



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JAMILLE DE SEIXAS SOUZA

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE
EMPREGO E A TEORIA DO DEVER
DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL**

Salvador
2017

JAMILLE DE SEIXAS SOUZA

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE
EMPREGO E A TEORIA DO DEVER
DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto

Salvador
2017

JAMILLE DE SEIXAS SOUZA

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE
EMPREGO E A TEORIA DO DEVER
DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Manoel Jorge e Silva Neto – Orientador

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Professor Saulo José Casali Bahia

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Professor Alexandre de Souza Agra Belmonte

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho
Instituto de Educação Superior de Brasília

Salvador, Bahia ____/____/ 2017.

AGRADECIMENTOS

Chegado o fim, o mínimo que faço é agradecer. Agradecer pela oportunidade de crescimento científico, agradecer por ter me superado a cada desafio desse mestrado, agradecer por ter evoluído enquanto humana que sou e por ter constatado, mais uma vez, que nada glorioso independe de renúncias e por isso a luta deve ser contínua.

Especificamente agradeço a Deus, esse Ser de proteção e amor e vanguardista da liberdade, porque Dele vem o livre-arbítrio, maior bem humano. Agradeço também a Deus pela mãe que me deu nessa vida encarnada, sem ela jamais eu teria conseguido, sem ela não penso em poder mais nada. Ao meu filho, que por tantas vezes deixei com sua melhor mãe, não só agradeço como reverencio por não ter me permitido desistir, vez que maior que a dor de renunciar a sua presença, seria a dor de decepcioná-lo. Agradeço à minha irmã, por seu apoio incondicional, minha alegria diária, e a André, por aceitar minha ausência ciente da comunhão dos frutos. Ao meu pai e minha avó. Sempre por vocês e para vocês.

Institucionalmente, agradeço poder carregar a responsabilidade que o nome UFBA traz, e agradeço ao Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto pela honra de orientar-me com seu oceano de saber constitucional e pela confiança depositada ao convidar minha banca avaliadora, e ao Professor Doutor Saulo Casali pela transformação operada na minha forma de ver o Direito. Agradeço aos queridos Professores Ana Paola Machado Diniz e José Cairo Junior por acreditarem em mim quando nem eu acreditei. Ao professor Aloisio Cristovam dos Santos Junior agradeço pela lição de generosidade que me deixou.

Também agradeço às Dras. Sofia Vilela e Edelamare Melo, procuradoras do Ministério Público do Trabalho, pela atenção que me dispensaram. E aos colaboradores Rita Moreira e João Paulo Hartmann por me emprestarem suas histórias de vida que tanto enriqueceram o trabalho.

Agradeço ao Grupo Chaves pela compreensão das ausências, aos estagiários pelas discussões quanto ao tema, aos meus amigos por saberem sofrer sentindo minha falta ao deixarem de me telefonar ou convidar para qualquer evento, e a toda minha família que tanto admiro.

Agradeço aos meus alunos e aos colegas que conheci no mestrado, que sempre me trataram com atenção, em especial e com muito carinho a Gabriela Costa e Silva, menina prodígio que tantas lições de responsabilidade e respeito me

deixou, meu esteio nessa árdua jornada, assim como Diogo Barbosa, mais um anjo de luz caído na terra. Agradecer, porque sozinha eu não seria capaz.

Espero poder retribuir socialmente o que o mestrado me ensinou na perspectiva de que a construção de uma sociedade melhor perpassa o respeito e também o conhecimento.

povo ao poder

Quando nas praças s'eleva
Do povo a sublime voz...
Um raio ilumina a treva
O Cristo assombra o algoz...
Que o gigante da calçada
Com pé sobre a barricada
Desgrenhado, enorme, e nu,
Em Roma é Catão ou Mário,
É Jesus sobre o Calvário,
É Garibaldi ou Kossuth.
A praça! A praça é do povo
Como o céu é do condor
É o antro onde a liberdade
Cria águias em seu calor.
Senhor!... pois quereis a praça?
Desgraçada a população
Só tem a rua de seu...
Ninguém vos rouba os castelos
Tendes palácios tão belos...
Deixai a terra ao Anteu.
Na tortura, na fogueira...
Nas tocas da inquisição
Chiava o ferro na carne
Porém gritava a aflição.
Pois bem... nest'hora poluta
Nós bebemos a cicuta
Sufocados no estertor;
Deixai-nos soltar um grito
Que topando no infinito
Talvez desperte o Senhor.

Castro Alves

RESUMO

A presente dissertação foi desenvolvida no intuito de demonstrar que a teoria estadunidense do dever da acomodação razoável, o *duty of reasonable accommodation*, pode ser recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de efetividade do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, principalmente quando revestida pela liberdade religiosa a ser exercida na relação de emprego. Sendo a religião uma convicção subconsciente de quem a possui, impossível que dela o homem se dissocie no ambiente de emprego, pelo que deve ser respeitada e tolerada, mas desde que seu exercício não implique prejuízos excessivos e desarmonia ambiental. Nesse esboço, dita teoria mostra-se como a melhor técnica de sopesamento entre os direitos fundamentais à livre iniciativa e à propriedade privada em circunstância conflituosa com o exercício da liberdade religiosa, servindo de parâmetro às alterações contratuais do vínculo empregatício, moldadas pela legislação trabalhista. Assim, práticas de cunho religioso como proselitismo, escusa de consciência e mudança de credo devem ser acomodadas, porém, em consonância com os limites nucleares dos direitos fundamentais em voga. A pretensão especial dessa pesquisa é demonstrar que o dever da acomodação razoável é a instrumentalização mais equilibrada da aplicabilidade dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, devendo por isso ser difundida no Brasil por representar também, mesmo que indiretamente, a redução das práticas intolerantes e discriminatórias.

Palavras-chave: Dever da Acomodação Razoável; Liberdade Religiosa; Relação de Emprego; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present dissertation was developed in order to demonstrate that the American theory of the duty of reasonable accommodation, the duty of reasonable accommodation, can be accepted in the Brazilian legal system as an instrument of effectiveness of the fundamental right to freedom of conscience and belief, especially when coated religious freedom to be exercised in the employment relationship. Since religion is a subconscious conviction of who possesses it, it is impossible for man to dissociate himself from the environment of employment, so he must be respected and tolerated, but provided that his exercise does not entail excessive harm and environmental disharmony. In this context, this theory is shown as the best technique for balancing the fundamental rights to free initiative and private property in a situation that conflicts with the exercise of religious freedom, serving as a parameter to the contractual changes in the employment relationship, shaped by labor legislation. Thus, religious practices such as proselytism, conscientious objection and change of creed should be accommodated, however, in line with the core limits of fundamental rights in vogue. The special claim of this research is to demonstrate that the duty of reasonable accommodation is the most balanced instrumentalization of the applicability of fundamental rights over private relations, and should therefore be diffused in Brazil because it also represents, even indirectly, the reduction of intolerant and discriminatory practices .

