



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRESTAÇÃO ALTERNATIVA PREVISTA NO ART. 5º, VIII DA CRFB: A ESCUSA
DE CONSCIÊNCIA INVOCADA PELO SERVIDOR PÚBLICO

Nadyne Prediger dos Santos

Rio de Janeiro
2023

NADYNE PREDIGER DOS SANTOS

A PRESTAÇÃO ALTERNATIVA PREVISTA NO ART. 5º, VIII DA CRFB: A ESCUSA
DE CONSCIÊNCIA INVOCADA PELO SERVIDOR PÚBLICO

Artigo Científico apresentado como exigência
para conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

A PRESTAÇÃO ALTERNATIVA PREVISTA NO ART. 5º VIII, CRFB: A ESCUSA DE CONSCIÊNCIA INVOCADA PELO SERVIDOR PÚBLICO.

Nadyne Prediger dos Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o artigo 5º, inciso VIII da CRFB/88 dispõe sobre o instituto da escusa de consciência e, ante a obrigatoriedade de cumprimento de um dever legal, a constituição autoriza a aplicação de prestações alternativas. O instituto visa a resguardar o direito fundamental da liberdade de crença, religiosa ou filosófica. Nessa senda, surgem relevantes controvérsias sobre o tema quando o objetor é um servidor público e invoca a escusa de consciência para prestar de forma alternativa seus deveres funcionais. O presente trabalho visa a analisar a possibilidade de o servidor público invocar a escusa de consciência, e se a administração pública tem o dever constitucional de disponibilizar as prestações alternativas. Para esse fim, enfrenta-se o tema pelo prisma dos princípios constitucionais da isonomia e da laicidade estatal, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no ARE n. 1.099.099/SP.

Palavras-Chave – Direito Administrativo. Princípio da Laicidade Estatal. Escusa de Consciência. Servidores Públicos.

Sumário – Introdução. 1. Previsão histórica do instituto da escusa da consciência no estado brasileiro. 2. A escusa de consciência no âmbito da administração pública. 3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal no ARE n. 1.099.099/SP sobre escusa de consciência no funcionalismo público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com enfoque no princípio da laicidade estatal, o trabalho salienta sobre o dever do Estado de oferecer prestação alternativa para cumprimento de deveres funcionais inerentes aos cargos públicos quando o servidor invoca escusa de consciência por motivo de crença.

Tal assertiva orienta o comportamento da administração pública diante necessidade de garantir um ambiente isonômico capaz viabilizar o acesso aos cargos públicos sem que isso signifique abrir mão de uma convicção religiosa.

Para isso, ressalta no ponto de vista jurídico, se o oferecimento de prestação alternativa para cumprimento de deveres funcionais inerente aos cargos públicos, baseada no art. 5º, VIII na CRFB/88, trata-se de um dever ou uma faculdade do Estado, levando em consideração as teses discutidas pelos ministros do Superior Tribunal Federal no ARE n. 1099099 SP.

Desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 optou-se em o Estado Brasileiro deixar de ter uma religião oficial, para, então, passar a garantir a liberdade religiosa aos seus cidadãos. Contudo, devemos considerar que algumas religiões praticadas no

país exigem uma linha de comportamento de seus praticantes que muitas vezes vai de encontro com as regras impostas a todos os cidadãos, como é o caso dos judeus, adventistas, espiritualistas, entre outras.

Dessa forma, como a própria CRFB/88 cria ressalvas aplicadas à administração pública cujo escopo é impedir a violação de direitos individuais, o estudo desses casos merecem maior atenção, visto a necessidade de equilibrar o interesse público com o exercício da liberdade religiosa sem que seja criado qualquer privilégio.

Nessa senda, considerando a análise do tema pela Suprema Corte Brasileira a ponto de ser reconhecida repercussão geral, não há melhor momento para o desenvolvimento de um estudo sobre a questão.

Assim, a relevância social do trabalho está em debater o dever do Estado de oferecer prestação alternativa para cumprimento de deveres funcionais inerente ao cargo público quando o servidor público invoca escusa de consciência por motivo de crença, tendo como prisma o princípio da laicidade estatal e o princípio da isonomia.

Inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa demonstrando como vem sendo tratado o instituto da objeção de consciência e a possibilidade das prestações alternativas no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo aprecia-se o entendimento da doutrina sobre servidores públicos e as normas vigentes sobre prestações alternativas para cumprimento de deveres funcionais inerente ao cargo público.

Por último, no terceiro capítulo, expõe-se a tese firmada pelo Superior Tribunal Federal no ARE n. 1.099.099 SP que estabelece o dever do Estado de oferecer prestações alternativas quando o servidor público invoca a escusa de consciência.

O método de pesquisa aplicado será o hipotético-dedutivo. Conhecido como o método de eliminação de erros é um método bastante eficaz na qual o pesquisador em um primeiro momento busca analisar especificamente o problema para, então, posteriormente, adotar predições racionais e adequadas a fim de gerar argumentos capazes de comprovar ou rejeitar a tese objeto da pesquisa.

Para solucionar a questão o método de abordagem da pesquisa será o qualitativo com objetivo exploratório, tendo como base bibliografia própria e adequada ao tema com enfoque na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

1. PREVISÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ESCUSA DA CONSCIÊNCIA NO ESTADO BRASILEIRO

O estudo do que seria “consciência” foi desenvolvido ao longo dos séculos por renomados mestres da Filosofia.

Da frase de Descartes “Penso, logo existo!”, extrai-se o que vem a ser “consciência” para filósofo. Nas suas obras é possível constatar que para o autor a consciência é considerada a base do conhecimento humano, dado que acreditava que era por meio da razão que o homem por si chegaria a verdade.¹

Para Espinosa, na visão de Deleuze, a consciência existe por meio de uma tripla ilusão: ilusão da finalidade, ilusão da liberdade, ilusão teológica, de modo que há a supressão da ignorância². Como base do conhecimento ou como mera ilusão, certo é que a consciência é percebida como um fator da existência humana não somente para o indivíduo em si, mas também para todo um conjunto cultural, jurídico e social.

No âmbito do Direito, Maria Helena Diniz³, no seu Dicionário Jurídico traz alguns conceitos para a palavra “consciência” e, no que tange ao Direito Constitucional, ela expressa: “momento indevassável da inteligência garantido pela norma constitucional, que consagra a liberdade de consciência”.

Além desse, outro conceito relevante trazido por Diniz⁴ que define claramente o bem jurídico tutelado pelos preceitos da liberdade de pensamento, consciência, religião e filosofia é o que reconhece a consciência como “propriedade espiritual e capacidade de fazer juízos sobre o valor moral de certos atos”.

Nesse sentido, entende-se que é inerente ao ser humano se desenvolver e se autodeterminar a partir dos seus próprios valores e convicções. Por isso, ao longo do tempo foi sendo implementado o instituto da escusa de consciência que nada mais é que uma apresentação de objeção, ou desculpa, legalmente aceita, para que um indivíduo deixe de cumprir uma obrigação que vai de encontro com a sua convicção pessoal, seja ela uma questão política, filosófica ou religiosa.

O Brasil, como colônia de Portugal, não fruía de autonomia, de liberdade de mercado, muito menos de direitos. Somente em 1808, com a chegada da família real, o Brasil passou a dar seus primeiros passos de desenvolvimento.⁵ Com a sua independência em 1822, foi

¹ CASTILHO, Ricardo. *Livro de filosofia do direito*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

² DELEUZE, Gilles. *Espinosa: Filosofia prática*. São Paulo: Escuta, 2002, p. 25.

³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 893.

⁴ *Ibid.*

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 373.

outorgada em 1824 a Constituição Imperial, primeira constituição do Brasil, e, apesar da grande mudança política e institucional, o padroado da Igreja Católica Lusitana permaneceu intacto tendo a sua vinculação ao Estado prevista no art. 5º da Carta Imperial ⁶.

Importante é que nesse período, embora a ligação do Estado fosse com a Igreja Católica, a constituição permitia a prática de outros cultos religiosos, desde que fossem realizados em ambiente doméstico ou particular apropriado, e, além disso, impedia a perseguição religiosa, conforme art. 179, inciso V da Carta Imperial⁷.

