

ESTADO LAICO E SOCIEDADE PLURAL. INVESTIGAÇÃO SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Atalá Correia*

1 – INTRODUÇÃO

Qualquer estudo que se dedique ao tema da inter-relação entre direito e religião deve reconhecer, logo de início, que o objeto da pesquisa é vastíssimo e que muitos anos de estudo seriam insuficientes para esgotá-lo. Religião, ética e direito são campos do conhecimento que se interpenetram e qualquer conduta humana poderia ser julgada de forma diversa por eles.

A cada debate sobre o regramento da vida em sociedade as opiniões divergem segundo correntes que podem ter mais ou menos influência religiosa. Embora a sociedade viva hoje uma forte tendência à laicidade, as discussões públicas tornam-se acaloradas quando estão em jogo as crenças mais íntimas dos cidadãos. Legitimação de uniões homoafetivas, pesquisas com células-tronco e aborto de anencéfalos são apenas alguns desses temas em que a posição religiosa ou antirreligiosa pode revelar muito sobre o interlocutor. Esses debates, como sempre, estão na ordem do dia.

Reconhecida a vastidão do campo de investigação, seria pretensioso propor em tão poucas páginas qualquer solução definitiva ou mesmo sugerir o esgotamento das fontes de pesquisa. Lançamo-nos, por isso, no esforço de bem posicionar o leitor sobre algumas das principais controvérsias a esse respeito e de fornecer algum ferramental crítico para fomentar as discussões científicas. Após uma visão geral do problema, nossa análise terá como foco as inter-relações existentes entre o direito do trabalho e o tema religioso e, em especial, a escusa de consciência nas relações de trabalho.

* *Professor no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – e no Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O autor é grato aos Drs. Fábio Luis Furrier e Gabriel Oliveira Ramos por seus comentários a uma versão preliminar desse artigo.*

2 – SOCIEDADE PLURAL

Talvez seja desnecessário argumentar que a sociedade brasileira contemporânea é plural, porque a constatação desta circunstância recai no campo dos fatos notórios. Um breve olhar sobre a janela e lá se encontrará gente de toda a sorte. Somos um só povo, mas com incontáveis particularidades. As diferenças mais evidentes recaem sobre as origens genéticas e, num país construído por imigrantes, elas se espalham, para refletir-se em múltiplos costumes, culturas, tradições, religiões e línguas.

Se as coisas são assim, não há qualquer pretensão de mudá-las. O direito reconhece a pluralidade da sociedade e deseja mantê-la. Nossa organização social abre mão de ideais uniformizadores e políticas planejadoras. Embora tenhamos uma só língua oficial, é livre a manifestação do pensamento em qualquer outra. Não há uma cultura oficial ou religião oficial. O estado é laico.

A constatação dessa circunstância encontra-se impressa no preâmbulo de nossa Constituição Federal. Os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, pretenderam “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

O Estado brasileiro tem por objetivo a liberdade de seus cidadãos e a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹. Assim, viver em uma sociedade plural significa precisamente que cada cidadão tem o ônus de pensar por si próprio e que não há quem lhe dirija a concepção de vida².

A liberdade de pensamento implica a tolerância a múltiplos sistemas culturais³ ou, em uma palavra, a aceitação de multiculturalismo⁴. Se cada in-

1 Art. 3º da Constituição Federal.

2 “A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352).

3 Aqui nos valemos do conceito de cultura adotado por Edward Tylor, para quem cultura, tomada “em seu sentido etnográfico, é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (*apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura – Um conceito Antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 25).

4 O multiculturalismo é um tema que vem apresentando maior relevância nos países desenvolvidos, para os quais houve, após a Segunda Guerra Mundial, grande fluxo migratório, sobretudo de povos de cultura oriental. Mas, após a formalização da União Europeia, o tema assume outros contornos e passa também a expressar a distensão cultural entre os povos que integram ou pretendem integrar aquele bloco. No Brasil, inicialmente se impôs a cultura do colonizador aos nativos. Após os movimentos migratórios nos

divíduo tem liberdade de relacionar-se com a carga cultural recebida de seus ancestrais e de redefini-la segundo sua razão particular, é natural que, no seio da sociedade, formem-se grupos ou segmentos sociais e, no longo prazo, culturas singulares. O direito quer, portanto, que sejam aceitas várias culturas e que o indivíduo não seja discriminado por suas crenças e convicções particulares.

Diversidade cultural significa, portanto, a existência de éticas plurais. Tomamos ética aqui como expressão sinônima de moralidade, ou seja, como um sistema axiológico que pretende julgar ações e pensamentos, e não como uma ciência ou filosofia.

As diversas éticas refletem, não raramente, diferentes religiões. A expressão religião designa um conjunto de crenças na existência de uma ou mais forças criadoras, de aspecto metafísico ou sobrenatural, e que, em regra, estabelece normas de conduta, com base em certa tábua axiológica, como meio para se alcançar um estado espiritual superior⁵. Logo, a religião tem indissociável aspecto ético, pois sua prática propaga certos valores.

Ora, se pluralismo implica multiplicidade de pensamentos, culturas, éticas e religiões, é natural que também surjam, em seu seio, incontáveis controvérsias relacionadas a esses diferentes pontos de vista. Inúmeros são os exemplos desses confrontos e, apenas para mencionar os mais recentes, podem ser destacados: o conflito entre grupos que defendem o aborto e aqueles que pretendem o banir, entre grupos religiosos que postulam o acesso a um mesmo local sagrado ou que desejam guardar dias diversos da semana, entre grupos majoritários e minorias.

3 – O PAPEL DO DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL

O direito assume, nesse cenário, um papel fundamental, pois arbitra solução para os litígios advindos do pluralismo. Cabe ao direito harmonizar os diversos valores presentes na sociedade de forma que os grupos possam gozar de uma convivência pacífica.

séculos XIX e XX, em que pese algum entusiasmo inicial antropofágico, se prestigiou a assimilação da cultura local, língua sobretudo, pelos imigrantes. No entanto, após a Constituição Federal de 1988, o tema parece ganhar importância e se vê intenso esforço para que sejam reconhecidas minorias étnicas, formadas por índios e negros, ou minorias religiosas. Veja interessante debate nesse sentido TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y 'la política del reconocimiento'*. Comentários de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer e Suzan Wolf. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

- 5 Religião não se confunde com seita. O conceito de religião “liga-se à pré-compreensão que o termo propicia. Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração. Não será um culto religioso uma atividade comercial ou de ensino qualquer, apenas porque se inicia com uma oração. Há de se considerar, ademais, ‘quão próxima [a situação em exame] está de uma combinação de características de uma religião paradigmática, julgando-se isso à luz da razão particular que motivou a questão’” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 357).

Em um esforço de sistematização, deve-se reconhecer que o direito pode: (i) eleger um valor comum a vários grupos sociais, para prescrever condutas que o prestigiem e vedar práticas que revelem seu contravalor, como quando protege a vida e pune o homicídio; (ii) manter-se indiferente aos diversos valores relevantes para uma determinada situação, e aí abre campo para a liberdade das partes; (iii) tutelar o valor de um grupo minoritário, protegendo-o contra ataques indevidos daqueles que se encontram em posição majoritária, tal como faz ao autorizar a união familiar de pessoas do mesmo sexo ou quando estabelece ações afirmativas; (iv) eleger o valor perseguido pelo grupo majoritário, para vedar práticas disseminadas em grupos restritos; ou (v) tentar equilibrar as práticas sociais, com regras e exceções.

Talvez cause espécie, em um primeiro momento, a afirmação de que o direito pode eleger o valor perseguido pelo grupo majoritário, para vedar práticas disseminadas em grupos restritos. Isso porque é razoavelmente disseminada entre nós a tese de que o direito nada mais representa do que forma de dominação sobre grupos sociais específicos. O direito seria, em síntese, um jogo de exercício de poder. Essa visão subestima, no entanto, a possibilidade de serem encontradas respostas razoáveis para problemas fundamentais e, por outro lado, oculta que, por vezes, a negação de um valor majoritário pode pura e simplesmente revelar uma ditadura da minoria⁶. A função essencial do direito não é escamotear ditaduras majoritárias ou minoritárias, mas abrir campo para o diálogo em busca de soluções socialmente viáveis e racionalmente plausíveis.

4 – DIREITO E RELIGIÃO

Feitos esses esclarecimentos, cumpre focar nossa análise na questão religiosa propriamente dita. O direito assegura a expressão religiosa como um direito fundamental. Como corolário da liberdade⁷, todo indivíduo pode professar sua fé, alterar seu credo⁸ e, além disso, pode abster-se de fé, como melhor lhe aprouver.

6 Em sentido análogo, vide a crítica de Amy Gutmann àquilo que denomina corrente desconstrutivista para a formação de um programa educacional multicultural em TAYLOR, *op. cit.*, p. 37.

7 Art. 5º, *caput*, da CF. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

8 “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular” (Art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948).