Keywords: *Duty of reasonable accommodation*; Religious freedom; Employment Relations; Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADA	<i>Americans with Disabilities Act</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDPD	Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiências
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CLT	Convenção das Leis do Trabalho
CNBB	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
EEOC	<i>Equal Employment Opportunity Commission</i>
ESMPU	Escola Superior do Ministério Público da União
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPU	Ministério Público da União
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFBA	Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	HOMEM E RELIGIÃO: INTERSEÇÃO SUBJETIVA INEVITÁVEL	16
1.1	A CONVIVÊNCIA SOCIAL ENTRE O HOMEM E A RELIGIÃO	16
1.2	EXISTE CONCEITO JURÍDICO DE RELIGIÃO?	20
1.3	SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO E O DESPONTAR DA LIBERDADE RELIGIOSA	23
1.3.1	O Estado laico e o Estado Democrático de Direito	27
1.3.2	Exercício da religião como direito transindividual	32
1.4	O QUE É LIBERDADE RELIGIOSA?	36
1.4.1	O direito fundamental à liberdade religiosa	39
1.4.2	Liberdade religiosa como desdobramento de outras liberdades	42
1.5	A PROTEÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E BRASILEIRO	45
2	O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO	48
2.1	ASPECTOS GERAIS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	49
2.1.1	Conceitos e elementos jurídicos da relação de emprego	49
2.1.2	Princípios e regras	50
2.1.2.1	<i>Princípios gerais do Direito</i>	53
2.1.2.2	<i>Princípios específicos que norteiam a relação de emprego</i>	57
2.1.3	Direitos fundamentais do empregado	59
2.1.4	Poder diretivo do empregador	60
2.2	COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE RELIGIOSA E DE PROTEÇÃO AO EMPREGO	62
2.2.1	Ponderação e Harmonização entre direitos fundamentais	63
2.2.2	Princípio da máxima efetividade	64
2.2.3	Dever da acomodação razoável	66
2.2.3.1	<i>Aspectos gerais da teoria do dever da acomodação razoável</i>	66
2.2.3.2	<i>Origem da teoria</i>	67
2.2.3.3	<i>Conceito</i>	69
2.2.3.4	<i>Contexto jurídico brasileiro para acolhimento da teoria da acomodação</i>	70

	<i>razoável</i>	
2.2.3.5	<i>Distinção entre teoria da acomodação razoável e técnica de ponderação de princípios</i>	72
2.3	TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PRIVADA (PAN-CONSTITUCIONALIZAÇÃO)	75
2.4	LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO	79
3	A LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A TEORIA DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL	86
3.1	PRÁTICAS DO EMPREGADO E DO EMPREGADOR QUE CARACTERIZAM O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	86
3.1.1	Proselitismo religioso	86
3.1.2	Escusa de consciência por motivo religioso	90
3.1.3	Organização de tendência e Organização confessional	97
3.2	A ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO (ARTIGO 468 DA CLT) E A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL	104
3.2.1	Princípio da reversibilidade da opção	109
3.2.2	Análise de casos concretos e o dever de acomodação razoável	117
3.2.3	O panorama judicial brasileiro de proteção à liberdade religiosa nas relações de emprego	124
3.2.4	Questões sociais que preterem o direito à liberdade religiosa à possibilidade de alteração contratual	126
4	CONCLUSÃO	128
	REFERÊNCIAS	132
	ANEXOS	143

INTRODUÇÃO

Uma vez assegurada pela Lei Maior — a liberdade de consciência e de crença e a escusa de consciência por motivo religioso, normas que constituem direitos fundamentais, conforme previsões expressas nos termos do seu artigo 5º, VI e VIII, a liberdade religiosa deveria estar revestida de efetividade e ser aplicada por meio de interpretações não restritivas da norma, seja com o desiderato de estímulo a salvaguarda concreta da liberdade do indivíduo, seja como impedimento de atos discriminatórios e intolerantes.

É notório que, dentre as relações civis que contribuem para o impedimento do livre exercício do direito de religião e crença, encontra-se a relação de emprego, na qual, muitas vezes, a inferioridade hierárquica e a dependência financeira do empregado em relação ao empregador obrigam àquele a se eximir de exercer sua religiosidade, gerando transtorno psíquico e moral, de modo que implícita ou explicitamente, a religião do seu empregador acaba interferindo e se sobrepondo à sua própria religião quando estas são diferentes.

Diante de casos assim, em que a relação de emprego é diretamente afetada pelo exercício do direito de religião, surgem vários efeitos de ordem subjetiva e objetiva que merecem análise mais cuidadosa daquele que vai lhe aplicar a regulamentação jurídica, que vai muito além da técnica da ponderação.

Apesar de ainda ser relegada pouca atenção ao debate que envolve o exercício da liberdade religiosa e sua afetação na relação de emprego, percebe-se que são diuturnas as circunstâncias que colocam esses direitos em cheque, sendo preocupante ao presente trabalho, justamente, apontar o meio de como assegurar que essa colisão de direitos encontre um equilíbrio sem que isso cause efeitos apenas negativos e prejudiciais a uma das partes.

Ou seja, podem empregado e empregador exercerem suas religiões na relação de emprego e essa convivência pacífica pode gerar necessidade de mudanças nos termos contratuais do vínculo empregatício, as quais devem ser acomodadas.

Entretanto, não são apenas sob o enfoque das normas de cunho privado, representadas, por exemplo, pelas leis e princípios do direito do trabalho, que deve ser analisada essa necessidade de alteração contratual, pois, tem-se em questão direitos transindividuais e expressamente protegidos constitucionalmente, pelo que

se supõe inicialmente que a relação de emprego não pode ser pautada em detrimento a outros direitos fundamentais decorrentes da liberdade de religião.

Nesse contexto, percebeu-se a necessidade de difundir a aplicabilidade da teoria norte-americana denominada *duty of reasonable accommodation* (dever de acomodação razoável) na fundamentação de decisões brasileiras de reafirmação de direito fundamental, bem como distingui-la ou especificá-la, como será melhor apurado, da teoria de ponderação dos princípios.

Assim, o interesse pelo tema despontou da percepção de casos recorrentes de discriminação na relação de emprego por motivo religioso e o flagrante menoscabo despendido ao direito à liberdade de consciência e de crença face ao direito do trabalho, como se essencial ao homem fosse apenas trabalhar, ter emprego, sendo dispensada sua religiosidade ou convicção filosófica.

Percebeu-se ainda que era necessário conscientizar as pessoas sobre a fundamentalidade jurídica e humana que reveste o direito à liberdade religiosa, bem como sobre as restrições que as religiões consideradas minoritárias, em razão da quantidade de adeptos, sofrem no momento da contratação empregatícia.

Tomou-se, então, como problema acadêmico, a busca por soluções aplicáveis à colisão de direitos fundamentais na relação de emprego, envolvendo o choque entre o direito à propriedade e à livre iniciativa com o direito à liberdade religiosa, de modo que essas soluções não se construíssem apenas pela ponderação, mas, e principalmente, na perspectiva desses direitos serem acomodados para que pudessem permanecer exercidos em um mesmo vínculo jurídico, no mesmo ambiente.

