holding* do precedente anterior. Não foram declinadas justificativas para tornar inadequada a tese fixada no Tema 335, tampouco qualquer forma de *distinguishing*²³.

Em verdade, no Brasil, não apenas os tribunais, mas parcela da doutrina processual tem defendido que o Código de Processo Civil acabou por instituir algo como um “sistema de precedentes”, inclusive aduzindo que teríamos migrado para um sistema híbrido, situado em um espaço entre Civil Law e *Common Law*. Não se mostra acertada uma comparação rasa e simplista entre o precedente próprio da *common law* com a jurisprudência vinculante à brasileira. Está demonstrado no *Dicionário de Hermenêutica*, em Verbete próprio sobre o assunto, que não é possível querer associar um instituto que se forma na atividade interpretativa levada a cabo pelos tribunais subsequentes em um sistema de teses abstratas que são emanadas por tribunais superiores. Em resumo, não é possível buscar respostas antes das perguntas²⁴. A norma decisória, deve-se salientar, não existe por si só - não existe norma em abstrato! -, já que ela deve ser produzida em cada processo. Nesse ponto, merece ser referido Friedrich Müller, que ensina que a norma não está contida na lei (ou em formas que sugerem provimentos equiparados à lei)²⁵. A

²³ A título de argumentação, merece ser lembrado que se houver motivo para a superação (*overruling*) ou *distinguishing*, aí sim seria possível uma decisão em sentido diferente. Este parece ser o caso, por exemplo, no Tema 973, em que se permitiu a remarcação de teste de aptidão física por mulheres em gestação - porquanto a decisão foi respaldada numa série de outros elementos que conformaram a referida decisão.

²⁴ Para uma visão mais aprofundada sobre o assunto, conferir STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto, Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?, *Revista Jurídica*, v. 1, n. 54, p. 317, 2019. Em especial, à guisa de conclusão, salientou-se no referido estudo que: “[...] no Brasil, a doutrina precedentalista sustenta teses abstratas, prospectivas e generalizáveis, com força de lei, como se precedentes fossem; no common law, não apenas há diversas abordagens sobre o significado do precedente, é o tribunal subsequente que será responsável por determinar a norma jurídica em questão. Um precedente não nasce precedente. Torna-se.”

²⁵ Sobre este destaque, cabe anotar a certa conclusão que arremata este ponto, conforme doutrina de ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*, 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2009, p. 460-461: “Ou seja, graças à teoria estruturante de Friedrich Müller que se tornou possível a teorização acerca do conceito pós-positivista da teoria do direito e da própria norma jurídica. Portanto, perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. Assim, o texto normativo é o *programa da norma*, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador

falta de compreensão sobre essa noção básica e fundamental gera um grande problema, o qual se apresenta na prática forense cotidianamente²⁶.

3 DA FALTA DE COMPREENSÃO DA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL - E O IMPACTO NEGATIVO DAS RESPOSTAS DADAS PELO JUDICIÁRIO

A questão que deve ser considerada diz respeito aos limites da própria atuação do Poder Judiciário, no caso, as fronteiras que dão contorno ao espaço de legitimidade da jurisdição constitucionais. Importa saber, em última instância, o *locus* para o surgimento da resposta a ser dada ao caso. Nesse sentido, uma diferenciação entre ativismo e judicialização pode iluminar uma observação correta sobre o que se estabelece na prática. A discussão deve necessariamente levar em conta uma atualização de sentido do que significa a atuação contramajoritária da Corte Constitucional, porquanto é a adesão à normatividade que legitima a atuação do STF, mesmo quando estão envolvidas demandas que visam à proteção de minorias. Seria o caso de o Poder Judiciário dar a resposta nesse caso? A natureza, enfim, do direito em análise requer uma intervenção deste Poder ou seria o caso de uma deliberação própria do Poder Legislativo? Será que, no Brasil, ainda não ficou clara a diferença entre ativismo e judicialização? Quais são os limites de uma decisão judicial e o que o Poder Judiciário, afinal, pode fazer? Com efeito, a distinção entre ativismo e judicialização é fundamental e tem consequências sérias, porquanto aquela representa uma excessiva e inadequada intervenção judicial nas questões sociais, sem o devido respeito de limite do espaço própria para a deliberação que possa observar os princípios de uma democracia substancial.