Há liberdade de culto e de organização religiosa⁹. É inviolável, diz-nos o art. 5º, VI, da CF, “a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O livre exercício de confissão religiosa é assegurado até mesmo àqueles que se encontram encarcerados¹⁰, o que significa dizer que o Estado não pode punir mediante atos que atentem contra a fé. A liberdade de consciência e de crença, circunstância refletida na tolerância mútua, quer-nos parecer, é valor comum aos grupos presentes em nossa sociedade e o direito houve por bem salvaguardá-lo¹¹. Liberdades de consciência, crença, culto e de organização religiosa são bases do republicanismo brasileiro.

O direito prestigia, em certa medida, a religiosidade¹²; talvez por considerar que as religiões tendem, no seu espírito mais íntimo, à concórdia e ao pacifismo, apesar de sempre haver desvios diversos em nome da fé. Nesse sentido, o casamento, um sacramento comum a diferentes religiões, pode produzir efeitos na esfera civil, conforme denota o art. 226, § 2º, da Constituição Federal¹³.

Além disso, o direito ratifica certas regras religiosas, não por serem religiosas, mas porque representam um primado da vida em sociedade. Não matar e não roubar são, ao mesmo tempo, regras jurídicas e religiosas. Em circunstâncias particulares, certas práticas religiosas incorporam-se aos hábitos da sociedade laica. Dias religiosos, como páscoa, carnaval, natal e, em certas localidades, o dia do evangélico¹⁴, tornam-se, com apelo comercial ou não,

9 Para uma diferenciação entre liberdade de consciência, crença, de culto e de organização religiosa, vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248.

10 Art. 5º, VII, da CF “É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

11 “O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que não devem ser somente conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359).

12 Conf. MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359-360. José Afonso da Silva, ao comentar o art. 5º, VI, da CF, assevera que “o dispositivo (...) compõe-se de duas partes: assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, sem condicionamentos, e protege os locais de culto e suas liturgias, mas aqui, na forma da Lei” (*op. cit.*, p. 250), deixando claro que também há uma prestação positiva no “proteger”, e não apenas uma equidistância passiva em relação ao fenômeno religioso.

13 Art. 226, § 2º, da CF. “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

14 O TJDFT manteve o indeferimento de petição inicial de ação ajuizada por cidadão católico que requereu indenização do Distrito Federal por supostos danos morais advindos da introdução, nesta unidade da federação, de feriado local, no dia 30 de novembro, para celebração do “dia dos evangélicos”. O Des. Relator Jair Soares frisou que “instituir data comemorativa, religiosa, cívica ou atinente a alguma manifestação cultural, como ocorre com o carnaval, não configura discriminação ou preconceito”, apontando a constitucionalidade da lei em questão. Confira-se a ementa daquele julgado: “DANOS

simples dias festivos, em que a grande maioria da sociedade se dedica, se não a reflexões religiosas, ao lazer, ao descanso e ao convívio familiar.

A regra geral, no entanto, é que o direito mantenha-se indiferente às opções religiosas. Como a religiosidade insere-se no foro íntimo da pessoa, não pode o Estado nela intervir. Mais que isso, a estrutura administrativa do Estado não promove nenhum credo particular, não intervém em cultos¹⁵ e em assuntos *interna corporis* de uma instituição religiosa¹⁶. Essa é a essência de um estado não confessional ou laico¹⁷.

Por isso, a Constituição Federal salvaguarda a liberdade de ensino (art. 206, II, da CF) e pluralismo de ideias nas escolas (art. 206, III, da CF) e, embora determine que sejam fixados conteúdos mínimos, o ensino religioso nas escolas públicas tem matrícula facultativa (art. 210, § 1º, da CF). Não há, como se disse, uma cultura ou ensino oficial¹⁸.

MORAIS. LEI QUE INSTITUIU O DIA DO EVANGÉLICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIBERDADE DE CULTO. 1. A Constituição Federal, no art. 19, I, veda a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança. 2. Não proíbe que algum desses entes da federação, no exercício de sua competência legislativa, institua data comemorativa, a exemplo do que fez o Distrito Federal, quando instituiu o dia do evangélico. 3. Não é, portanto, inconstitucional lei assim editada. E os atos cometidos com base nela são válidos, como sói acontecer com a comemoração do dia do evangélico, que se caracteriza como exercício regular de um direito – o de culto religioso (CF, art. 5º, VI). E quem exerce um direito, salvo abuso, não causa dano a outrem (CC, art. 160, I). 4. Vislumbrar em situações que tal preconceito ou discriminação é emprestar razão à intolerância religiosa, praga que, ao longo da história, tem feito e continua fazendo inúmeras vítimas. 5. Apelação não provida” (TJDFT, Acórdão nº 149202, 20010110875766APC, Rel. Jair Soares, 4ª Turma Cível, j. 05.11.01, DJ 27.02.02 p. 53).

- 15 Certa cidadã foi condenada criminalmente por maus-tratos a seus filhos. Recebeu o benefício da suspensão condicional da pena, estando esse benefício sujeito a duas condições em particular: (i) proibição da beneficiária de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos que forem celebrados em residências ou em locais que não sejam especificamente destinados ao culto; (ii) carregamento de latas d’água ao presídio. As condições *do sursis* foram consideradas inconstitucionais por, respectivamente, ferir a liberdade de culto e a dignidade humana (cf. STF, RE 92916, Rel. Min. Antônio Neder, 1ª Turma, j. 19.05.81, DJ 26.06.81, p. 6.307)
- 16 MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 357.
- 17 Nos termos do art. 19 da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II – recusar fé aos documentos públicos; III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.
- 18 Vide ainda o art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20.12.96), segundo o qual “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância; V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII – valorização do profissional da educação escolar; VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX – garantia de padrão de qualidade; X – valorização da experiência extraescolar; XI – vinculação

Também nesse contexto de indiferença para com o fenômeno religioso se insere a árdua controvérsia¹⁹ acerca da legalidade da exibição de símbolos religiosos, como árvores de Natal ou crucifixos, em espaços²⁰ e repartições públicas. Para parte da doutrina e jurisprudência, essas práticas, de origem religiosa, ganham importante significado extraconfessional, como referência cultural do país, e, portanto, deveriam ser toleradas²¹. Por outro lado, há aqueles que advogam que, em verdade, elas representam intolerável proselitismo religioso por parte de um Estado que deveria ser laico²².

entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais” (g.n.). Em particular, no que diz respeito ao ensino religioso, o art. 33, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.475, de 22.07.97, estipulou que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, *assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo*” (g.n.). O mesmo dispositivo, em seus parágrafos, tratou de assegurar que “os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores” (§ 1º) e que “os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso”. (§ 2º).

- 19 O CNJ, por maioria de votos, em 29.05.07, quando do julgamento dos Pedidos de Providência ns. 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362, indeferiu o pedido de retirar os símbolos religiosos das dependências do Judiciário. Aquele órgão afirmou que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário. Na doutrina, vide MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 360-361.
- 20 Sobre o tema, veja o seguinte precedente: “CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 2.988/02. CRIAÇÃO DE ESPAÇO EVANGÉLICO NA ESTAÇÃO RODOVIÁRIA DO PLANO PILOTO. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. 1. Nos termos conjugados das disposições dos arts. 3º, inciso XI, 100, inciso VI, e 52, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, confere-se ao Governador do Distrito Federal competência privativa para iniciar o processo legislativo de normas distritais que venham a dispor sobre o uso e ocupação do solo em todo o território do Distrito Federal, resultando-se, pois, em vício de iniciativa, cuja inconstitucionalidade, por ser de natureza formal, contagia toda a lei e não apenas alguns de seus artigos. 2. Há vedação expressa na Lei Orgânica do Distrito Federal, em seu art. 18, inciso I – que reproduz dispositivo inserto na Constituição Federal –, quanto à possibilidade de o Estado subvencionar igrejas e cultos religiosos, em face do princípio da laicidade, que prevê a separação entre Estado e religião. 3. Ação julgada procedente para declarar com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 2.988, de 11 de junho de 2002” (TJDFT, Acórdão nº 237.650, 20040020026580ADI, Rel. Vasquez Cruxên, Conselho Especial, j. 08.11.05, DJ 14.03.06, p. 89)
- 21 No mesmo sentido, confira-se MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 360.
- 22 Recentemente, o TJRS, em votação unânime no Conselho da Magistratura, atendeu ao que fora postulado por diversas entidades da sociedade civil e, nos Autos do Processo Administrativo nº 0139-11/000348-0, determinou a retirada “de crucifixos e outros símbolos religiosos eventualmente existentes nos espaços destinados ao público nos prédios do poder judiciário do Rio Grande do Sul” (conf. Diário da Justiça do Rio Grande do Sul de 09.03.2012, p. 1). Para detalhes, confira-se: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/03/leia-a-integra-do-voto-historico-que-determina-a-retirada-de-crucifixos-em-tribunais-no-rs.html>>. Acesso em: 11.03.2012. Na doutrina, ainda postula a mesma solução CUNHA, Bruno Santos. “Estado e religião: implicações da laicidade do Estado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. In: *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 11, nº 93, fev/maio 2009, p. 1-29. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-11-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-26.3557485283>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

Em outro exemplo de equidistância para com as religiões, países como o Reino Unido vêm discutindo a possibilidade de se admitir cortes arbitrais para o julgamento de seus cidadãos segundo a lei religiosa que seguem. Em particular, muçulmanos poderiam submeter-se a um julgamento segundo a lei que lhes é própria (Sharia)²³.