No governo provisório, com o Decreto nº 119-A de 1890, o país deixou formalmente de ter uma religião oficial para ser um Estado Laico. Tal previsão foi reforçada na Constituição da República de 1891⁸, artigo 11 §2º, e no artigo 72 § 3º.

Com a desvinculação do Estado da Igreja Católica nascia no Brasil a liberdade religiosa. Porém, o seu exercício não era pleno, uma vez que para o Estado o interesse público era mais valorado quando confrontado com o direito individual, não existia uma ponderação, conforme artigo 72, §§ 28 e 29.⁹

Saltando para a Era Vargas, a Constituição de 1934¹⁰ manteve o princípio da laicidade estatal no artigo 17, inciso II. Contudo, a liberdade de consciência, crença e religião passou a ter o exercício restringido a não violação da ordem pública e dos bons costumes. Já o instituto da objeção de consciência permaneceu ainda impedido e os objetores passíveis da sanção de perda dos seus direitos políticos, como é possível perceber nos artigos 111 e 113 da Carta.

Na Constituição de 1937¹¹, na chamada Ditadura Vargas, não houve qualquer evolução no cenário nacional quanto aos institutos, permanecendo sua previsão e restrição nos artigos 31, alínea “b”; 19, alínea “b”; e 122, §4º da Carta.

Posteriormente, com o fim da 2ª Guerra Mundial, o país começou o movimento de redemocratização que deu origem a Constituição de 1946. A nova constituição modificou o

⁶BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁷ *Ibid.*

⁸BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁹ LUNKES, Carolina Pellegrini Maia Rovina. O direito fundamental à liberdade de consciência e de crença e a apresentação escusa de consciência frente a dever específico. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. v. 1, nº 1, p. 117-130 jul./dez, 2004, p. 119.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

instituto da objeção de consciência ao prever a possibilidade de prestação alternativa no seu artigo 141 §8º¹².

Dessa forma, passou a ser possível a escusa de consciência sem que isso gerasse de forma imediata a perda dos direitos civis do objetor, dada a previsão da prestação alternativa de forma substitutiva ao dever legal escusado. Contudo, extrai-se do próprio dispositivo que a norma constitucional não tinha uma eficácia plena, visto que condicionava o exercício do dever substituto a uma lei regulamentadora que o previsse.¹³

A partir do início do Regime Militar, período obscuro regido pela Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, revogou-se a aplicação da prestação alternativa prevista na Constituição de 1946, e estabeleceu-se a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência, direitos esses que seriam regulamentados por lei, ou seja, a perda dos direitos do objetor passou a ser previstas em lei ordinária e não mais pela constituição, de acordo com o artigo 150, §6º¹⁴.

Somente com a Constituição de 1988¹⁵, que o Brasil sofreu uma nova redemocratização. Nesse diploma o papel de destaque aos direitos fundamentais é perceptível tanto na sua posição topográfica, os prevendo logo no início da Carta no art. 5º, como também orientando a sua aplicação imediata no art. 5º §1º.¹⁶

Atualmente os direitos fundamentais são considerados os principais norteadores do direito brasileiro, vistas as suas características de essencialidade, universalidade e superioridade normativa.¹⁷ Nesse sentido, consagrada no rol dos direitos fundamentais, a liberdade de consciência, crença e religião está prevista no art. 5º, inciso VI da CRFB/88¹⁸.

Com a nova ordem democrática o instituto da escusa de consciência voltou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro de forma geral, condicionando o objetor a uma prestação alternativa fixada em lei antes da efetiva perda de direitos, de acordo com artigo 5º, inciso VIII¹⁹.

Claramente o dispositivo trata de uma norma de eficácia contida, uma vez que o legislador pode restringir o seu exercício. Ademais, entende-se que a objeção de consciência

¹² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹³ LUNKES, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁶ LUNKES, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 29.