Note-se que, se inexistente legislação definindo um direito à realização da etapa do concurso público em horário alternativo, não há que se falar em exigência de uma atuação estatal nesse sentido. Nesse contexto, deve-se registrar que para determinadas situações o legislador, no ambiente próprio para tal, consagrou o exercício do direito de escusa de consciência, cabendo

em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. Em suma, a nem é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para formação da norma.”

²⁶ STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

citar, à guisa de exemplo, a possibilidade de requerimento de modificação de aplicação de provas e frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa, estabelecendo-se prestações alternativas para tanto²⁷.

Portanto, uma vez que não se encontram presentes elementos para a exigibilidade do direito, a sua concretização pelo Poder Judiciário caracteriza a decisão como ativista. Com isso, faz-se necessária a abordagem da decisão do Supremo Tribunal Federal à luz das três perguntas fundamentais que são capazes de denunciar o ativismo judicial, que significa a submissão indesejada do Direito à vontade do intérprete, o que é bastante diferente do que denominamos de judicialização da política, que ocorre da concretização de direito, por intermédio do Poder Judiciário, em razão de contingência^{28 29}.

A rigor, deve-se frisar que no processo hermenêutico de compreensão dos fenômenos como o ora abordado devemos fazer as "três perguntas fundamentais para a constatação de condutas ativistas", que integram o aparato teórico da Crítica Hermenêutica do Direito e, a propósito, já foram aplicadas no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do conhecido caso do *Homeschooling*. A questão está necessariamente associada à teoria da decisão, porquanto, para que uma decisão seja aceitável juridicamente, para que seja, enfim, "constitucionalmente adequada", ela deve passar pelo teste das "três perguntas fundamentais"³⁰.

Assim, a primeira pergunta indaga pela exigibilidade do direito. Ou seja, o direito é realmente exigido? Se o conjunto normativo não confere direito exigível, a atuação do Judiciário será marcada pelo ativismo judicial. Parece ser essa a situação do caso em análise, pois da Constituição não se pode tirar esse direito. Esse ponto também afasta a alegação de que ao Estado, embora laico (art. 19, I, da CF), não poderia ter uma conduta negativa em relação à proteção religiosa. Ocorre que este não é o cerne da discussão, uma vez que, nesse caso, estamos falando

²⁷ LEI Nº 13.796, DE 3 DE JANEIRO DE 2019. Além disso, há diversas outras modalidades, no Direito Brasileiro, em que há previsão do exercício da objeção de consciência, com fixação legal para cumprimento de comportamento alternativo por parte do objetor. Nesse sentido, cita-se, a título exemplificativo, o estabelecimento de possibilidade de serviço alternativo no caso de objeção para o serviço militar obrigatório (art. 143 da CF), conforme Lei Federal n. 8.239/91. Igualmente, a participação no Tribunal do Júri como jurado - arts. 436 ss. do Código de Processo Penal.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e consenso**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁹ TASSINARI, Clarissa, **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁰ Sobre o tema, conferir principalmente: STRECK, **Verdade e consenso**. STRECK, **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**.

da própria inexistência de um direito fundamental capaz de dar guarida ao pleito formulado. Além disso, a discussão concernente ao presente tema é atinente ao legislador, e não ao Judiciário.

Conquanto tal fato, por si só, já pudesse demarcar a existência de uma decisão ativista, cabe prosseguir e demonstrar o fenômeno a partir das outras perguntas, tendo em vista o zelo pelo rigor acadêmico, e para demonstrar o mérito das três perguntas fundamentais que integram a Crítica Hermenêutica do Direito.

Já a segunda pergunta consiste em saber acerca da possibilidade de universalização da demanda. Significa indagar: é possível aplicar o mesmo provimento a todas as pessoas que se encontrem nessa mesma situação? Tendo como base a demanda ora em análise, tem-se que, neste ponto, o problema se apresenta de forma mais grave. Isso porque é consabido que muitas podem ser as convicções religiosas que podem interferir na realização das etapas do concurso público, sobretudo num país com diferentes formas de crença, como o Brasil. Seria ingênuo supor que a administração pública pudesse acolher interesses tão distintos e plurais, a fim de atender a todos. Em última instância, tal fato poderia significar a própria impossibilidade de realização da prova.