Deparada com casos em que há conflito religioso maculando o vínculo empregatício, a cultura jurídica brasileira limita sua atuação quanto ao julgamento de haver ou não conduta discriminatória, prática abusiva do poder diretivo patronal e o cumprimento das normas laborais, tudo direcionado ao fim do contrato de emprego, quando o que se deveria prezar é a manutenção desse contrato, até mesmo em obediência ao princípio peculiar ao direito do trabalho que é o princípio da continuidade.

A par disso, e da prática ainda muito tímida de técnicas conciliativas entre empregadores e empregados e nas decisões judiciais que envolvem a liberdade religiosa, justifica-se o presente trabalho na tentativa de difundir a teoria da acomodação razoável para que o direito fundamental à liberdade de consciência e

de crença não seja preterido em função das necessidades materiais do empregado, como se o exercício da religião também não lhe fosse caro e fundamental.

O objetivo principal da pesquisa é ligar os holofotes sobre a necessidade do reconhecimento por parte da sociedade quanto ao caráter fundamental e constitucional do direito à liberdade religiosa, em especial do seu exercício na relação de emprego, sendo a acomodação desse direito um dever, e não uma alternativa.

De cunho predominantemente bibliográfica, a metodologia utilizada valeu-se ainda da modalidade exploratória, perpassando alguns estudos de casos e análise de depoimentos, o que lhe atribui também o caráter descritivo. Desenvolveu-se, pois, a dissertação em três capítulos, além da presente introdução e das considerações finais, com anexo.

No primeiro capítulo, abordou-se a história da religião e sua intrínseca relação com o homem, atribuindo-lhe a gênese da organização social e, sob o viés sociológico, justificando o seu exercício como direito fundamental, fazendo menção ainda à sua previsão legal no ordenamento jurídico internacional e nacional.

Quanto ao conceito jurídico da religião, embora a lei não tenha se encarregado disso, a doutrina o fez e aqui foi expressado, tratando-se, em seguida, da relevante influência que a religião exerceu sobre o Estado, sendo uma grande detentora de dominação e poder, apontando-se, historicamente, os fatos que contribuíram para a secularização, sendo esse novo paradigma estatal o ponto de partida para a tolerância e a liberdade religiosa, tendo como precursor desse direito os Estados Unidos.

Reconhecendo-se a religião como elemento de formação da sociedade, corolário lógico que se reconheça os valores religiosos como valores naturais, pois, mesmo os ateus, ceticistas ou agnósticos não podem negar à religião a sua participação incisiva nos grandes movimentos sociais do mundo, tanto é assim que os valores religiosos são vanguardistas dos direitos individuais e inegavelmente elementares aos direitos humanos e fundamentais, integrando tais valores o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se poderia também, ao falar de religião no Brasil, não falar do Estado laico, o que foi feito mediante a abordagem dos aspectos que o caracterizam e destacando a distinção entre laicidade e neutralidade religiosa.

Já o segundo capítulo foi encarregado de trazer a parte jurídico-dogmática da pesquisa, compreendendo os elementos normativos necessários a fundamentar a aplicabilidade da teoria do dever da acomodação razoável para solução de conflitos, judiciais e extrajudiciais, no Brasil.

Dita teoria, por ser muito confundida com a mera ponderação de princípios, exigiu que fossem feitas remissões às clássicas teorias de Dworkin e Alexy sobre normas, regras e princípios de modo a poder diferenciá-las sem resquício de dúvidas.

Em sendo o conflito entre a liberdade religiosa e a relação de emprego um conflito entre direitos fundamentais, debruçou-se sobre a efetividade desses direitos na relação privada para que se pudesse conhecer até onde eles se limitam entre si e tentar apurar, dentre as práticas religiosas, o que seria abusivo ou não abusivo, para saber o que se pode tolerar ou não tolerar.

Ou seja, diante da confrontação entre direitos fundamentais, o que se deve, de início, tentar fazer é prezar pela acomodação razoável entre esses direitos, para que o núcleo essencial de cada um permaneça incólume e se encontre a solução por meio do ajuste de interesses e direitos.

Do mesmo modo que o poder diretivo do empregador deve ser limitado, o exercício da religião também deve, entretanto, ambos devem ser sopesados com a mesma carga de significância e fundamentação jurídica e social.

O capítulo terceiro, por sua vez, analisou as circunstâncias e os efeitos que promovem e decorrem, respectivamente, das alterações sobre os contratos de emprego e como motivos religiosos podem interferir nessas alterações.

Nesse diapasão, o dever da acomodação razoável deve ser aplicado, desde que essa razoabilidade represente menor custo e maior benefício, compreendido nos contornos da limitação imposta também às alterações das condições de trabalho.

Não é objeto da teoria contrariar a norma vigente, tampouco sobrecarregar de ônus uma das partes. Pelo contrário, sua aplicabilidade só é possível se houver o ajuste equilibrado dos interesses e dos direitos, caso contrário, não se pode falar em acomodação.

Assim, mediante a abordagem de casos concretos envolvendo o exercício da liberdade religiosa nos vínculos empregatícios, buscou-se verificar qual o posicionamento do judiciário brasileiro, bem como dos empregadores e do Estado,

diante de determinadas práticas de cunho religioso, como proselitismo, escusa de consciência e reversibilidade da opção de crença, além do comportamento diretivo das organizações de tendência.

Diante desses casos e dessas práticas religiosas, motivou-se identificar o que dispõe o ordenamento pátrio sobre a prerrogativa da exclusividade de contratação e sobre justa causa. O que é ser razoável nesses casos? Sobre essas indagações é que se analisou a aplicabilidade da teoria da acomodação razoável.

Buscou-se, também, mediante depoimentos de dois religiosos, demonstrar como a intolerância e a discriminação religiosa produzem efeitos nefastos, em especial se decorrentes da realidade profissional do indivíduo, eis que o conflito fere de morte não só o conceito de liberdade, mas também de dignidade, ao ser aviltado em sua consciência e crença, seus maiores bens da vida.

Em que pese não serem justificáveis as práticas intolerantes, há alguma razão para elas se perpetuarem e de forma tão ofensiva, principalmente no Brasil, tido como um Estado Democrático de Direito e que ancora sua Constituição Federal no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sociologicamente essa razão, presume-se, vem da história de dominação e colonização europeia e cristianocêntrica, resvalando aos diferentes dessa concentração ideológica subjugadora a indevida marginalização. E a presunção deixa de ser premissa para ser constatada através dos alvos principais da intolerância, quais sejam, os adeptos de religiões não cristãs e os negros, vítimas de preconceito religioso e racismo.

Caminhando ao fim, as considerações finais demonstrarão as constatações obtidas e aptas a fundamentar a necessidade pujante de difusão sobre a teoria do dever da acomodação razoável discutida, para que progressivamente ela se torne instrumento de efetividade dos direitos fundamentais à liberdade de consciência e de crença, fazendo ser reconhecida pela sociedade e consolidando, na comunidade jurídica, o grau de importância e essencialidade que a religião pode exercer na vida humana, não podendo ser objeto de preterição nem mesmo em conflito com as suas condições de emprego, porque nem só de pão vive o homem.