¹⁸ BRASIL, *op. cit.* nota 16

¹⁹ *Ibid.*

não é um direito absoluto, visto que não exonera o objetor do dever, apenas autoriza a prestação da obrigação de maneira alternativa.²⁰

Desse modo, o instituto da escusa de consciência terá eficácia plena e imediata na forma do art. 5º §1º da CRFB, porém, quando a lei ordinária fixar a prestação alternativa de um dever legal o objetor somente perderá os direitos caso recuse realizar inclusive a prestação alternativa, que, decerto, deve ser compatível com a sua convicção.²¹

Ante o exposto, constata-se que no Brasil o tema embora tenha evoluído com o passar do tempo, ele ainda está bem distante da pauta do legislador, dado que não há interesse na regulamentação das prestações alternativas. Esse cenário gera um desequilíbrio de tratamento na qual o objetor, na grande maioria das vezes, é o prejudicado e se vê obrigado a judicializar a questão para resguardar os seus direitos.

2. A ESCUSA DE CONSCIÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após análise do tópico anterior, percebe-se que o instituto da escusa de consciência pode ser enquadrado no âmbito da administração, na prestação de serviços públicos, e, portanto, quando suscitadas por um servidor público interfere no regular exercício do Estado.

Em âmbito normativo somente houve a devida regulamentação do instituto da escusa de consciência e a possibilidade de prestação alternativa no serviço militar obrigatório.

O serviço alternativo ao serviço militar obrigatório entendido como um serviço de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar é regulamentado pela Lei nº 8.239/91²² na qual estabelece que ele:

será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado.

Ao final do serviço será entregue ao convocado o Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, que frui dos mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista. Contudo, se houver recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo por

²⁰ BUZANELLO, José Carlos. Objeção da consciência: um direito constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 38, nº 152, p. 173-182, out./dez. 2001, p. 3.

²¹ LENZA Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 357.

²² BRASIL. Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991. “Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18239.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

culpa do convocado o certificado não será fornecido pelo prazo de dois anos após o vencimento do período de serviço. Com a recusa o convocado perderá os direitos políticos e somente regularizará sua situação após o cumprimento das obrigações.

Deve ficar claro que o art. 143, §1º da CRFB/88 expressamente estabelece que a objeção de consciência somente pode ser suscitada em tempo de paz, assim, em tempo de guerra o convocado não pode deixar de prestar o serviço militar. Nesse caso, a base jurídica está em considerar a supremacia do interesse público com a salvaguarda da república sobrepondo o direito individual.²³

Porém, embora a existência da Lei nº 8.239/91 e da Portaria EMFA nº 2.681/1992, o que se vê na prática é que a prestação alternativa até hoje não foi implementada. Na verdade o que ocorre é a dispensa do conscrito do serviço militar quando apresentada a objeção.

Essa manobra administrativa se justifica no gasto orçamentário que geraria implementar um serviço alternativo quando a quantidade de jovens que suscita objeção é pequeno²⁴.

Contudo, entende-se que esta conduta é uma clara afronta à constituição, dado que a previsão da prestação alternativa vem determinada na própria norma constitucional e não há nem mesmo na lei regulamentadora tal condição para implementação, visto que o objetivo do instituto não é simplesmente evitar prejuízos aos objetores que não seriam forçados a cumprir o serviço militar obrigatório, mas criar mecanismos para eles possam exercer seus direitos e deveres igual a qualquer cidadão de acordo com o princípio da isonomia.

Em âmbito civil, ressalta-se que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/90) expressamente rechaça a possibilidade do servidor público eximir-se de praticar um dever funcional por convicção ou crença. Vide artigo 239 ²⁵:

Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o servidor não poderá ser privado de quaisquer dos seus direitos, sofrer discriminação em sua vida funcional, nem eximir-se do cumprimento de seus deveres.

²³ MACHADO, Marcelo Passamani. *Objeção de consciência*: pode o indivíduo escusar-se de lutar uma guerra que considere injusta?. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28107/objecao-de-consciencia-pode-o-individuo-escusar-se-de-lutar-uma-guerra-que-considera-injusta>> . Acesso em: 14 nov. 2021.