A terceira e última pergunta está associada à ideia de possibilidade de transferência de recursos das pessoas sem ferir a isonomia e a igualdade. Portanto, indaga-se: há alocação de recursos que fira a igualdade/isonomia? A questão aqui abordada leva em consideração o custo gerado para o Estado ao alterar o andamento programado do concurso público para atender demandas individuais. Imaginemos que uma expressiva maioria de candidatos resolva alterar as condições de realização da prova. Ora, uma interferência nos trâmites administrativos do certame significa invadir um espaço decisório, o que só se justificaria diante de um aparato normativo. As questões, portanto, estão de alguma forma ligadas entre si, e elas dão conta de explicitar o ativismo da decisão.

Por outro lado, a consequência dessa sucessão de equívocos pode ser claramente percebida na fixação de uma “tese”³¹ pelo Supremo Tribunal Federal que, equivocadamente, faz uso de conceitos como proporcionalidade e razoabilidade, a fim de pretender justificar a decisão

³¹ Restou fixada a seguinte tese: "Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada", vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Nunes Marques. Nesta assentada o Ministro Ricardo Lewandowski reajustou seu voto. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 26.11.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)."

que desviou de seu próprio entendimento anterior, sem a devida motivação. Despiciendo lembrar que a aposta em ideias de proporcionalidade e razoabilidade se afastam de qualquer observação de critérios para confirmar a decisão, favorecendo muito mais o surgimento de decisionismos. Nessa esteira, cabe lembrar trabalho desenvolvido por Fausto de Moraes, em que este autor demonstrou que o Supremo Tribunal Federal utiliza equivocadamente a teoria alexyana. Com efeito, na conclusão de seu trabalho, verificou-se que em 189 casos julgados pela Suprema Corte brasileira, ao longo de 10 anos, em nenhum deles a teoria do jurista alemão foi seguida à risca³².

Como já exposto anteriormente, e que merece ser repisado resumidamente, duas questões devem ser destacadas: o STF, embora reconheça existir no Brasil um sistema de precedentes, deixa de seguir seus próprios posicionamentos anteriores. Afinal, qual seria a diferença entre o caso envolvendo o direito pretendido no *homeschooling*; a inexistência do direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais (problema de saúde no dia do exame de aptidão física); e o direito pretendido no caso de concursos públicos? Essas perguntas têm relação direta com a segunda questão fundamental para se ressaltar uma vez mais, qual seja: inexistente um direito fundamental, seja para não mandar o filho para a escola, seja para alegar circunstâncias pessoais para não realizar a prova de aptidão física em concurso público, tampouco para exigir do Estado uma alteração de datas de concursos ou remarcação de dias de trabalho no serviço público em razão de crença religiosa. E, nesse

³² DE MORAIS, Fausto Santos de, **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**, Salvador: Juspodivm, 2016. Ainda sobre este ponto, cabe alertar para o seguinte: “No Brasil, sob o nome de “ponderação”, os tribunais reprimam nada além daquilo que Philipp Heck chamava, na *Interessenjurisprudenz* (Jurisprudência dos Interesses), de *Abwägung* – que quer dizer algo nas linhas de sopesamento, balanceamento ou, justamente, ponderação. Para essa escola clássica, caberia ao juiz, em sua função interpretativa, recompor os interesses em conflito que estavam presentes quando do processo de elaboração da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir dessa *Abwägung* dos interesses que estivessem em choque nos casos que estivessem em questão. Qualquer crítica que se faça a Alexy e/ou à sua teoria é preciso fazer justiça: sua tese não envolve, jamais envolveria, esse tipo de escolha praticada no Brasil. A ponderação alexyana é o modo, sim, de resolução de conflitos jurídicos em que há colisão de princípios; contudo, esse é um complexo procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas; a última, responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação). A resposta obtida pela ponderação resulta numa norma de direito fundamental atribuída (*zugeordnete Grundrechtsnorm*), que deverá ser aplicada subsuntivamente ao caso concreto, servindo para resolver também outros casos subsequentes. Repitamos: as críticas podem, devem ser feitas à teoria de Alexy; seja como for, não se trata disso aqui.” STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto, (Autonomia do) Direito e desacordos morais, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 253, n. 119, p. 253-289, 2019, p. 278-279.

diapasão, as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito permitem vislumbrar com clareza como o ativismo pode ocorrer nesses casos. Certamente, deve haver um grau de autonomia do Direito, para que ele não seja corrigido por subjetivismos. Não se pode negar a correlação existente entre esses casos, devendo haver coerência, portanto, por parte da Corte.