1 HOMEM E RELIGIÃO: INTERSEÇÃO SUBJETIVA INEVITÁVEL

1.1 A CONVIVÊNCIA SOCIAL ENTRE O HOMEM E A RELIGIÃO

Árdua a missão de tentar dissociar o homem da religião ou, até mesmo, de identificar em qual ponto da história da humanidade começou essa interseção entre o ser real e a virtualidade da fé. E a dificuldade da separação reside também no perigo da incursão nos clichês, deveras abomináveis na cientificidade, mas que as questões espirituais, por vezes, não permitem afastar.

Tem-se conhecimento de que, historicamente, antes mesmo dos primórdios civilizatórios, a religião já permeava a existência humana através da existência dos símbolos, que, inicialmente, eram manifestados naturalmente, indicando ser plenamente possível que o homem tenha exercido a espiritualidade desde sua própria origem, pouco importando, pelo menos no presente estudo, se os primeiros registros datam da história do período Paleolítico Superior ou antecedem o *homo sapiens*, já se apresentando entre os Neandertais.

Os símbolos têm bastante força no desenvolvimento da religião, pois representam não só a identificação dos grupos, mas principalmente o instrumento de sua consolidação e perpetuação. Mircea Eliade¹, em sua obra *Tratado de História das Religiões*, faz essa correlação, apontando, inclusive, a impropriedade de definir a origem de ambos:

[...] toda uma série de objetos ou sinais simbólicos devem o seu valor e a sua função sagrada ao fato de se integrarem na “forma” ou na epifania de uma divindade (ornamentos, atavios, sinal dos deuses, objetos usados por eles ...). Mas não estão aí todos os símbolos: há outros que precedem a “forma” histórica da divindade: referimo-nos a muitos símbolos vegetais, à Lua, ao Sol, ao raio, a certos desenhos geométricos, como a cruz, os pentágonos, os rombos, a suástica, etc.

Por essa razão, defende-se aqui que religião é o exercício da espiritualidade sem qualquer vinculação obrigatória a um ser supremo, mas calcada no credo a um ser sagrado, sendo caracterizada por comportamento de exteriorização de sentimentos subjetivos inerentes ao homem². A ideia de religião perpassa da crença

¹ Cf. *Tratado de história das religiões*, 1998, p. 363.

²Essa espiritualidade subjetiva e inerente ao homem compõe o conceito de *hierofanias*, que, segundo Mircea Eliade é a manifestação do sagrado no mundo mental de quem nele crê. Para Eliade, toda hierofania é real e verdadeira, conforme se depreende da lição do livro de sua autoria *Tratado de*

ao sagrado, tendo em vista que hoje já se discute o exercício da espiritualidade pelo homem sem performance religiosa, como defende Sam Harris, filósofo e neurocientista americano que afirma ser a meditação, por exemplo, uma espécie de exercício espiritual sem religiosidade.

Para Sam Harris³, é perfeitamente razoável distinguir espiritualidade de religião, no entanto, isso requer outro trabalho com atenção especial para maiores dissecações.

Nesse sentido, advém a dificuldade em separar o homem da religião, se é que tal separação é possível, tendo em vista a impossibilidade científica de explicar não só a espiritualidade humana, mas sua origem, sua causa.

E mesmo àquele que não acredita em qualquer manifestação de espiritualidade, buscando negar a religião, não é dada a condição de negar a presença da religião na sociedade e tampouco sua interação com os fatos sociais.

O registro do reconhecimento dessa intrínseca ligação homem-religião no campo sociológico deve-se inicialmente a David Hume em sua obra *História Natural da Religião*, na qual o filósofo britânico afirma a dificuldade em precisar o momento na história em que esses objetos se cruzaram, em que pese sustentar sobre puro empirismo que havia sociedades que desconheciam a religião, e que o politeísmo foi a primeira forma de manifestação da religião da humanidade, predominando entre os incultos. Segundo David Hume⁴:

Agitados por esperanças e medos dessa natureza, e sobretudo pelos últimos, os homens examinam com uma trêmula curiosidade o curso das causas futuras, e analisam os diversos e contraditórios acontecimentos da vida humana. E nesse cenário desordenado, com os olhos ainda mais desordenados e maravilhados, eles veem os primeiros sinais obscuros da divindade.

Quanto à origem da religião, Hume vai mais além ao afiançar que os homens a desenvolveram naturalmente, por ignorância às intempéries da natureza, como uma forma de combater o medo que se engrandecia face às incertezas do futuro,

História das Religiões: “A rigor deveríamos reservar o termo *símbolo* para o caso dos símbolos que prolongam uma hierofania ou que constituem, eles próprios, uma “revelação” inexprimível de outra forma mágico-religiosa (rito, mito, forma divina). Em sentido amplo, no entanto, *tudo* pode ser um símbolo ou desempenhar o papel de um símbolo, desde a cratofonia mais rudimentar (que “simboliza”, de uma forma ou de outra, o poder mágico-religioso incorporado num objeto qualquer) até Jesus Cristo, que, de certo ponto de vista, pode ser considerado um “símbolo” do milagre da encarnação da divindade no homem”. Cf. Mircea Eliade, op. cit., p. 365.

³ Cf. *Despertar*: um guia para a espiritualidade sem religião, 2015, p. 14.

⁴ Cf. *História natural da religião*, 2005, p. 32-33.

subjugando-os à criação imaginária de deuses para criar soluções aos seus problemas, rejeitando, mais uma vez com fundamentos empíricos, a hipótese do surgimento da religião por inspiração divina.

Max Muller, citado por Durkheim⁵ corrobora a ideia de Hume, também por instinto psicológico, de que a natureza foi a incitadora da religião entre os povos primitivos, afirmando que “ao primeiro olhar que os homens lançaram sobre o mundo, nada lhes pareceu menos natural que a natureza. A natureza era para eles a grande surpresa, o grande terror; era uma maravilha e um milagre permanente”. E Durkheim arremata: “os espetáculos variados que a natureza oferece ao homem lhe parecem preencher todas as condições necessárias para despertar imediatamente nos espíritos a ideia religiosa”.

Cumprido destacar ainda que para Hume o efeito bumerangue entre o politeísmo e o monoteísmo configura o entrosamento cada vez maior da religião com a sociedade, sendo a primeira um dos vetores de influência sobre forma e modo de desenvolvimento da segunda⁶.

Assim, por possuir vieses inesgotáveis, a religião manteve-se como objeto de estudo, bem como os sistemas religiosos, e não passou despercebido pelo sociólogo Emile Durkheim⁷, o qual asseverou que a relação entre sociedade e religião é concêntrica, sendo a religião uma das diversas formas representativas da vida em sociedade. Para ele a religião é indissociável da sociedade, e, por conseguinte, do homem, sendo uma célula que compõe o todo orgânico.

⁵ Cf. *As formas elementares da vida religiosa*, 1996. p. 64.