²⁴ RAMOS, *op. cit.*, p. 745.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 8.112*, de dezembro de 1990. “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Em consonância ao artigo há na doutrina o entendimento da impossibilidade de o servidor público evocar a escusa de consciência para deixar de cumprir um dever funcional. Nesse sentido, afirma Canotilho ²⁶:

a objeção de consciência não pode ser invocada pelos titulares de cargos públicos no que tange ao cumprimento dos deveres inerentes às funções que desempenham (mesmo porque não há investidura forçada, a incidir princípio básico de lealdade democrático republicana).

Tal ideia estrutura-se baseada no regime jurídico dos agentes públicos que os submete a um tratamento diferenciado justamente porque se age em nome do Estado. Assim, não seria coerente tolerar a vontade de um particular quando do outro lado está o interesse da coletividade.

Decerto que no exercício da função pública os agentes públicos estão submetidos aos ditames da lei e princípios que orientam a administração pública. Portanto, permitir o descumprimento de um dever legal por convicção pessoal em uma superficial análise seria o mesmo que violar o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e, de certa forma, da isonomia.

Cabe trazer a definição de Hely Lopes Meirelles ²⁷ de agentes públicos:

São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer função sem cargo.(...) Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções.

Para Celso Bandeira de Melo ²⁸, diante do princípio da impessoalidade, aduz que “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”

A composição do ordenamento jurídico quando se trata do Estado é pautada em proteger em primeiro lugar o interesse público, dever esse imposto ao agente públicos que quando investidos no cargo passam a servir a administração pública. Assim, afirma Hely Lopes

²⁶ CANOTILHO apud KALIL, Luanna Fonseca de Sousa. Objeção de consciência dos servidores públicos: uma reflexão. *Instituto Brasileiro de Direito Público*. Brasília: IDP/EDB, 2016, p. 30.

²⁷ ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117.

Meirelles ²⁹, “órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.”

Fato é que diferente do particular o agente público por exercer uma função pública goza de prerrogativas e direitos próprios, bem como é vinculado a normas e deveres que, se descumpridos, podem gerar a sua responsabilização e, dependendo do caso, até mesmo uma punição. Contudo, como a interpretação da constituição deve ser realizada de forma sistemática não pode a norma ser interpretada isoladamente sem que seja considerada a vida social.

Percebe-se que o princípio da moralidade administrativa segundo Maurice Hauriou ³⁰ é entendido como um “ conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Logo, para o autor existe uma moral comum que é retratada pelo agente na sua conduta exterior e uma moral interna posta pela instituição.

Hely Lopes ³¹, na visão de Maurice Hauriou, explica:

o agente administrativo como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que distinguir somente entre o legal e o ilegal, o justo ou o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno do inoportuno, mas também o honesto e o desonesto.

Assim, o princípio claramente não exige que o agente público deixe de se comportar conforme os seus próprios conceitos morais e éticos por estar exercendo uma função pública. Essa ideia seria uma utopia até porque por mais que o agente público seja imparcial e neutro não é possível afastar por completo a sua forma de ser.

Em relação ao disposto no Estatuto dos Servidores ao orientar que por motivo de crença religiosa, de convicção filosófica ou política o servidor não poderá eximir-se do cumprimento de seus deveres, vai de encontro com o que estabelece a CRFB/88.

Como já exposto, a norma constitucional determina que para haver a restrição do direito de escusa deve ser fixada uma prestação alternativa. Seria uma incoerência do legislador garantir a liberdade de consciência, crença e religião a todos, inclusive o direito a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, mas absolutamente excluir o servidor público dessa proteção.

²⁹ ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, *op. cit.*, p.76.

³⁰ HAURIU *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 239.

³¹ ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, *op. cit.*, p. 90.

Percebe-se uma melhor redação no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro que não prevê o verbo “eximir” e assegura a impossibilidade do servidor ser prejudicado no exercício funcional por motivo de convicção, vide artigo 357³²:

Por motivo de convicção filosófica, religiosa ou política, nenhum servidor poderá ser privado de qualquer de seus direitos, nem sofrer alteração em sua atividade funcional.