Ocorre que não é raro que o direito limite certas práticas religiosas, representem elas a cultura de uma maioria ou de uma minoria. Os exemplos, nesse campo, vão desde a simples vedação à utilização de sinos²⁴, da limitação de volume do som emitidos em cultos²⁵, a permissão do aborto (em certos países), até a proibição de práticas que configurem ilícito penal²⁶.

-
- 23 WITTE, John and NICHOLS, Joel A., *Faith-Based Family Laws in Western Democracies?* (2010). IN *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*, p. 119-132, 2010; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 11-09; Emory Public Law Research Paper n. 11-160. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1805304>>. Acesso em: 5 mar. 2012
- 24 Ao julgar ação de obrigação de não fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada por vizinho de Igreja, que se insurgia contra o badalar de sinos, existentes no local há mais de 30 anos, o TJDFT concluiu, por maioria de votos, que a prática era ilegal, sob o argumento de que “o direito ao sossego, a todos assegurado (CC, art. 1.277), impede – sobretudo nas horas de repouso noturno – que o uso da propriedade vizinha, ainda que seja no exercício da liberdade de culto, incomode e traga transtorno ao morador de área residencial. Agravo não provido” (TJDFT, Acórdão nº 461.178, 20100020136189AGI, Rel. Jair Soares, 6ª Turma Cível, j. 27.10.2010, DJ 11.11.2010 p. 146). Ficou vencida a Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito com o argumento de que o badalar dos sinos faz parte do culto religioso.
- 25 Mas o STJ admitiu, em uma hipótese específica, que a Igreja se valesse de sistema de som para propagar, durante todo o dia, mensagens religiosas, ainda que um cidadão considerasse que o volume era incompatível com a preservação do sossego. Confira-se: “(...) Em pequena cidade do interior, o pároco instalou sistema de som na torre da igreja por meio do qual, a intervalos regulares, transmitia mensagens religiosas aos fiéis. Muito embora a comunidade tenha se manifestado nos autos de forma incontestada, no sentido de que inexistia qualquer incômodo causado pela transmissão, o autor, proprietário de residência de descanso nas cercanias, pleiteou compensação por danos morais porque a atitude do pároco era de seu desagrado. Inicialmente, analisou-se o conjunto probatório dos autos de forma objetiva e, nesse sentido, a análise das provas levava à conclusão pela improcedência do pedido. O acórdão, porém, foi adiante e passou a contrariar as premissas objetivas por ele mesmo estabelecidas para, com base em ilações de caráter subjetivo semelhantes às formuladas pelo autor, julgar procedente o pedido. Sem que haja qualquer reexame de provas, portanto, é possível reconhecer a inexistência de dano moral na hipótese (...)” (STJ, REsp 951.868/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 13.11.08, DJe 06.05.09)
- 26 A doutrina vem asseverando que “a invocação da liberdade religiosa, de seu turno, não pode servir de pretexto para a prática de atos que se caracterizam como ilícitos penais” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359). Nesse sentido, o STF analisou interessante caso em sede de recurso em *habeas corpus* em que se discutia a prática de curandeirismo. O Tribunal de origem havia considerado que a situação desbordou do espiritismo-religioso para o espiritismo-medicina, pois o paciente prometia cura, atuava de forma mercantilizada e teatral, ainda propagando a prática por via televisiva. No voto do Relator, Min. Francisco Rezek, afirmou-se que “a garantia da liberdade de culto seguramente não alcança (...) a prática de atos que, sem embargo de sua roupagem mística, são tipificados pela lei penal” (STF, RHC nº 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, j. 13.12.84, DJ 02.08.85, p.1.038).

Mesmo naqueles países em que se permite a solução arbitral para litígios em que a questão religiosa é mais sensível, como no Direito de Família, há restrições a aplicações de certas regras. Como é fácil imaginar, a solução religiosa nem sempre prestigia aquilo que, segundo a cultura majoritária, se considera a melhor salvaguarda da dignidade humana. Em excelente panorama do ordenamento da Índia, Farrah Ahmed lembra que, não raro, as leis religiosas revelam inadequado comprometimento com o bem-estar de mulheres e crianças, deixando a elas, na sucessão ou no divórcio, recursos insuficientes para uma vida autônoma²⁷.

Com esse panorama em vista, vê-se que a laicidade do Estado é apenas um aspecto da relação entre o direito e a religião. O direito não se esgota no Estado ou nas manifestações do Estado. A pretensão a um direito totalmente indiferente à religião é utópica²⁸. Há valores que extrapolam sua origem religiosa e, por isso, acabam vendo seus primados refletidos em normas do direito positivo. Para desgosto de ateus militantes, o direito não visa à aniquilação da religião. É bem verdade, porém, que, por vezes, valores religiosos sucumbem a axiomas seculares plasmados em normas jurídicas. Portanto, enquanto o Estado é não confessional, o papel do direito está associado à harmonização de interesses e valores presentes nos mais distintos grupos sociais, inclusive grupos religiosos.

Esse papel de harmonização é deveras complexo no que concerne à atuação estatal em sentido estrito. Como orquestrar um Estado completamente laico para um povo que ainda é majoritariamente religioso?²⁹ Embora seja razoável discutir diversas tentativas de esterilizar expressões religiosas do

27 AHMED, Farrah, *Personal Autonomy and the Option of Religious Law* (September 12, 2009). International Journal of Law, Policy and the Family, 2010; Oxford Student Legal Studies Paper n. 12/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1504788>>. Acesso em: 05. mar. 2012.

28 Para uma interessante análise sobre o paradoxo da neutralidade do direito em termos religiosos, vide SMITH, Steven Douglas, *The Paralyzing Paradox of Religious Neutrality* (August 17, 2011). San Diego Legal Studies Paper n. 11-060. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911399>>. Acesso em: 20 mar. 2012. Em especial, o autor argumenta que “the problem is not limited to measures or laws addressing issues like prayer or evolution that everyone thinks of as touching on some people’s religion. A wide range of laws at least implicitly reject some people’s religious beliefs. When government wages war, it at least tacitly rejects the views of religious pacifists, such as Quakers. Laws requiring parents to obtain medical treatment for their children reject the beliefs of parents – Christian Scientists and others – who are religiously opposed to such treatment. A law prohibiting racial discrimination rejects the beliefs of people who have a religious basis for favoring racial segregation – the Aryan Nations Church, for example. In a nation of over three hundred million diversely-minded citizens, it is a fair bet that almost anything government does will be at odds with, and will effectively reject, the religious beliefs of at least a few citizens” (p. 15).

29 O povo, deve-se lembrar, é elemento constitutivo do Estado. “É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 100).

âmbito estatal, elas não podem ser amplas e irrestritas³⁰. O Estado laico ideal, talvez ambicionado por uma minoria agnóstica, seria aquele sem crucifixos e árvores de natal, sem feriados religiosos nas repartições públicas (Carnaval, Páscoa e Natal) e sem nomes de cidades alusivos a santos ou deuses (São Paulo, Salvador ou Tupã deveriam mudar suas denominações). Ele imporá a todos novos feriados e novas denominações, mas talvez não encontrasse braços, para manter serviço normal, nos dias considerados santos para a maioria, salvo se também obrigasse os religiosos a abdicar de suas convicções, mas, aí então, já não estaríamos no campo da democracia e do pluralismo. Naturalmente, o argumento vale-se do absurdo, mas ele serve bem a dois propósitos: (i) apontar a inconveniência de soluções radicais; e, no que é mais importante, (ii) evidenciar que o problema não se encontra nos extremos, mas no tensionamento dicotômico entre a laicidade do Estado e outros valores constitucionalmente assegurados. Quer-se dizer, em síntese, que o Estado laico também deve ser democrático e isso só é possível num contexto em que prevaleça o pluralismo em vez de aversão religiosa.

5 – ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Um instituto jurídico sobressai-se na tentativa de harmonização dos valores dos diversos grupos presentes em nossa sociedade. Trata-se da escusa ou objeção de consciência.

A hipótese mais comum de escusa de consciência é aquela tratada no art. 143 de nossa Carta Magna. Embora o serviço militar seja obrigatório, nos termos da lei, para brasileiros maiores de 18 anos, admite-se que os cidadãos estejam sujeitos a obrigação alternativa quando alegam imperativo de consciência, “entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”.

No entanto, o art. 5º, VIII, da Constituição Federal, na linha de diversas declarações de direitos fundamentais, trata de hipótese ainda mais abrangente e estipula 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”.

Para bem compreender esse instituto, é importante ressaltar que a liberdade de consciência não detém foros de autonomia meramente interna ou de

30 Sobre a impossibilidade de separação total entre Estado e Religião, vide TAVARES, *op. cit.*

pensamento. A Constituição Federal assegura que todos possam seguir uma religião e, mais que isso, se comportar de acordo com os ditames de sua fé. Naturalmente, há situações em que o dever religioso contrapõe-se ao dever estritamente jurídico e, tal como Antígona, o sujeito depara-se com a conflituosa questão de violar uma ou outra norma.