⁶ “Em um processo análogo ao desenvolvimento social, uma divindade principal, pouco a pouco, começa a predominar, recebendo cada vez mais atenção e deixando as demais em segundo plano. Aqui, ainda encontramos a visão antropomorfa, que penetra nos rituais e práticas católicas e maometanas, mas já é dominante a concepção de um deus uno, infinito e totalmente espiritual. Hume reflete sobre como cada modo de conceber a divindade altera as disposições sociais (o “politeísmo, ao alegar que não há uma só verdade sobre um deus único, é mais tolerante que o monoteísmo”) e filosóficas (“o monoteísmo atrai facilmente a defesa filosófica mas, por sua vez, torna a filosofia sua serva”). ASSESSORIA DE IMPRENSA DA FUNDAÇÃO EDITORA DA UNESP. A visão de Hume sobre a origem da necessidade humana de religião. Disponível em: <<http://editoraunesp.com.br/blog/a-visao-de-hume-sobre-a-origem-da-necessidade-humana-de-religiao->>. Acesso em: 16 out. 2017.

⁷ Durkheim enveredou pelo tema da religião e em uma de suas obras intitulada *As formas elementares da vida religiosa*, buscou demonstrar que se trata de um fenômeno social de origem natural e intrínseca à natureza humana, inexistindo, por isso, religião falsa. Sua preocupação foi defini-la e o fez sob a caracterização do que para ele distingue o sagrado do profano, bem como do que distingue a religião da magia, atribuindo ainda ao culto religioso a grande elementaridade da religião. Durkheim afirma ainda que a função da religião não é fazer pensar nem enriquecer conhecimento, mas sim, fazer agir, ajudar o homem a viver.

Ou seja, é da sociedade e das práticas sociais que a religião retira vigor para sua permanência, como afirma expressamente Durkheim⁸: “Assim, mesmo que a religião pareça estar inteiramente no foro interior do indivíduo, é ainda na sociedade que se encontra a fonte viva da qual ela se alimenta”.

Nesse contexto teórico sobre religião não se pode marginalizar as ideias de Max Weber e Karl Marx, tendo em vista as contribuições de seus estudos sociológicos sobre o tema. E na literatura mais recente sobre a sociologia da religião aponta-se Peter Berger⁹, que, além de tratar dos efeitos da religião sobre a composição social, preocupa-se também com “o processo pelo qual se suprime o domínio das instituições e os símbolos religiosos de alguns setores da sociedade e da cultura”, isto é, os efeitos da chamada secularização, configurada pela separação entre Estado e religião.

Weber abordou a religião como fator de decisiva influência sobre questões políticas e econômicas, atribuindo-lhe a característica de instrumento de manutenção do poder. Sob a análise de Julien Freund¹⁰, Weber toma a religião como instituição “a serviço não da ‘lei sagrada’, mas sim da convicção sagrada”, através da qual seus agentes defendem suas convicções religiosas em uma flagrante luta pelo monopólio da legitimidade de modo a garantir não só sua perpetuação, mas, mormente, o seu poder e impor aos outros a conduta moral que lhes convém.

Em sua obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, Weber¹¹ trata especificamente do uso da religião como fator real de poder, apontando em todo momento a influência dela na economia e em outros elementos sociais através do que Pierre Bourdieu¹² denomina de poder simbólico, chegando a afirmar que é a religião que determina a carreira profissional da pessoa, sendo um vetor da movimentação social.

⁸ Ibid., p. 470.

⁹ Cf. *Secularização e mercado religioso em Peter Berger*, 2012, p. 14.

¹⁰ Cf. *Sociologia de Max Weber*, 2006, p. 131.

¹¹ Cf. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, 2003, p. 21.

¹² Pierre Bourdieu define poder simbólico como “*poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo*”, ou seja, a utilização dos símbolos retira a universalidade das coisas para gerar a identificação de grupos sociais, disseminando a integração das ideologias próprias de cada um desses grupos e, conseqüentemente, fortalecendo a especificidade da classe dominante representada pelo símbolo. Cf. *O poder simbólico*, 2002. p. 9.

Do mesmo modo, para Karl Marx, a religião é utilizada como instrumento de luta de classes, porém, em desfavor aos subjugados, sendo que a classe dominante dissemina entre as hierarquicamente inferiores a representatividade que considera ideal apenas para o alcance de seus interesses. É o fenômeno que ele denomina “ópio do povo”. Nas palavras de J. M. Charon¹³: “para Marx a religião é um instrumento das classes dominantes que transmite ideologias elitistas que contribuem para a manipulação das massas, assim mantendo o status quo da distribuição de renda.”

Entretanto, cumpre destacar que Weber e Marx divergem em suas ideias no que se refere a possibilidade da religião ser um transformador de realidade social, pois, enquanto para Weber¹⁴ ela é um facilitador, vez que propicia mudanças no comportamento dos homens, para Marx ela gera a alienação que veda a reflexão: “A emancipação do tradicionalismo econômico aparece indubitavelmente como um fator de apoio à tendência de duvidar da santidade da tradição religiosa, e de todas as autoridades tradicionais”.

Dessa maneira, haja vista o objeto do presente trabalho, resta de logo constatado que em sendo a religião o exercício de espiritualidade inerente ao homem, ela o acompanha diuturnamente estando presente também nas relações de emprego, e por isso devem ser analisadas nesse contexto.

1.2 EXISTE CONCEITO JURÍDICO DE RELIGIÃO?

Etimologicamente religião é um vocábulo latino oriundo de *religio*¹⁵, entretanto, existem várias contextualizações para sua origem, sendo as mais citadas as provenientes das palavras *relegere* e *religare*.

Enquanto *relegere*, que significa reler, visitar (hábito cultivado de releitura das escritas sagradas durante cultos), foi a definição defendida por Ciro ainda em 45 a.C, *religare* foi a definição proposta por Lactâncio alguns séculos depois sob o fundamento de que a religião se propunha a ligar o homem ao divino, sendo essa justamente a definição da palavra: ligação, união.

¹³ Cf. *Sociologia*, 1999, p. 155.

¹⁴ Cf. Max Weber, op. cit., p. 91.

¹⁵ “Religião”, in: *Dicionário etimológico*. Disponível em: <<http://www.dicionarioetimologico.com.br/religiao/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

Tais vocábulos latinos não se excluem significativamente, razão pela qual fica superado qualquer confronto para a apuração da origem etimológica de religião.

De modo semelhante com a etimologia, a definição de religião não é estanque, uma vez que, tanto no campo social quanto no filosófico, várias lhe são atribuídas, como se vê nos dicionários Michaelis¹⁶ e Ferreira¹⁷, restando ausente, entretanto, a definição no aspecto jurídico.

Se, por um lado, a religião é dada como uma instituição social, em flagrante desdobramento da concepção sociológica de Durkheim, tendo em vista estabelecer em âmbitos coletivos regras morais e comportamentais organizadoras de determinados grupos sociais, por outro lado, mas não em sentido divergente, no ramo filosófico, a religião denota o ritual em torno do objeto de sua crença, a adoração do sagrado, o misticismo, ou seja, a subjetiva manifestação de louvor ou graça à representatividade do poder espiritual supremo.