Não é possível compreender a neutralidade do Estado sob um prisma isolado e fora de contexto da própria ideia de democracia, que reclama a noção de *partnership conception*, na acertada observação de Dworkin. Portanto, o tema reclama a observância da ideia de igualdade. No caso em exame, entre a liberdade e a igualdade, a escolha deve recair na liberdade de alguns? Mas como fica a igualdade nesse caso?

Primeiramente, escolhas religiosas implicam ônus e, mesmo que a Constituição garanta a liberdade religiosa, isto não pode significar, diretamente, em um direito subjetivo contra todos, injustificadamente. De todo modo, a medida que se busca não pode ser universalizada e, de outra banda, gera transferência de recursos para a satisfação pessoal de alguns, em dissintonia com o princípio da igualdade. A rigor, as crenças de alguns não podem acarretar prejuízo a outros direitos.

É consabido o caso que envolve Testemunhas de Jeová e a questão da transfusão de sangue. Um fato nesse sentido ocorreu em São Paulo, em que os pais, consultados, não permitiram que o filho recebesse transfusão de sangue. Com a morte do filho, eles foram denunciados por homicídio (dolo eventual), sendo que o Superior Tribunal de Justiça entendeu, ao final, que os pais não tiveram dolo ou culpa. Sobre este caso, a problematização exsurge do fato de que os médicos não deveriam ter consultado os pais, porquanto, se o direito determina que seja prestado socorro, aquele “mundo moral” em que está ancorada a convicção dos pais não pode intervir no

mundo jurídico. Por isso é necessária a distinção entre escolha e decisão³³, entre moral e Direito³⁴.

Se as crenças de alguns, como afirmamos, não podem acarretar prejuízo a outros direitos, não é possível querer defender, no caso do candidato a concurso público, que o Estado, por meio do Poder Judiciário, estaria protegendo a diversidade em sua dimensão mais ampla, já que, nesse caso, o que se estaria fazendo é justamente o contrário, dispensando-se a alguns um tratamento privilegiando em relação aos demais³⁵. A propósito, calha a lembrança de decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu que a designação de data alternativa ao *Shabat* para a realização de provas não estaria em consonância com o princípio da isonomia, sendo, em realidade, a extensão injustificada de um privilégio para um determinado grupo religioso³⁶.

³³ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges, Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos, *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 54, 2018, p. 61: "É útil ter presente, desde já, a distinção entre decisão e escolha. A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a discricionariedade. STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto: decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, passim; STRECK, Lenio Luiz. *Resposta adequada à Constituição (resposta correta)*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 251-268. É bem de ver que o próprio Dworkin trabalhou com a distinção entre choice e judgement. Há uma palestra sua, ministrada na Biblioteca do Congresso Nacional norte-americano, em outubro de 2009, denominada *Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History*, no qual ele afirma que a fenomenologia dos juristas (juízes, advogados, professores), ao discutirem questões interpretativas que dizem respeito à aplicação do Direito, é a de ler, formular, reformular (read, puzzle and puzzle again) e de chegar a uma decisão (um judgement) [...]."

³⁴ Sobre o tema, conferir: STRECK, Lenio Luiz. "Salvo pela lei, morto pela moral": como devem decidir os juízes? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>

³⁵ Interessante atentar para a questão atinente ao dever de respeito por parte do Poder Judiciário ao direito fundamental de igualdade. Nessa esteira, Leonardo Martins, com base na doutrina de Pieroth/Schlinck e Kingreen/Poscher, assevera que: "Quando algum órgão do Poder Judiciário de primeira ou segunda instância julgar desigualmente aqueles que pela lei são iguais, tratando desigualmente os 'iguais perante a lei', comete um erro de aplicação do direito, que deverá ser corrigido pela instância imediatamente superior. Somente quando tal erro for cometido pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STF, ou quando contra a decisão não couberem mais recursos a serem interpostos junto a tais tribunais, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade provocada pelo judiciário em face do direito à igualdade." Em MARTINS, Leonardo. *Direito fundamental à igualdade*, in: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al* (Orgs.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018, p. 236.