Como a objeção de consciência viabiliza a liberdade religiosa³¹, trata-se de direito fundamental do cidadão e, como tal, sua eficácia é plena. Sem razão José Afonso da Silva, que defende a eficácia contida do referido dispositivo constitucional³². Para ele, a escusa de consciência só pode ser levantada quando a lei previamente estipula a obrigação alternativa aplicável. A interpretação proposta praticamente anularia a liberdade religiosa em diversas situações conflituosas, desprestigiando, assim, uma interpretação ampliativa do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³³.

Na escusa de consciência, o direito admite que ao cidadão de fé sincera e estruturada seja oportunizada prestação alternativa, compatível com sua crença, a qual deverá ser cumprida sob pena de perder seus direitos políticos. Não basta, portanto, que o interesse seja oportunista e mesquinho, como quem procura desculpa para eximir-se de obrigação legal³⁴. Como bem ressalta o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, “a objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a intimidade íntima do indivíduo”³⁵.

A objeção de consciência representa uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da lei. De fato, para a maioria só há uma possibilidade, qual seja atender ao preceito legal, mas para outros, com base em convicções religiosas, lhes é facultada uma alternativa. Por isso, a escusa de consciência deve ser vista com cuidado e sob uma perspectiva restrita³⁶. Sua ampla aceitação pode minar

31 “Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado” (José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 242)

32 *Op. cit.*, p. 242.

33 “A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF). Cabe, antes, se uma ponderação de valores constitucionais o permitir, ter-se o objeto como desonerado da obrigação, sem que seja apenado por isso” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 353).

34 MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 354.

35 *Idem.*

36 *Ibidem.*

interesses maiores do Estado e de toda a sociedade. Se em uma guerra, muitos se furtam ao combate por amor ao pacifismo, a derrota da nação seria certa, colocando em risco sua própria existência. Com isso, a cada hipótese em que se discute a escusa de consciência, faz-se necessária cuidadosa ponderação de princípios constitucionais e, conseqüentemente, não se pode formular juízos apriorísticos sobre o tema.

Algumas interessantes discussões vêm sendo travadas na doutrina e na jurisprudência com base na escusa de consciência. Grupos religiosos minoritários constantemente arguem em juízo essa objeção para realizar, em horário alternativo, concursos públicos de forma geral ou para se ausentarem de cursos ministrados no dia da semana que consideram sagrado. Há importantes decisões que negam essa possibilidade e, ao assim proceder, afirmam que o Estado deve manter equidistância das religiões. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, analisou caso em que estudantes judeus requereram a realização do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM em data alternativa ao sábado, mas sua pretensão foi rejeitada em nome da isonomia³⁷. De modo análogo, o Superior Tribunal de Justiça³⁸ e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região vêm negando a Adventistas do Sétimo Dia o direito de ausentar-se, sem falta, em aulas ministradas às sextas-feiras e sábados, sob o argumento de que o direito “não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de

37 “Agravamento Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao *Shabat*. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da ADI 391 e da ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade” (STF, STA 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 03.12.09, Plenário, DJE de 14.05.2010).

38 “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO. CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII do art. 5º da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos. 3. Recurso não provido” (STJ, RMS 16.107/PA, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. 31.05.05, DJ 01.08.05, p. 555).

cada religião”³⁹ e de que “estabelecer, em nome da escusa de consciência, um horário diferente para que adventistas realizem provas de vestibular, resguardando obrigações de seu culto, importa ao estado – que é leigo e separado da religião – fazer discriminação favorecedora daqueles que professam determinada fé, o que é proibido pela Constituição”⁴⁰.

O campo do direito comparado também nos traz ilustrações preciosas sobre a escusa de consciência. Em 1990, no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vetou o uso de substância denominada *peyote*, com características alucinógenas, por índios nativos americanos em práticas religiosas. Posteriormente, o Congresso daquele país fez promulgar lei federal denominada “Religious Freedom Restoration Act”, ou RFRA, para admitir a prática religiosa em questão. Essa lei pretendeu efetivamente restabelecer a liberdade de religião como uma exceção à regra geral que veda o consumo de substância caracterizada como droga. Para chegar a essa conclusão, o Congresso daquele país considerou que sua Constituição reconhece o livre exercício da religião como um direito inalienável e que leis “neutras” em relação à religião podem onerar o exercício religioso tanto quanto leis destinadas a interferir no exercício religioso, para concluir que o governo⁴¹ não deve onerar o exercício da fé sem justificativas relevantes. Assim, para intervir na liberdade religiosa de uma pessoa, ainda que em razão de regra geral, deve ser demonstrada (i) finalidade de atingir um interesse governamental inafastável (“compelling

39 “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ALUNA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. EXIGÊNCIA DE FREQUÊNCIA DE AULAS ÀS SEXTAS-FEIRAS À NOITE E AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO CONSTITUCIONAL. 1. A Lei nº 9.394/96 estabelece a obrigatoriedade de frequência de alunos e professores (art. 47, § 3º). 2. Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. De fato, estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, art. 5º, VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público. 3. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF da 1ª Região, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09.09.02, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28.09.01.) 4. Apelação dos impetrantes improvida” (TRF da 1ª Região, AMS 2009.35.00.007156-0/GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p. 47, de 21.03.2011)

40 Cf. TRF da 1ª Região, REO 90.01.01978-1/GO, Rel. Juiz Hércules Quasímodo, Segunda Turma, DJ p. 30.767, de 17.12.90.

41 A Lei inicialmente aplicava-se a todos os entes da federação, mas foi parcialmente declarada inconstitucional (em *City of Boerne v. Flores* – 1997) porque o Congresso não poderia impor sua aplicação contra os Estados. Posteriormente, como se verá, ficou claro que a lei é aplicável ao governo federal.

governmental interest”) (ii) ser a intervenção a menos gravosa para o alcance daquela finalidade⁴². Mais recentemente, em 21.06.06, à luz desse novo panorama legislativo, a Suprema Corte americana escrutinou a utilização de *hoasca*, uma substância extraída de planta amazônica, com propriedades alucinógenas, comumente conhecida no Brasil como “daime” e utilizada em cerimônias religiosas, tendo concluído que o governo, naquele caso, não demonstrou que a vedação do uso dessa substância representa interesse inafastável e que, na ausência dessa regra, estaria comprometido o programa de combate às drogas⁴³.

A visão sobre esse caso norte-americano possibilita alguma reflexão sobre a visão predominante no Brasil a respeito da escusa de consciência. A jurisprudência daquele país mostrou como é possível abrir uma exceção a uma obrigação geral tão importante quanto a proibição do consumo a drogas para a salvaguarda de uma garantia fundamental. Não se advoga aqui que essa solução deva ser transposta para nosso país, mesmo porque aqui o problema é relativamente diverso, nem que essa solução deva ser ampliada para o consumo de qualquer droga em qualquer culto. O conflito gerado pela contraposição de liberdade religiosa e interesse público deve ser visto com cautela e de forma tópica. De qualquer forma, o que importa aqui é, como se disse, o caráter paradigmático da situação como ponto de partida para novas reflexões.

Majoritariamente, nossas Cortes vêm asseverando que a melhor abordagem para questões de fundo religioso é a equidistância, impondo a todos regras laicas. Isso significa dizer que tratamos a todos igualmente, independentemente de sua fé. O debate suscitado a partir do “Religious Freedom Restoration Act” permite reforçar outro lado da questão, qual seja, o de que pode haver características relevantes em determinados grupos que justifiquem soluções menos padronizadas, tratando-se a todos de forma desigual na medida de suas desigualdades. Isso porque, como ressaltado pelo Congresso americano, o tratamento plenamente igualitário, ou neutro, pode infligir severo ônus ao exercício religioso. Assim, a liberdade religiosa tem um caráter positivo, diverso do negativo. Não se exige do Estado mera neutralidade, mas “a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas”⁴⁴.

42 Ao assim proceder, o Congresso americano pretendeu restabelecer o que fora anteriormente afirmado pela Suprema Corte daquele país nos seguintes precedentes: *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) e *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

43 GONZÁLES, Attorney General et al. v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal et. al.

44 TAVARES, André Ramos. “Religião e neutralidade do Estado”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28957>>. Acesso em: 22.03.2012.

Dessa forma, se o Estado não realiza concursos aos sábados, ele impõe a uma minoria a dura escolha entre a obediência a Deus ou a obediência à Lei, havendo motivos de sobra para acreditar que, ao assim proceder, exclui-se esse grupo eventualmente relevante de seu seio. A máquina administrativa não será tão plural quanto poderia ser. Segmentos sociais inteiros estariam sub-representados nessa esfera⁴⁵. Isso não significa, naturalmente, que a solução oposta deva ser posta em prática, com concursos em todos os dias da semana, para que se possa atender, a um só tempo, os diversos segmentos sociais.