Reconhece-se aqui, de antemão, também sob o prisma sociológico, a religião como o nascedouro do primeiro arcabouço jurídico universal, mediante o estabelecimento, de modo consciente ou não e voluntário ou não, de normas morais que conduzem a indicação de como agir e do que é certo ou não fazer.

Realizada a abordagem da religião sob seus conceitos sociais e filosóficos, pergunta-se: qual é o conceito jurídico de religião? Qual a necessidade de estabelecer esse conceito?

Quanto a primeira indagação, não obstante a legislação pátria não ter definido conceitualmente, a doutrina se encarregou de fazê-lo e aqui destacam-se inicialmente três abordagens que, em seus cernes, convergem para similitude, na medida que identificam características a serem necessariamente reconhecidas para identificação do objeto. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco em obra de sua

¹⁶ “Religião: (lat. *religione*). 1. Serviço ou culto a Deus, ou a uma divindade qualquer, expresso por meio de ritos, preces e observância do que se considera mandamento divino. 2. Sentimento consciente de dependência ou submissão que liga a criatura humana ao Criador. 3. Culto externo ou interno prestado à divindade. 4. Crença ou doutrina religiosa; sistema dogmático e moral. ... 8. Tudo que é considerado obrigação moral ou dever sagrado e indeclinável.” “Religião”, in: *Michaelis*: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1810.

¹⁷ “Religião: [Do lat. *religione*.] 1. Crença na existência de uma força ou forças sobrenaturais, considerada(s) como criadora(s) do Universo, que como tal deve(m) ser adorada(s) e obedecida(s). 2. A manifestação de tal crença por meio de doutrina e ritual próprios, que envolvem, em geral, preceitos éticos. ... 8. Qualquer filiação a um sistema específico de pensamento ou crença que envolve uma posição filosófica, ética, metafísica, etc. 9. Modo de pensar ou de agir; princípios.” “Religião”, in: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *NOVO AURELIO SÉCULO XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1737.

autoria conjunta com Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho¹⁸, conceitua religião como “sistema de crenças em um ser divino, em que se professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.”

Na lição de Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹, citando Machado Neto e Max Scheler, religião é um fenômeno universal da cultura com origem em tempos tão remotos quanto à pré-história, no qual se credita a chance de salvação humana em esfera espiritual. Dito conceito, em tese, exclui as religiões não salvacionistas²⁰.

Cumprir trazer o conceito de religião esposado por Alexandre de Moraes²¹, pois chamou a atenção o seu tom tendencioso e limitado à figura de Deus, o que aqui se recrimina não em virtude da menção à divindade, mas em razão da exclusão do conceito de religião daqueles que não reconhecem Deus, como se vê: “A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto.”

Ainda no campo conceitual da religião, imprescindível trazer aqui o trabalho de Jónatas Machado, em sua obra *Liberdade religiosa*, também citado por Jayme Weingartner Neto²², no desdobramento dos conceitos substancial-objetivo, funcional-subjetivo e tipológico.

Substancial-objetivo é o conceito que atribui à religião os elementos da divindade, moralidade e culto, pressupondo esses elementos uma definição essencialmente subjetiva e empírica. Já o funcional-subjetivo diz ser a religião uma manifestação de crença, independentemente de ser uma prática individual, devendo ser destacada, porém, sua distinção à objeção de consciência. Ambos os conceitos religiosos não afastam de si o risco da interpretação fadada ao tendencialismo.

Como alternativa a afastar o risco citado, o conceito tipológico é aquele que busca o equilíbrio entre os dois tipos anteriormente citados, porém, Jónatas Machado não o definiu concretamente, afirmando, segundo o cita Jayme

¹⁸ Cf. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., 2010, p. 511.

¹⁹ Cf. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., 2013, p. 713.

²⁰ As religiões salvacionistas (cristianismo, islamismo, judaísmo, protestantismo) atribuem ao adepto a obrigação de crer que somente o “Salvador” pode salvar a alma, já as não salvacionistas (hinduísmo e budismo, por exemplo) creditam a salvação ao próprio homem, é a libertação por esforço e sabedoria próprios.

²¹ Cf. *Direito constitucional*. 30. ed., 2014, p. 47.

²² Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 97.

Weingartner Neto²³, que tal conceito englobaria “elementos objetivos e subjetivos atendíveis” com o fito de proteger a liberdade religiosa de indivíduos, distinguindo-a da liberdade de consciência, para minimizar a intervenção do Estado nas questões relativas à crença.

Como dito alhures, a semelhança entre os conceitos citados contribuem para a construção do que se pode chamar de *núcleo essencial* do conceito jurídico brasileiro de religião, que se configura na presença de determinados elementos como a exteriorização de práticas de crença mediante culto em torno de algo ou alguém de representatividade espiritual e regulados por um ajuste próprio, mas não dissociado das convenções sociais. Assim, acredita-se que a religião é, juridicamente, um direito que pode ser livremente exercido, desde que se tenha por religião a prática da fé em conformidade com os elementos ora apontados.

Por isso, a importância de conceituar juridicamente a religião reside no fato de o Direito ser instado, por vezes, a regulamentar situações que a envolvem e para não haver excessos ou demasiada discricionariedade, necessário se faz ter a religião conceitualmente delimitada no âmbito jurídico.

Não se afirma aqui que sem religião não há sociedade. Acredita-se ser esse um fato possível, embora não se saiba citar uma sociedade em que não haja qualquer manifestação de religião. O que se defende é a possibilidade de se reconhecer na religião o berço das organizações sociais.

1.3 SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO E O DESPONTAR DA LIBERDADE RELIGIOSA

Considera-se a religião o primeiro modelo de sociedade, independentemente da forma ou corrente que se apresente, seja monoteísta, politeísta, cristã ou não cristã, e, por essa razão, sua existência antecede a ideia de organização do Estado e do próprio Estado em si, até que ambos passam a andar de mãos dadas na carruagem da história para manter seus representantes no poder, em uma verdadeira balança de interesses.

Sabe-se que desde a Antiguidade havia essa simbiose entre Estado e religião, chegando-se posteriormente a reconhecer a incorporação do poder divino

²³ Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 103.

na pessoa do monarca para não dissipar as forças, e esse jogo de poder distinguiu três momentos históricos classificados por Jónatas Machado, citado por Jayme Weingartner Neto²⁴, em momento hierocrático, momento regalista e momento constitucional²⁵.

Não se pode ignorar que apesar de na Roma e Grécia Antigas ser livre a realização de cultos dos deuses de suas sociedades politeístas em praças públicas, ambas detinham uma única religião oficial. Tanto é assim que o surgimento do cristianismo foi marcado por severas e cruéis perseguições face aos seus adeptos, comprovando que não existia em Roma uma sociedade religiosa democrática nem aberta, mas apenas politeísta. Ou seja, reconhecia-se a coexistência de vários deuses, mas todos compreendidos numa mesma religião politeísta.

A sociedade religiosa romana iniciou sua caminhada pelos trilhos da neutralidade religiosa com o Édito de Milão proclamado pelo imperador Constantino, que vedou a prática de perseguições a pessoas de distintos credos, em especial, aos cristãos.