Decerto, o tema está longe ser pacífico, contudo, deve-se ter a ideia de que com a fixação de uma prestação alternativa o servidor público não estaria violando o princípio da isonomia, ou deixando de cumprir com o seu dever funcional, mas apenas o fazendo de um modo diferente dos seus pares, uma vez que a forma de execução da prestação seria estabelecida pela própria administração de acordo com os seus interesses.

A aplicação do instituto nada mais seria que a adequação da administração pública a realidade constitucional, já que o direito do objetor a prestação alternativa não é uma faculdade ou um agrado ao servidor público, mas um dever previsto na constituição.

3. O ENTENDIMENTO DO STF NO ARE N. 1.099.099/SP SOBRE ESCUSA DE CONSCIÊNCIA NO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Ante a omissão do Poder legislativo, os servidores públicos que são prejudicados com a falta de regulamentação do tema são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário.

Foi o que ocorreu com o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE n. 1.099.099/SP³³, em regime de repercussão geral, e em conjunto com o RE n. 611.874³⁴, que também trata sobre escusa da consciência, porém, sobre a possibilidade de realização de etapa de concurso público em dia distinto do determinado pela Comissão Organizadora, por motivo de convicção religiosa.

O ARE n. 1.099.099 SP baseia-se no fato ocorrido com uma professora municipal que foi exonerada em período de estágio probatório por cometer 90 faltas injustificadas devido à sua crença religiosa. Segundo os autos do processo, a servidora informou ao Município que não

³² BRASIL. *Decreto n° 2.479*, 08 de março de 1979. “Aprova o regulamento do estatuto dos funcionários públicos civis do poder executivo do estado do Rio de Janeiro”. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265c33b0325698a0068e8fb>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 1.099.099 SP*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5326615&numeroProcesso=1099099&classeProcesso=ARE&numeroTema=1021>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 611.874*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3861938>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

poderia realizar atividades noturnas às sextas-feiras por professar a religião Adventista do 7º dia, e, por isso, requereu que lhe fosse admitida a realização de atividade alternativa. Contudo, o Município não ofereceu as prestações alternativas e a reprovou no estágio probatório, exonerando-a do cargo.

Em 2ª instância o tribunal paulista não concedeu a confirmação da nomeação justificando a decisão no fato da servidora ser conhecedora da carga horária do concurso, bem como por considerar que autorizar prestações alternativas gera prejudicialidade à organização do serviço público e viola o princípio da isonomia entre os servidores.

Porém, a Suprema Corte, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para que a servidora fosse reintegrada ao cargo de professora, e determinou ainda que o gestor municipal definisse a obrigação alternativa a ser cumprida.

O julgamento em regime de repercussão geral tinha como escopo analisar a premissa seguinte: invocado o instituto da objeção de consciência, é ou não é dever do administrador disponibilizar obrigação alternativa para servidores públicos em estágio probatório cumprirem seus deveres funcionais?

O tema é tão complexo que não houve unanimidade nem mesmo entre os Ministros da Suprema Corte.

Adeptos à tese da obrigação alternativa não ser um dever do administrador ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Nunes Marques, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Necessário se faz frisar o voto o Ministro Nunes Marques³⁵ ao opinar pela seguinte tese:

Caso não haja previsão em lei, na exata dicção do art. 5º, VIII, da Constituição Federal, não é dever do administrador público disponibilizar obrigação alternativa para servidor público, em estágio probatório ou não, cumprir seus deveres funcionais a que está impossibilitado em virtude de sua crença religiosa.

Curioso seu entendimento, visto que é justamente a falta da lei que torna o instituto litigioso. Portanto, é incoerente entender que para o administrador ter o dever de disponibilizar obrigações alternativas este dever deve estar previsto em lei, isto quando tal obrigação já está expressa na própria CRFB/88 e é considerado um direito fundamental.

No cenário político atual, o legislador é propositalmente desidioso e sequer criou norma que minimamente regulamentasse o tema. Logo, é evidente que o administrador não irá mover a máquina pública buscando resguardar direitos de minoria se não for praticamente coagido para isso. Dessa forma, a conclusão do Ministro somente mantém os objetores na mesma condição, com seus direitos violados.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 34.