Caminhos intermediários são plausíveis. É comum, por exemplo, que cidadãos pertencentes a minorias religiosas requeiram que lhes seja assegurado o direito de, após apresentar-se ao local de realização de concurso público no horário pré-estabelecido, como qualquer outro candidato, lhes seja deferida a permanência em sala isolada, durante a realização do exame, até o pôr do sol quando, segundo sua fé, já estão autorizados a realizar afazeres comuns. Em situação emblemática o candidato obteve decisão liminar autorizando-o a realizar exame físico, em concurso público, em dia não consagrado por sua fé. Quando do julgamento do mérito, o Tribunal, após enfatizar a necessidade de tratamento igualitário, sem exceções com base na escusa de consciência, reconheceu que, naquele caso específico, a realização da prova em dia diverso não atrapalhou o cronograma geral do concurso e, assim, a procedência de seu pedido era necessária diante da “finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo”⁴⁶.

45 Nesse mesmo sentido, vide SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 145.

46 “MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRF DA 1ª REGIÃO. CANDIDATO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIMINAR DEFERIDA PARA REALIZAÇÃO DO TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. QUEBRA DA ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Do disposto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’, não decorre o direito de o candidato obter alteração da data ou horário de prova estabelecidos em calendário de concurso público. As atividades administrativas, desenvolvidas objetivando prover os cargos públicos, não podem estar condicionadas às crenças dos interessados, de modo a possibilitar-lhes realizar as etapas do processo de seleção segundo os preceitos da sua religião. Precedentes do STJ. 2. Hipótese em que o impetrante solicitou, com bastante antecedência, à Administração que possibilitasse a realização de sua prova de capacidade física, ao invés do sábado, no domingo seguinte, no mesmo horário e local estabelecido para os candidatos da cidade de Manaus. Diante do indeferimento administrativo, por força de liminar, realizou o teste, em igualdade de condições com os demais candidatos, em data, horário e local constantes do calendário do concurso, obtendo êxito. 3. Não havendo alteração no cronograma do concurso e nem prejuízo de espécie alguma à atividade administrativa, o deferimento do pedido atende à finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo. 4. Mandado de Segurança concedido” (TRF da 1ª Região, MS 2007.01.00.042619-8/DF, Relª Desª Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Corte Especial, e-DJF1, p. 45, de 23.10.09)

Na mesma linha de ideias, é interessante notar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerou válida lei local que “assegura ao aluno Adventista do Sétimo Dia o abono de faltas no período reservado ao descanso de sua fé religiosa, sem prejuízo de o estabelecimento de ensino cominar-lhe atividades alternativas que supram as faltas abonadas”⁴⁷. Em outras palavras, vê-se que o respeito à liberdade religiosa não é totalmente incompatível com o atendimento das obrigações legais impostas a candidatos e alunos⁴⁸.

Se analisadas essas questões à luz do teste proposto pelo “Religious Freedom Restoration Act”, poderíamos simplesmente dizer que a uniforme exigência de presença em dia consagrado intervém de forma onerosa na liberdade religiosa, mas essa regra não visa atingir um interesse governamental inafastável (“compelling governmental interest”). A seleção de novos servidores pode ser feita em momento subsequente sem grandes custos econômicos para o Estado, sem sacrifício do credo alheio e de forma a zelar pela finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo.

6 – DIREITO DO TRABALHO E RELIGIÃO

Tendo visto as possíveis relações entre religião e direito, cumpre aprofundar a análise ora empreendida na particular relação existente entre a liberdade religiosa e o Direito do Trabalho.

Uma extensa pesquisa na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”)⁴⁹ revela que o tema da religião aparece, na maioria dos casos, em referências indiretas, e não como o tema central da discussão. Percebe-se grande preocupação daquela Corte em vedar qualquer tipo de discriminação, na contratação ou demissão de empregados deficientes, portadores de doenças⁵⁰, de um

47 TJDF, Acórdão nº 302044, 2007011026404RMO, Relator Carlos Rodrigues, 1ª Turma Cível, julgado em 16.04.08, DJ 22.04.08 p. 107.

48 No mesmo sentido, vide SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

49 A pesquisa indicou que 174 acórdãos daquele tribunal fazem referência à expressão “religião” e inúmeros mencionam religiões específicas (“cristianismo”, “evangélico”, “adventista”, v.g.)

50 “RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. (...) 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei nº 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. 7. *De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas, apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto*

ou outro sexo, de raças específicas. Nesse contexto, o tema religioso aparece de forma subsidiária, pois muitas dessas decisões, além de vedarem o preconceito específico do qual tratam, também mencionam que são proibidos outros tipos de discriminação como a religiosa. Importa observar, no entanto, que a mensagem transmitida através dessa série de decisões é clara: é discriminatória e, portanto, violadora da liberdade religiosa a seleção de candidatos ou a resolução de contrato trabalhista que tenha por base as íntimas convicções do empregado⁵¹.

O problema ainda não enfrentado pela jurisprudência, mas ressaltado pela doutrina, diz respeito especificamente à contratação e demissão realizada por instituições de tendência, ou seja, empregadores que, dentro de seu ramo de atuação, expressam fundamentalmente certa fé, como sói acontecer com colégios cristãos, creches espíritas e assim por diante⁵². Estariam esses empregadores

das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. 8. A edição da Lei nº 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embasadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. 9. O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. 10. A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. 11. *In casu*, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor – esquizofrenia – e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa (TST, RR – 105500-32.2008.5.04.0101, Redatora Ministra: Rosa Maria Weber, j. 29.06.2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 05.08.2011).

51 Em sentido semelhante, mas sem abordar propriamente a consciência religiosa, vide o seguinte precedente do STF: “Nulidade de ato de despedida de empregados de sociedade de economia mista, por razões de ordem político-partidária. (...) Decisão incensurável, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da administração pública” (STF, RE 130.206, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17.09.91, Primeira Turma, DJ de 22.11.91)

52 O Tribunal Constitucional Espanhol limita o problema doravante analisado às instituições de ensino, sem estendê-lo a instituições de saúde mantidas por entidades religiosas, pois considera que, nesse caso, a atividade-fim é não religiosa. Empregado laico de um hospital religioso poderia manifestar-se contra-riamente aos preceitos de fé comuns no seu local de trabalho. Assim, nem todos os empregadores tem

obrigados a contratar empregados de qualquer religião? Manoel Jorge e Silva Neto, de forma contundente, sustenta que a prática discriminatória é vedada até mesmo nessa circunstância e que a instituição confessional pode contar com trabalhadores de diversas religiões. “E os trabalhadores, de sua parte, conquanto obrigados não estejam de professar a fé religiosa da instituição, têm o dever contratual de não reprovar os princípios esposados [pelo empregador]”⁵³. Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que os titulares de centros privados de ensino têm direito de estabelecer certo ideário e, embora os professores laicos não estejam obrigados a ceder sua liberdade de cátedra à propaganda religiosa, não podem dirigir ataques abertos ou velados à instituição da qual fazem parte, sob pena de estarem sujeitos a demissão⁵⁴.

Deixando de lado o problema da discriminação, a pesquisa ainda releva decisões que lidam com o tratamento jurídico que deve ser dado à prestação de serviços por clérigos e pastores em entidades religiosas. Discute-se se essa

a faculdade de adotar livremente uma tendência religiosa. Vide STC nº 106/96, bem como comentários em CARDO, Ivan Antonio Rodriguez. *La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español*. In: Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, n. 15, abr-jun, 2011, p. 24. A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região se deparou com situação interessantíssima em que o empregador, por meio de um de seus sócios, “introduziu no âmbito empresarial práticas religiosas com certo exagero, certamente pretendendo que seus empregados se convertam à religião por ele abraçada”. Os empregados ajuizaram reclamação pretendendo obter indenização por assédio moral. O Tribunal, então, negou a indenização por entender que “tal comportamento não era dirigido de modo específico à reclamante, com o intuito de humilhá-la, desmoralizá-la e inferiorizá-la”, “atingindo, de forma genérica, a todos os empregados”. (vide, Recurso Ordinário 0112700-56.2009.5.03.0013 RO, 5ª Turma, Relª Desª Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida, Public. 24.10.2011). Como se vê, o tema não foi abordado pela ótica da liberdade religiosa e suas limitações. Ocorre que, em processo análogo, movido contra a mesma empresa, a solução foi diversa, ressaltando o relator, Des. Jorge Berg de Mendonça que “a questão maior é o próprio desrespeito ao disposto no art. 5º, incisos VI e VIII, da CF 1988, na medida em que o representante ou sócio da reclamada, ao impor aos seus empregados a participação nos cultos que eram realizados diária ou semanalmente na empresa, ou, mesmo que não impusesse essa participação, fizesse do ambiente de trabalho um espaço de promoção de suas crenças religiosas, e, ao assim o fazer, mesmo que por forma indireta, constrangesse, de alguma forma, seus empregados, a comungar de suas mesmas crenças, violando a intimidade desses. Ao assim agir, ofendeu a dignidade de outrem. Veja-se que há relatos, confirmando o afirmado na inicial, de que o sócio da reclamada instituiu verdadeiro terror psicológico na empresa, aliando a questão do sucesso nas vendas com as crenças e práticas religiosas dos empregados, a possibilidade de ocorrência de acidentes ou infortúnios com seus empregados, por estarem ‘possuídos’, e uma serie de outras práticas que, sem sombra de dúvidas, podem ser vistas como assédio moral” (Recurso Ordinário nº 0111100-36.2009.5.03.0001 RO, 6ª Turma, Public. 27.09.2010). Ao analisar situação fática diversa, o mesmo Tribunal também apontou solução digna de nota: “a imposição de participar em cultos religiosos configura evidente ofensa à liberdade do empregado eleger sua própria fé” (Recurso Ordinário nº 0146200-29.2008.5.03.0020 RO, 7ª Turma, Relª Desª Alice Monteiro de Barros, Public. 20.09.2010. DEJT, p. 172). Esses precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reforçam a ideia de que nem toda organização empresarial pode adotar uma tendência religiosa e, ainda que o faça, não poderia impor práticas religiosas a seus empregados.