Daí até o apogeu do cristianismo se percebe na história uma inversão de polo entre perseguidos e perseguidores, pois quando o cristianismo se estabelece sem receios como religião oficial do Império Romano, estendendo-se por toda a Europa ocidental enraizando seus valores e angariando mais e mais adeptos, passa a perseguir as outras religiões.

Essa é a razão pela qual o cristianismo se expande entre os povos, ultrapassando as mais longínquas fronteiras e com uso da força e da dominação, em decorrência da estreita ligação que estabelece com os países europeus, faz difundir ideológica e equivocadamente a Europa como o centro das civilizações, segundo afirma Enrique Dussel, citado por Hendrix Alessandro Anzorena Silveira, em tese de dissertação de mestrado:

Dussel reafirma a posição de que antes de 1492 não há de fato um sistema mundo já que não eram todos os cinco continentes que faziam parte do sistema. Contudo, temos interpretado a teoria do sistema mundo também na compreensão do sistema de relações internacionais que existiam quando apenas três continentes eram conhecidos e mantinham essas relações econômico-político-sociais. Analisando dessa forma, conseguimos perceber que a Europa, de fato, não era o centro do sistema mundo desde a época

²⁴ Ibidem, p. 28.

²⁵ No momento hierocrático os direitos da Igreja sobrepujavam ao Estado e quando houve a inversão dessa situação iniciou-se o momento regalista; Já o momento constitucional foi aquele que fez prevalecer sobre a Igreja e o Estado os direitos dos cidadãos. Ibidem, p. 28.

helênica como a ideologia eurocêntrica tenta nos doutrinar. Na Antiguidade, por exemplo, a África era a grande exportadora de ouro, cobre, estanho e mão de obra para a Ásia e para a Europa. Durante o Medievo, é a Ásia que domina o comércio com suas especiarias e tecidos finos. Como já aludimos é neste período que a Europa tenta se colocar como centro do sistema mundo ao promover suas cruzadas. Este continente só conseguirá se impor quando se lança ao mar em caravelas e estabelece relações com todos os outros povos.²⁶

Essas cruzadas e expansões europeias relegaram aos territórios colonizados a cultura ligada ao eurocentrismo e a religião ligada ao cristianocentrismo, impregnando-as em todas as discussões históricas, religiosas e culturais no processo colonizador dos dominados, tratando a sua consolidação como ordem suprema e prioritária sobre qualquer outra existente.

Segundo Paul Marshall²⁷, decano do Centro para Liberdade Religiosa do Instituto Hudson, em Washington, EUA, numa visão declaradamente cristã, em regiões onde predominava a religião cristã, a separação entre Igreja e Estado ocorreu de forma menos traumática por duas razões, sendo a primeira delas o fato do cristianismo enaltecer a dignidade do indivíduo; e, a segunda razão, e mais decisiva, representada pelo modo como a Igreja disseminou a ideia de que o Estado também era uma autoridade religiosa, mas com atuação na esfera política.

À medida que a Igreja se expandia, as igrejas de línguas latinas do ocidente procuraram manter a distinção entre o papel da Igreja e os papéis da ordem política. Mesmo quando Constantino fez do Cristianismo a religião oficial do Império Romano, ainda se entendia que se tratava de dois corpos distintos. Os dois reinos do *sacerdotium* (“Igreja”) e *regnum* (“Estado”) começaram a surgir. A partir de então, houve *dois* centros de autoridade na sociedade e nenhum deles poderia ser reduzido ao outro. Não se tratava de uma separação entre religião e política. Ambos os centros de autoridade eram considerados *religiosos*, ou seja, instituições divinas, mas pensava-se que tinham papéis bem diferentes perante Deus. Tinham tarefas distintas.

Sobre secularização, Hannah Arendt, citada por Matheus Petrolli da Rocha²⁸, destaca que a limitação da atuação religiosa sobre o Estado deveria ocorrer apenas sobre os espaços públicos, mantendo-se a preservação e proteção da incidência religiosa nos espaços e demais aspectos privados.

A secularização significa apenas a separação entre Igreja e Estado, entre religião e política, e isso, do ponto de vista religioso, implica um retorno à

²⁶ Cf. *Não somos filhos sem pais: história e teologia do batuque do Rio Grande do Sul*, 2014.

²⁷ Cf. *Liberdade Religiosa em questão*, 2005, p. 21.

²⁸ Cf. *Hannah Arendt: Espaço público e secularização*, 2015, p. ST0912.

inicial atitude cristã de dar 'a César o que é de César e a Deus o que é de Deus', mais que uma perda de fé e transcendência ou um novo enfático interesse nas coisas desse mundo. A moderna perda de fé não é de origem religiosa – não pode ser remetida à Reforma nem à Contrarreforma, os dois grandes movimentos religiosos da era Moderna – e seu alcance não se limita de modo algum à esfera religiosa.

Se outrora o Estado era confessional e em sua quase totalidade primava pelo catolicismo, sendo toleradas circunstancialmente manifestações religiosas distintas exclusivamente em ambientes privados, no dado momento em que a religião “estatal” fica enfraquecida diante das guerras religiosas ocasionadas com a Reforma Protestante, o poder político se enche de autonomia e se impõe de forma independente ao poder religioso, passando a atuar como mediador e deixando de se apoiar na igreja.

Essa tolerância às novas religiões, ainda que de forma restrita, foi o ensaio do direito à liberdade religiosa consolidado no Estado Democrático, cujo marco teórico tem registro na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França e de forma mais explícita em 1791 nos Estados Unidos através das emendas à Declaração de Direitos da Constituição Americana de 1787, como preleciona Jayme Weingartner Neto²⁹ ao afirmar, citando Paulo Adragão, que “o texto americano inspira-se nos elementos liberal e cristãos conjugados, reflete uma concepção positiva da religião, refere-se também à convivência religiosa em sociedade e insere-se no avanço prático no sentido do ‘livre exercício da religião’”.

O teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 fez a França ser considerada a pioneira na aceitação e convivência constitucionalizada de novas religiões, entretanto, foi a Declaração estadunidense que ao buscar especificar direitos fundamentais estabeleceu originariamente, por meio das duas primeiras cláusulas de sua Primeira Emenda, a proibição ao Estado de tomar como oficial quaisquer das religiões existentes, o que ficou conhecido como *establishment clause*³⁰, e a garantia do direito à liberdade religiosa, o *free exercise clause*.

Certo é que, se a concepção ética e moral do homem remete à carga axiológica que lhe é intrínseca no sentido de serem preservados o bem estar espiritual e físico e a convivência pacífica entre as pessoas, pode-se afirmar que os

²⁹ Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 33.

³⁰ Primeira Emenda da Declaração dos Direitos dos Estados Unidos: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

valores religiosos são os mesmos valores naturais, e à medida que foram sendo reconhecidos como parte integrante dos direitos fundamentais, e em esfera universal integram, logicamente, os direitos humanos, seus valores passaram a contribuir na fundamentação do Estado Constitucional.