³⁶ STA 389, rel. min. Gilmar Mendes, 2010.

CONCLUSÃO

A matéria apreciada neste artigo, sem dúvida, revela a complexidade inerente ao campo que aproxima a necessária ação estatal e o respeito e proteção requerida pelo direito fundamental à liberdade religiosa, constitucionalmente assegurado. Mas tal fato não afasta o dever de enfrentar a questão a partir dos pressupostos corretos, que deve levar em consideração, na sua apreciação, a integralidade do fenômeno.

Dessa forma, buscou-se destacar o tratamento do direito à liberdade de crença religiosa e de consciência no direito alemão, ressaltando-se, nesse sentido, aspectos da objeção (escusa ou imperativo) de consciência, a fim de subsidiar a análise de recente julgado do Supremo Tribunal Federal sobre modificação de data de concurso público em razão da crença religiosa do candidato.

Com isso, foi possível verificar como no Brasil não funciona um “sistema de precedentes”, porquanto o Supremo Tribunal Federal, embora já tenha se manifestado pela sua existência, na verdade não segue suas próprias decisões pretéritas, das quais seria possível extrair uma *ratio* a ser aplicada em casos posteriores.

Ademais disso, o estudo conclui com a falta de compreensão, no Brasil, da distinção entre ativismo judicial e judicialização. Isso porque a possibilidade de alteração de etapas de concurso público, por intermédio do Poder Judiciário, em razão de crença religiosa, adentra a esfera própria do Poder Legislativo: se a legislação não define um direito adquirido nesse sentido, isso ocorre devido à carência de exigibilidade do direito em tela. A rigor, restou assentado que no processo hermenêutico de compreensão dos fenômenos como o ora abordado devemos fazer as “três perguntas fundamentais para a constatação de condutas ativistas”, as quais integram o aparato teórico da Crítica Hermenêutica do Direito.

Assim, ao final, constatada a inexigibilidade do direito, tem-se que seu deferimento se traduz em criação judicial, configurando nítida decisão com natureza ativista, em dissintonia, portanto, com os pressupostos democráticos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ABBOUD, Georges; CARNIO, henrique carbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2009.

DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DÜRIG, Günter. **Escritos Reunidos: 1952-1983**. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2016.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; *et al* (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018, p. 223-236.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v.2: liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antonio Francisco de SOUSA; António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2019.

REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados : “ efeitos horizontais indiretos ” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, p. 59-91, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição federal de 1988. **Revista Direito UFMS**, p. 87-102, 2015.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 253, n. 119, p. 253-289, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 54, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica**, v. 1, n. 54, p. 317, 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Artigo convidado

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

STRECK, Lenio Luiz. Concursos públicos e objeção de consciência no Brasil e Alemanha. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 16, n. 1, e67354, jan./abr. 2021. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369467354>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/67354> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2021 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE OS AUTORES

LENIO LUIZ STRECK

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente e pesquisador da UNESA-RJ, Professor visitante da Universidade Javeriana - CO. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor, entre outras obras, de *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (6. ed.); *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (11. ed.); *Verdade e Consenso* (6. ed.), *Dicionário de Hermenêutica*, 2a. edição, além dos livros, em espanhol: *Verdad y Consenso*, *Hermenêutica y Decisión Judicial*, e *Hermenêutica Jurídica: estudios de teoría del derecho*, *Dicionario de Hermenêutica*, *Lla llamada conciencia de los jueces*. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito. Vem lecionando disciplinas de direito em cursos de pós-graduação lato sensu EAD desde 2017: Pós Graduação UNISC EAD, da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018; Direito Eleitoral EAD, da Fundação Escola do Ministério Público, Porto Alegre/RS, 2017; Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional - EaD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST, 2018-2019; e Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Penal EaD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST, 2019