53 *Op. cit.*, p. 163.

54 STC nº 5/81, de 13 de fevereiro. Vide comentários em CARDO, *op. cit.*, p. 22-23.

relação pode ser tratada como emprego na acepção jurídica do termo. Vem prevalecendo o entendimento de que “o vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena. A subordinação existente é de índole eclesiástica, e não empregatícia, e a retribuição percebida diz respeito exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso”⁵⁵. Em outras palavras, prevalece a liberdade de organização religiosa e o Estado não intervêm na demissão ou seleção de clérigos. É verdade, no entanto, que pode haver abuso da instituição religiosa que, no uso da palavra de Deus, busca apenas auferir lucro. Nessas circunstâncias, o TST vem reconhecendo a existência de vínculo trabalhista entre religioso e a instituição a que está ligado⁵⁶.

Como contraponto a esse entendimento, vale destacar que recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos da América avaliou a juridicidade da reclamação apresentada contra entidade religiosa, Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church, por demissão de Cheryl Perich, uma religiosa que exercia funções de professora na instituição, após ter ela apresentado um distúrbio físico (narcolepsia). Uma agência estatal americana havia processado a entidade religiosa por demissão discriminatória, mas a Suprema Corte afirmou que o processo não poderia ser conhecido, porque não caberia ao governo contradizer uma determinação religiosa sobre quem pode, ou não, ser ministro religioso. Considerou-se que a Sra. Perich, apesar de exercer funções também laicas, detinha uma função religiosa clara e, dessa forma, sua demissão era decisão

55 TST, AIRR – 74040-42.2005.5.05.0024, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 27.08.08, 7ª Turma, Public. em 05.09.08.

56 “TRABALHO RELIGIOSO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA IGREJA. RELAÇÃO DE EMPREGO CARACTERIZADA. AFASTAMENTO DA CONDIÇÃO DE PASTOR. SUBORDINAÇÃO, EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE METAS E SALÁRIO. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO. ART. 131 DO CPC. REEXAME DE FATOS E PROVAS VEDADO PELA SÚMULA Nº 126 DO TST. 1. A Lei nº 9.608/98 contemplou o denominado – trabalho voluntário –, entre os quais pode ser enquadrado o trabalho religioso, que é prestado sem a busca de remuneração, em função de uma dedicação abnegada em prol de uma comunidade, que muitas vezes nem sequer teria condições de retribuir economicamente esse serviço, precisamente pelas finalidades não lucrativas que possui. 2. No entanto, na hipótese, o Regional, após a análise dos depoimentos pessoais, do preposto e das testemunhas obreiras e patronais, manteve o reconhecimento de vínculo empregatício entre o Autor e a Igreja Universal do Reino de Deus, pois concluiu que o Obreiro não era simplesmente um pastor, encarregado de pregar, mas um prestador de serviços à igreja, com subordinação e metas de arrecadação de donativos a serem cumpridas, mediante pagamento de salário. 3. Assim, verifica-se que a Corte – *a quo* – apreciou livremente a prova inserta nos autos, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e indicou os motivos que lhe formaram o convencimento, na forma preconizada no art. 131 do CPC. 4. Nesses termos, tendo a decisão regional sido proferida em harmonia com as provas produzidas, tanto pelo Autor, quanto pela Reclamada, decidir em sentido contrário implicaria o reexame dos fatos e provas, providência que, no entanto, é inadmissível nesta Instância Extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR – 19800-83.2008.5.01.0065, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 08.02.2012, 7ª Turma, Public. em 10.02.2012).

eclesiástica imune à intervenção estatal. Não caberia discutir sua reintegração, indenizações passadas, lucros cessantes ou danos morais⁵⁷.

Conquanto a jurisprudência também não desça a esse detalhe, a doutrina aponta a interessante questão do proselitismo religioso. O proselitismo significa pregar, isto é, discursar com o intuito de converter o ouvinte a fé do narrador. Mas a questão também envolve, em um grau mais profundo de discussão, condutas meramente simbólicas, como a utilização de vestimentas ou adereços de cunho religioso. Questiona-se, nesse sentido, se é possível ao empregado exercer o proselitismo em seu ambiente de trabalho no curso de sua jornada.

Há quem advogue que o proselitismo se encontra acobertado pela liberdade de expressão⁵⁸, mas não deixa de ter razão a doutrina que refuta essa possibilidade ao ver no proselitismo verbal uma fonte de conflitos interpessoais e de perturbação da paz⁵⁹. Deve-se estar atento para a circunstância de que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, além de assegurar o pluralismo de ideias no ensino e de regular o ensino religioso, veda quaisquer formas de proselitismo (art. 33). Assim, salvo um juízo de inconstitucionalidade dessa norma por violação à liberdade de expressão, é certo que professores empregados não podem pregar sua fé em sala de aula e, nessa linha de ideias, há motivo suficiente para estender esse mesmo entendimento a todas as outras formas de emprego.

7 – ESCUSA DE CONSCIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Interessa-nos, no entanto, discutir mais de perto o tema da escusa de consciência nas relações de trabalho. A escusa de consciência manifesta-se internamente em uma relação de trabalho quando o poder de direção do empregador impõe ao empregado a realização de tarefas que, segundo sua crença, são consideradas imorais.

Apenas para fins de contextualização, podem ser mencionados os exemplos relativos ao trabalho em dias consagrados, à celebração de casamentos homoafetivos, à realização de aborto, entre outros. As hipóteses concretas desse tipo de conflito são mais amiúde exploradas pela doutrina estrangeira, mas, aos poucos, passam a povoar nossas Cortes e fóruns.

57 565 U.S. January, 2012. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*

58 SANTOS Jr., Aloísio Cristovam dos. “Direitos Fundamentais, proselitismo religioso e contrato de emprego”. In: *Revista da Ajuris*, v. 37, n. 119, setembro de 2010, p. 11-38.

59 SILVA NETO, *op. cit.*, p. 158.

Em um esforço de direito comparado, vale ser mencionado um caso submetido à apreciação da Corte de Apelação em Londres, envolvendo a aplicação de escusa de consciência na prestação de serviços a casais homoafetivos. A Sra. Lillian Ladele, cristã, fora demitida após 15 anos de trabalho do emprego que detinha junto à prefeitura do Bairro de Islington, em Londres, porque se recusou, em afronta às regras de seu empregador, a realizar cerimônias civis para o casamento de casais homoafetivos. Sua função era equivalente a de uma tabeliã de registro civil, o que no Brasil seria tratado sobre a ótica do Direito Administrativo, mas as semelhanças são suficientes para justificar a comparação. A peculiaridade do caso é que a legislação daquele país só passou a permitir a união de pessoas do mesmo sexo após a contratação da Sra. Ladele. Ficou demonstrado que ela não se opunha a prestação de outros serviços a homossexuais, mas apenas que concebia a união civil como uma forma de casamento e daí sua dificuldade nesse particular. Outras duas pessoas haviam se oposto de forma similar, mas uma, muçulmana, demitiu-se e outra aceitou outras tarefas pelo mesmo salário. A Sra. Ladele foi avisada de que sua conduta poderia ser considerada negligência grave e, diante disso, ela expôs em carta seu dilema, a escolha entre a obediência a seus preceitos religiosos ou a seus deveres laborais, solicitando uma acomodação de suas tarefas. Também ressaltou que, sendo negra, pertencia a grupo minoritário. Ao rodízio de funções se opuseram outros registrários homossexuais e, ao final, ela foi demitida. Proposta a ação perante o Poder Judiciário com base em discriminação religiosa, seu pedido foi julgado procedente pelo Tribunal Trabalhista, mas improcedente pela Corte de Apelações Trabalhistas e finalmente pela Corte de Apelação. Esta última instância concluiu que ela não estava sendo tratada de forma diversa por conta de sua convicção, mas que apenas o empregador se recusou a acomodar sua diferença, não havendo, assim, discriminação. Considerou-se, além disso, que o objetivo do empregador não era meramente celebrar uniões civis, mas difundir uma cultura não discriminatória entre seus empregados, de modo que um meio razoável para o alcance desse fim é determinar a todos eles que celebrem a união entre pessoas do mesmo sexo. Afirmou-se que a objeção da Sra. Ladele não era central em vista de seus preceitos religiosos e que nada a impedia de realizar cultos da forma que melhor lhe aprouvesse. Em suma, a conduta da Sra. Ladele foi considerada discriminatória contra “gays”⁶⁰.