Para os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, em breve resumo, entendem que a jurisprudência da Corte Suprema é no sentido de não considerar o direito à liberdade religiosa como um direito absoluto, e que diante da ponderação da liberdade de crença com o interesse público, vigora o interesse público.

Ressalva ainda o Ministro Gilmar Mendes³⁶ que, em observância aos princípios da impessoalidade e da igualdade, a administração não poderia “privilegiar determinados servidores que se encontram impossibilitados de realizar atividade em determinados horários da semana, em razão de convicções pessoais.”

Porém, a questão não merece apenas ser olhada pelo prisma dos princípios da igualdade e da impessoalidade, que decerto não estariam sendo violados, mas também ser aplicada a razoabilidade.

Primeiro, não há como entender como violado o princípio da impessoalidade, uma vez que numa visão sistemática da CRFB/88 criar mecanismos de proteção e exercício à liberdade de crença e religião têm relação direta com a finalidade pública.

Além disso, não há privilégio quando a própria constituição determina que o Estado deve garantir o exercício de algum direito. Se assim fosse leis que regulam o direito de cotas para deficientes e negros, por exemplo, deveriam ser vistas como privilégios, mas, por óbvio, não são.

Segundo, o princípio da isonomia, a sua definição já é suficiente para demonstrar que não há desobediência, uma vez que a igualdade prevista na CRFB é a igualdade material, que seria tratar os diferentes na medida da sua diferença.

Portanto, não é razoável e isonômico fazer com que o objetor escolha seguir uma carreira pública ou professar a sua religião, dado que a administração pública entende que não é seu dever criar prestações alternativas, mesmo tendo condições para tal.

Cabe salientar o voto divergente do Ministro Dias Toffoli³⁷, que opinou com a tese:

Inexiste dever do administrador de, em face do direito à liberdade de consciência e de crença, disponibilizar a servidor público em estágio probatório forma alternativa de cumprimento de seus deveres funcionais, sem prejuízo da possibilidade de avaliação administrativa quanto à conciliação do interesse público com o atendimento de pleito do servidor.

Para o Ministro Dias Toffoli, a administração pode buscar formas para conciliar o interesse público com a liberdade de crença em nome dos princípios da igualdade e da eficiência, porém, isso não poderia ser visto como um dever do Estado.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 34.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 34.

Contudo, essa tese não seria a ideal, dado que claramente não resolve a questão, já que o objetor ainda estaria à mercê da discricionariedade do administrador em conceder ou não a prestação alternativa, o que viola o artigo 5º, VIII da CRFB/88, uma vez que se o administrador não disponibilizar a prestação alternativa o objetor será privado do direito de seguir na carreira pública.

Buscando um equilíbrio, por maioria, a Suprema Corte fixou a seguinte tese proposta pelo Ministro Edson Fachin³⁸:

Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, é possível à Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

Portanto, o que se extrai da tese é que o Estado deve, via de regra, criar mecanismos para conceder a prestação alternativa ao objetor, devendo ser aplicada a razoabilidade quando as peculiaridades da religião professada desvirtuarem o exercício da função pública, ou onerarem em excesso a administração. Assim, por ser a exceção, a negativa da prestação alternativa deve ser devidamente fundamentada.

Diante do evidente conflito, verifica-se que o caminho que está sendo seguido é a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade frente aos casos concretos, o que traz maior efetividade ao dispositivo constitucional, porém, no máximo, supre lacunas e omissões.³⁹

Nessa senda, conclui-se que o instituto somente terá sua eficácia plena quando a administração pública criar normas regulamentadoras prevendo as prestações alternativas considerando as peculiaridades de cada cargo público.

Essa previsibilidade é essencial, uma vez que ficará claro para o objetor que deseja seguir uma carreira pública a adequação da administração pública ao instituto, sobretudo viabilizando uma melhor condição de escolha de carreira pública ao objetor.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, o trabalho apresentado visou demonstrar o estudo da escusa da

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 34.

³⁹ LUNKES, *op. cit.*, p. 128.

consciência no ordenamento jurídico brasileiro, além de ponderar a premissa de ser dever do Estado oferecer prestação alternativa para cumprimento de deveres funcionais inerente ao cargo público quando o servidor público invoca escusa de consciência por motivo de crença.