60 Conforme PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace* (August 3, 2011). University of New South Wales Law Journal, vol. 34, nº 1, p. 281-299, 2011; Sydney Law School Research Paper nº 11/44. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1904135>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

Com solução diversa, é comum observar leis de países que autorizam aborto, como a Espanha⁶¹ e a Austrália⁶² e, ao mesmo tempo, aceitam a escusa de consciência manifestada por médicos religiosos, acomodando estes profissionais em tarefas não contraditórias com sua fé.

Independentemente da forma em que tais conflitos vêm sendo solucionados no direito comparado, a abordagem do tema, para fins de direito pátrio, deve ser precedida por ponderações sobre os efeitos que um direito fundamental pode apresentar no campo dos contratos.

A inter-relação entre direitos fundamentais (e.g., a liberdade religiosa) e os contratos insere-se em um contexto maior, que vem sendo chamado “constitucionalização” dos ramos tradicionais do direito, como o laboral e privatista. Por constitucionalização a doutrina designa o fenômeno segundo o qual, cada vez mais, as relações jurídicas são vistas sob o prisma dos valores plasmados na Constituição Federal, notadamente da dignidade humana⁶³. Diz-se que a Constituição e suas normas irradiam efeitos pelos quatro cantos do ordenamento jurídico em busca da maior efetividade possível.

O principal aspecto desta discussão é a eficácia dos direitos fundamentais para além da esfera estatal de forma a permear internamente as relações jurídicas existentes entre particulares. A partir da experiência germânica tem-se generalizado entre nós, nas últimas décadas, a aceitação da ideia de que os direitos fundamentais detêm eficácia no âmbito dos contratos, no que a doutrina designa por “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (“*drittwirkung*”)⁶⁴.

Essa visão constitucionalista sobre o problema contratual (notadamente no campo do direito privado) inova menos do que ordinariamente se imagina⁶⁵.

61 Tribunal Constitucional Espanhol, STC nº 53/85, de 11 de abril.

62 *Idem*, p. 299.

63 Confira-se, nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil*. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

64 Uma correta compreensão desse tema não é possível sem uma análise da obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006. Vide, ainda, SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

65 Pensamos, no entanto, que o tema não é novo. John Stuart Mill afirmava, no séc. XIX, que o estudo da liberdade sempre esteve envolto na luta contra a tirania. “Com liberdade se queria dizer proteção contra a tirania dos governantes políticos” (Da Liberdade. *Apud* MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 382). A liberdade, na visão de Mill, passou a ser assegurada de duas formas: (i) com o reconhecimento de certas imunidades, chamadas ‘liberdades políticas’, que, se violadas pelo governante, poderiam legitimamente ensejar a rebelião geral; (ii) passou-se exigir consentimento da comunidade ou de seus representantes para a prática de certos atos do poder governante. Ao longo do tempo, ficou claro que os governantes não deveriam ser

À dignidade humana corresponde um direito geral de personalidade. O rol de direitos humanos encontra correspondência, na esfera particular, no direito de personalidade. E, como ressaltava o insuperável Orlando Gomes, “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”⁶⁶. Os constitucionalistas preocupam-se em justificar a eficácia privada dos direitos fundamentais quando bastaria vê-los como efetivamente são: faculdades humanas essenciais à existência. Antes de consentir, através de um hipotético contrato social, com a formação do Estado, somos todos senhores de nós mesmos e só cabe ao indivíduo decidir a respeito de sua própria existência. Diversas liberdades públicas há tempos são concebidas como faculdades inerentes ao ser humano, oponíveis contra todos, contra o Estado e outros particulares. A própria salvaguarda da liberdade religiosa revela que, antes do constitucionalismo moderno, as minorias buscavam resguardar seu campo de atuação contra a opressão majoritária. Apenas um apego excessivo ao positivismo jurídico justificava a visão do elenco de direitos fundamentais como faculdades cuja existência dependia de previsão expressa e cuja oponibilidade voltava-se apenas contra um ou alguns entes.

De qualquer forma, no que é relevante para o presente estudo, é correto afirmar que, a partir do papel central que a dignidade humana e os direitos de personalidade (ou fundamentais, como se queira) passaram a assumir no campo das relações privadas, algumas praxes passaram a ser repensadas e certos conflitos ganharam um novo colorido. Isso porque o efeito primeiro dessa linha de pensamento, que preconiza a eficácia dos direitos humanos sobre a esfera particular, é autorizar a revisão de pactos contratuais, com nulidade de cláusulas e vedação de práticas lesivas, dando azo à intervenção judicial no contrato.

Repensar institutos seculares sobre nova ótica sempre traz resultados positivos, mas há que se ponderar se daí também não podem advir exageros. A festejada constitucionalização não pode ser vista como um instrumento de homogeneização dos diversos ramos do direito, de mitigação do papel do legislador

limitados; ao contrário, eles deveriam espelhar a vontade da nação e aí a nação não precisaria ser protegida contra sua própria vontade. Com a vitória da democracia na maior parte das nações, percebeu-se que a vontade não era da nação, mas da maior parte do povo. “Por conseguinte, o povo pode desejar oprimir uma parte de sua multidão” (idem, p. 383). “Portanto, a limitação do poder do governo não perde nada de sua importância quando os donos do poder devem prestar contas regularmente para a comunidade, isto é, para o grupo mais forte nela (...)” (idem). Daí a razão pela qual aquele autor fala abertamente em “tirania da maioria”, que não se exerce apenas por meios formais, mas também por outros meios informais, no seio da própria sociedade. Nesse ponto, fica clara que a limitação deve ser exercida contra o Estado e contra esse poder extraestatal, ou seja, contra outros particulares.

66 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135.

ordinário e de desconstrução da norma-regra em favor de uma vaga e incerta principiologia⁶⁷. A Constituição Federal é apenas o topo do ordenamento, mas não o substitui por completo. Ainda há diferenças essenciais entre o direito privado e o público. Isso porque todo o direito privado assenta-se sobre o primado da liberdade e, ainda que a dignidade humana possa ter um caráter multifacetado, servindo a diversas linhas de argumentação, é certo que, por serem dignas, as pessoas não podem ser tratadas como objetos tampouco estar sujeitas ao arbítrio legal ou judicial. A primeira e principal eficácia do princípio da dignidade é, portanto, resguardar-nos a todos de intervenções indevidas de terceiros e dos entes estatais. A dignidade humana reforça, e pouco contrasta, a autonomia. O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares é um belo exemplo de como a dignidade humana pode assegurar e ampliar a liberdade particular. O Supremo Tribunal Federal, ao entender que a união entre pessoas do mesmo sexo detém dignidade, impôs ao sistema jurídico o dever de tratá-la como entidade familiar e, dessa feita, vedou qualquer tratamento discriminatório por parte do Legislador, do Executivo e do Judiciário. Em outras palavras, resguardou-se, em nome da dignidade, a liberdade na constituição de famílias.

Sem negar a eficácia da liberdade religiosa no campo das relações privadas, é preciso deixar claro que ainda há campo para o exercício da autonomia privada e, nesse sentido, uma manifestação de vontade deve, em princípio, vincular as partes contratantes.

Por isso, não há espaço para escusas de consciência quando, no ato de contratar, o empregado tinha conhecimento de exigências profissionais que lhe impingiriam dilemas morais. O empregado contratado para trabalhar aos finais de semana, ciente desta particular exigência, não pode negar-se a cumprir diretivas do empregador e tampouco solicitar-lhe prestação alternativa⁶⁸.

67 Luis Roberto Barroso, um dos principais arautos da constitucionalização, frisa que esse é um movimento positivo porque proporciona maior potencial de realização dos direitos fundamentais, mas não deixa de frisar os riscos de uma “constitucionalização excessiva”, a saber: (i) esvaziamento do poder das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária; (ii) “decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais”. Daí entender que, “em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções referidas acima, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral: (i) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente; (ii) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria” (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 392-393).

68 Em sentido análogo, vinculando o religioso a suas escolhas prévias, confira-se interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que negou abono de faltas a aluno que, podendo matricular-se em curso diurno, opta pelo noturno e, assim, coloca-se em situação de dificuldade

Diversa é, no entanto, a situação do empregado que, ao longo de sua carreira, adquire novas funções, como no caso inglês da Sra. Ladele, ou que se torna devoto à determinada fé. Sobre essa última circunstância, qual seja, a conversão a uma determinada fé durante o trabalho, há interessante exemplo em nossa jurisprudência, ainda que enfrente timidamente a questão religiosa. Chegou ao conhecimento do TST, no Recurso de Revista nº 1885300-38.2008.5.09.0028, Relator Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, Jul. em 30.06.2010, 8ª Turma, Public. 30.07.2010, litígio em que o empregador insurgia-se contra a reversão de demissão por justa causa em dispensa imotivada. A reclamante havia sido admitida para trabalhar aos sábados inclusive, mas posteriormente aderiu à fé da Igreja Batista, que guarda como santo aquele dia da semana⁶⁹. A partir de então, o empregador avisou-a de que folgas aos sábados seriam concedidas na medida do possível. Após diversas ausências e notificações, foi ela demitida por justa causa. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão mantido pelo TST, considerou que a reclamante não incorreu em desídia ou negligenciou obrigações contratuais ao faltar injustificadamente ao serviço em dias de sábado, pois sua escala de serviço “foi alterada sempre que possível”

para a frequência em dias de guarda. Confira-se: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ENSINO. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE CRENÇA (ART. 5º, VIII, DA CF/88). ADVENTISTA DO 7º DIA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE FALTAS. NORMA GERAL APLICÁVEL A TODO O CORPO DISCENTE. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO ENTRE O CURSO DIURNO OU NOTURNO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECURSO DE TEMPO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. MODIFICAÇÃO DESACONSELHÁVEL. 1. A jurisprudência desta Corte adota entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF da 1ª Região, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09.09.02, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28.09.01.) 2. A imposição de frequência mínima às aulas por parte da impetrada, sob pena de reprovação, é uma norma geral, aplicável a todos os alunos que compõem seu corpo discente, independentemente da religião que professam, não se caracterizando como violação a direito líquido e certo do impetrante. Dessa forma, não há ofensa à liberdade de crença. 3. Visando a seguir os postulados de sua religião e ciente das proibições que ela lhe traz, o impetrante poderia ter optado pela inscrição em curso diurno ou requerido a alteração da matrícula para esse período, razão por que não se pode creditar à faculdade o impedimento de frequência às aulas de sextas-feiras e sábados. 4. Não havendo nenhum prejuízo a terceiros ou ofensa ao interesse público, com o cancelamento das faltas atribuídas nas sextas-feiras e sábados e a oferta de tarefas escolares alternativas, é desaconselhável a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 6 (seis) anos, por força de decisão judicial, em virtude da possibilidade de serem causados danos irreparáveis ao estudante. (Cf. STJ, ERESP 143.991/RN, Primeira Seção, Min. Eliana Calmon, DJ 05.08.02; REsp 201.453/RN, Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ 17.06.02, e RESP 388.879/DF, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ 15.04.02.) 5. Apelação parcialmente provida, resguardados os fatos consolidados já ocorridos. Remessa oficial prejudicada” (TRF da 1ª Região, 1ª Turma Suplementar, AMS 1997.01.00.006643-4/RO, Relator Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ p. 96 de 20.03.03, julgado em 25.02.03).

69 Para interessante abordagem sobre o descanso semanal remunerado e seu aspecto religioso, vide SO-RIANO, *op. cit.*, p. 130 e ss.

existindo aí “evidente compromisso do empregador em ajustar a escala da Autora sempre dentro das possibilidades”. Daí ter sido considerada desproporcional a dispensa por justa causa.

Naturalmente este precedente não responde a questão central do problema, isto é, saber se o empregador está obrigado a ajustar o contrato simplesmente pelo fato de o empregado, posteriormente à contratação, ter aderido de forma sincera a uma fé específica. Alguns precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região afastam essa possibilidade. Confira-se a título exemplificativo a seguinte decisão:

“JUSTA CAUSA. FALTAS AO TRABALHO AOS SÁBADOS. LIBERDADE RELIGIOSA. Tendo a empregada laborado habitualmente aos sábados, antes da conversão para atual religião, somente por acordo bilateral se admitiria alteração do clausulado para liberá-la do trabalho nesses dias. As obrigações decorrentes do contrato de trabalho emergem de livre pactuação das partes, de modo que, não havendo mais o interesse da empregada em manter a prestação de serviços naqueles moldes, lhe é facultado, a qualquer momento, rescindir o contrato. A manutenção por parte da reclamada do trabalho aos sábados não importa em violação à liberdade de crença religiosa, por não se configurar em medida privativa de direito. A garantia fundamental à liberdade de crença presta-se a eximir o cidadão de obrigações legais contrárias às suas convicções religiosas, mas não para exonerá-lo do cumprimento de obrigações por ele mesmo contraídas. A recusa da empregada em trabalhar aos sábados, ocasionando faltas reiteradas, enseja a aplicação de justa causa, nos termos do art. 482, *h*, da CLT. Recurso da autora a que se nega provimento.” (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário, Origem: 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul/SP, Rel. Juiz Rilma Aparecida Hemérito, 10ª Turma, public. 27.10.09)

Na Espanha, o Tribunal Constitucional negou a escusa de consciência para justificar descanso em dias diversos do domingo. O empregador não estaria obrigado a realizar, contra sua vontade, adaptações organizativas para garantir o respeito às convicções do trabalhador. Nenhum trabalhador poderia forçar o empregador a alterar o que fora pactuado. O descanso aos domingos teria superado sua origem confessional e se converteu em tradição, vinculando-se ao acervo cultural. A escolha deste dia não seria, outrossim, uma imposição jurídica, mas a regra geral ordinariamente negociada entre as partes⁷⁰.

70 STC nº 19/85, de 13 de fevereiro. Vide abordagem detalhada em CARDO, *op. cit.*, p. 33.

Em que pese a relevância dos precedentes mencionados, essa não nos parece ser, com as mais respeitadas vênias, a melhor solução. Sem dúvida, o empregado, no exercício de sua liberdade religiosa, pode aderir a um novo credo e, a partir de então, apresentam-se-lhe conflitos de ordem ético-jurídica a justificar uma adequação. A celebração de um contrato de trabalho não supõe, naturalmente, que o empregado seja privado de suas liberdades fundamentais⁷¹. Além disso, os contratos de empregos têm, em regra, longa duração, o que exige das partes maior empenho colaborativo, tal como preconiza a boa-fé objetiva. A admissão da objeção de consciência nas relações laborais representa respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. Negar essa faculdade é dificultar o acesso de grupos sociais específicos ao mercado de trabalho⁷², estimulando a disseminação de uma monocultura laica em detrimento de um pluralismo religioso⁷³. Por isso, é razoável que os empregados sejam tratados, em situações análogas, de forma desigual na medida de suas diferenças religiosas.

É verdade que a solução afirmativa para a escusa de consciência, na situação ora sob análise, pressupõe a possibilidade fática de acomodação pelo empregador de sua equipe de trabalho. Ocorre que a substituição dos dias de descanso nem sempre será possível em razão da função exercida na empresa ou da ausência de empregados substitutos. Não se pode impor a colaboração em boa-fé a custos excessivos para o empregador.

8 – CONCLUSÃO

Essas parecem ser as principais controvérsias a respeito da tensão existente entre direito e religião, Estado laico e sociedade plural, obrigatoriedade da lei e escusa de consciência, entre força vinculante do contrato do trabalho e liberdade religiosa. O panorama ora empreendido procurou demonstrar, quase no sentido aristotélico de Justiça, que essas contendas não clamam por soluções extremas, radicais ou isolacionistas. Ao contrário, a harmonização de interesses e colaboração parece estar mais em linha com a inclusão necessária ao processo democrático e com a estabilidade social de longo prazo. As ideias aqui lançadas não esgotam o tema, e nem poderiam, dada a exiguidade de espaço própria de um artigo acadêmico, mas têm a pretensão de colaborar para o debate que, certamente, ainda muito evoluirá entre nós.

71 Na mesma linha, vide CARDO, *op. cit.*, p. 18.

72 Nesse sentido, vide SORIANO, *op. cit.*, p. 143.

73 Em sentido análogo, vide PARKINSON, *op. cit.*, p. 298.

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, Farrah. *Personal Autonomy and the Option of Religious Law* (September 12, 2009). International Journal of Law, Policy and the Family, 2010; Oxford Student Legal Studies Paper n. 12/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1504788>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 392-393.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006.

CARDO, Ivan Antonio Rodriguez. “La incidência de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español”. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 5, n. 15, abr-jun, 2011, p. 17-39.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

CUNHA, Bruno Santos. “Estado e Religião: implicações da laicidade do Estado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. In: *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 11, n. 93, fev./maio 2009, p. 1-29. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-11-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-26.3557485283>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura – Um conceito Antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTR, 1996.

PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace* (August 3, 2011). University of New South Wales Law Journal, vol. 34, n. 1, p. 281-299, 2011; Sydney Law School Research Paper n. 11/44. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1904135>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

SANTOS Jr., Aloísio Cristovam dos. “Direitos Fundamentais, proselitismo religioso e contrato de emprego”. In: *Revista da Ajuris*, v. 37, n. 119, setembro de 2010, p. 11-38.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DOUTRINA

SMITH, Steven Douglas. *The Paralyzing Paradox of Religious Neutrality* (August 17, 2011). San Diego Legal Studies Paper n. 11-060. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911399>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TAVARES, André Ramos. “Religião e neutralidade do Estado”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28957>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y 'la política del reconocimiento'*. Comentários de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer e Suzan Wolf. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil*. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

WITTE, John and NICHOLS, Joel A. *Faith-Based Family Laws in Western Democracies?* (2010). IN *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*, p. 119-132, 2010; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 11-09; Emory Public Law Research Paper n. 11-160. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1805304>>. Acesso em: 5 mar. 2012.