Verificou-se, a partir das indicações da doutrina e da jurisprudência, que o tema não é unânime e merece maior atenção do Poder Legislativo para que sejam criadas leis regulamentares sobre o tema de modo a evitar equivocadas interpretações da norma constitucional que possam violar os direitos dos objetores.

A relevância da pesquisa se mostra em virtude da afetação do tema pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral no ARE n. 1.099.099/SP, e a divergência de entendimentos sobre a norma constitucional demonstrada durante o julgamento do processo.

Observa-se que para a minoria dos Ministros a liberdade de crença, por não ser um direito absoluto, deve ser mitigada ante o interesse público e a necessidade da prestação dos serviços à sociedade. Contudo, para a maioria, o Estado tem, como regra, o dever de garantir o direito de liberdade de crença dentro da administração pública, aplicando, nesse caso os princípios da razoabilidade, da isonomia, e da laicidade.

Para alçar os fundamentos expostos pela doutrina e pela jurisprudência, bem como possível solução à problemática apresentada, foi necessário tecer comentários quanto o desdobramento histórico da aplicação do direito à escusa de consciência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a aplicação da norma constitucional presente em âmbito militar e no Estatuto dos Servidores Federais, este em comparação com o Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro.

A pesquisa possibilitou perquirir que a problemática gira em torno da inexistência de normas regulamentares sobre o instituto e a falta de interesse da administração em estabelecer as prestações alternativas quando a escusa de consciência é invocada pelo servidor, sendo estas as principais causas de litigância sobre o tema, ficando para o Poder Judiciário o papel de garantir os direitos dos objetores servidores públicos.

No capítulo final objetivou-se esclarecer que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal promoveu maior efetividade ao instituto, uma vez que obriga a administração pública a estabelecer as prestações alternativas quando requeridas, condicionando a negativa a devida motivação. Porém, entendeu-se que para plena eficácia da norma cabe à administração pública, mediante seu poder normativo, preannunciar a complexidade de cada cargo público e, assim, estabelecer os parâmetros para aplicação do instituto.

A resposta alcançada tem como fundamento o emprego da interpretação sistemática da norma constitucional, infraconstitucional e seus princípios, concluindo-se, assim, no entendimento de ser dever do Estado criar mecanismos para aplicação do art. 5º, VIII CRFB/88, de modo a garantir o direito à liberdade de crença, religião e filosofia aos servidores públicos no âmbito da administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.112*, de dezembro de 1990. “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. *Lei nº 8.239*, de 4 de outubro de 1991. “Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8239.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. *Decreto nº 2.479*, 08 de março de 1979. “Aprova o regulamento do estatuto dos funcionários públicos civis do poder executivo do estado do Rio de Janeiro”. Disponível em: <

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265c33b0325698a0068e8fb> >. Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 1.099.099 SP*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5326615&numeroProcesso=1099099&classeProcesso=ARE&numeroTema=1021>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 611.874*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3861938>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção da consciência: um direito constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n° 152, p. 173-182, out./dez. 2001.

CANOTILHO apud KALIL, Luanna Fonseca de Sousa. Objeção de consciência dos servidores públicos: uma reflexão. *Instituto Brasiliense de Direito Público*. Brasília: IDP/EDB, 2016.

CASTILHO, Ricardo. *Livro de filosofia do direito*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELEUZE, Gilles. *Espinoza: Filosofia prática*. São Paulo: Escuta, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUNKES, Carolina Pellegrini Maia Rovina. O direito fundamental à liberdade de consciência e de crença e a apresentação escusa de consciência frente a dever específico. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais* . v. 1, n° 1, p. 117-130 jul./dez, 2004.

MACHADO, Marcelo Passamani. *Objeção de consciência: pode o indivíduo escusar-se de lutar uma guerra que considere injusta?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28107/objecao-de-consciencia-pode-o-individuo-escusar-se-de-lutar-uma-guerra-que-considera-injusta>> . Acesso em: 14 nov. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.