Tal constatação surge no período pós II Guerra Mundial, momento de maior expansão e valorização dos direitos humanos, com especial consagração jurídica, quando se reconheceu que esses valores religiosos permeavam de forma sólida a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmiento também faz esse reconhecimento atribuindo ao discurso religioso as exaltações referentes à dignidade do ser humano, ainda que por outros vocabulários, concluindo que “a dignidade humana, em síntese, de mera proclamação religiosa e filosófica converteu-se em princípio jurídico vinculante da mais elevada estatura, mas isso não a privou da sua dimensão moral”³¹.

Nessa senda, preleciona Jónatas Machado³² na obra *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa entre o teísmo e o (neo)ateísmo*:

Os principais conflitos existentes a nível internacional não têm tanto a ver com a rejeição dos valores fundamentais, mas sim com discordâncias, sempre presentes, quanto ao modo como eles são entendidos e como deve ser prevenida, reprimida e sancionada a sua violação. O Estado Constitucional e o direito internacional dos direitos do homem, ao postularem a existência de valores morais absolutos, pressupõem, mesmo inconscientemente, a existência de um Deus cuja bondade, justiça moral e onipresença manifeste esses valores e justifique a sua primazia e validade universal.

Ou seja, a separação política entre o Estado e a Igreja aconteceu, e realmente precisava acontecer, porém, valores religiosos por serem elementares à sociedade e nela persistirem naturalmente, tornaram-se pilares do Estado Constitucional, também chamado de Estado secularizado.

1.3.1 O Estado laico e o Estado Democrático de Direito

Antes de adentrar no mérito existente na correlação entre o Estado laico e o Estado Democrático de Direito, soa necessário definir o que é laicidade e o que é

³¹ Cf. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed., 2016, p. 58.

³² Cf. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, 2013, p. 33.

neutralidade religiosa, destacando alguns conceitos importantes que selam o presente trabalho nesse aspecto.

Laicidade não é só a despersonalização do poder religioso sobre o político, não é só a desvinculação entre a gestão pública e a Igreja, mas a autonomia que esse desgarramento propicia ao Estado, fortalecendo-o enquanto ente de representação dos interesses de todos os indivíduos, e não só do grupo que comunga a mesma fé.

Sendo o Estado de Direito um dos agentes de efetivação e guardião da liberdade religiosa e do princípio da igualdade, a laicidade deve se estabelecer com vigor para que a atuação do Estado seja cada vez mais comprometida com a coletividade e os direitos fundamentais dos indivíduos no sentido de que sejam respeitadas as livres manifestações de religião e crença. Então, qual o conceito de laicidade?

Segundo Jorge Miranda³³, “laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos”. Essa conceituação denota um tom perigoso porque não identifica o que seria “reconhecimento do papel da religião”, ou seja, o Estado não assumiria tarefas religiosas, mas por outro lado, suas funções típicas poderiam ser exercidas sob uma específica diretriz religiosa. Isso é ser laico? Acredita-se que não.

Já Aloisio Cristovam³⁴ afirma que é muito complexo conceituar o termo laicidade porque pode acontecer de um Estado ser legalmente confessional, como ocorre com a Inglaterra, Dinamarca e a Argentina, porém, dita confessionalidade não gera óbice nem impedimento ao livre exercício de outras religiões em seus territórios, tampouco as decisões políticas são de fundamentação religiosa. Nessas circunstâncias a democracia se sobrepõe à confissão religiosa e o termo laicidade se faz efetivamente presente, apesar de o Estado ser confessional.

Pertinente essa abordagem questionadora porque reitera o que já se afirmou anteriormente: Laicidade não se fundamenta apenas na separação entre Estado e Igreja, esse é um dos dois elementos essenciais que o próprio Aloisio Cristovam³⁵ aponta como alternativa conceitual à sua caracterização. Já o segundo elemento é

³³ Cf. *O Estado laico e a liberdade religiosa*, 2011, p. 111.

³⁴ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 181.

³⁵ *Ibidem*, p. 181.

de aspecto substancial e se refere à igualdade e à liberdade dos indivíduos para que exerçam livremente sua convicção religiosa. Para o citado autor, fundamentando-se na doutrina de Winfried Brugger, “laico é o Estado que não se confunde nas suas funções e fins com qualquer organização ou doutrina religiosa e que assegura plena liberdade de consciência aos cidadãos. Do ponto de vista estritamente jurídico é o quanto basta”³⁶.

Em dezembro de 2005, foi apresentada, no Senado francês, *A Declaração Universal da Laicidade no Século XXI*, elaborada pelo francês Jean Baubérot, a canadense Micheline Milot e o mexicano Roberto Blancarte, com o intuito de estabelecer, no direito internacional, o conceito de laicidade, minimizando a celeuma que existe em torno dessa conceituação.

Depreende-se, pois, que laicidade é um direito, alguns o credenciam a natureza de princípio, que tem como objeto assegurar o exercício da liberdade religiosa, a tolerância e a convivência pacífica entre os diversos credos, configurando uma das prerrogativas necessárias à democracia e à igualdade, sendo laico o Estado que não confessa qualquer religião e cujas diretrizes políticas, administrativas e sociais são dissociadas de fundamento com cunho relacionado à fé ou crença.

Jorge Miranda³⁷, em artigo intitulado *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, organizou em três escalas a relação entre Estado e confissões religiosas, afirmando que há aqueles que declaram sua identidade com algum tipo de religião, os chamados Estados confessionais; há os que não declaram essa identificação, mas em contrapartida podem promover uma separação relativa entre Estado e uma dada religião, esses são os Estados laicos; e, em terceiro, há os Estados que criam oposição e negam qualquer tipo de união ou confissão religiosa.

Por esse mesmo viés, Ives Gandra Martins Filho³⁸ define Estado laico como “aquele em que há separação entre as duas esferas, com autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal tal como se verifica no Brasil”.

³⁶ Ibidem, p. 184.

³⁷ Cf. *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, 2011, p. 111.

³⁸ Cf. *O acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do Estado: aspectos relevantes*, 2011, p. 158.

Define bem Daniel Sarmiento³⁹ o caráter assecratório da laicidade estatal ao afirmar que ela é “garantia que robustece a liberdade religiosa, afastando as coerções simbólicas ou indiretas que o Estado poderia exercer sobre os indivíduos, ao endossar concepções religiosas e agir com base nelas”.

Não obstante, na prática, é um tanto quanto inviável acreditar que é possível atribuir neutralidade religiosa a um Estado tendo em vista que os valores religiosos compõem também os valores cultural e moral da sociedade. Pensa-se que se deve atribuir dita neutralidade às decisões políticas e jurídicas⁴⁰, para que assim possa ser salvaguardada proteção a todas as religiões sem qualquer discriminação, mas essa é uma tarefa árdua até mesmo aos Estados laicos, porque no Brasil, por exemplo, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entidade confessional católica, participou como *amicus curiae* em ações de grande relevância julgadas pelo STF⁴¹.

Por isso que não se pode afirmar que a neutralidade religiosa é inerente ao Estado laico e conforme preleciona Aloisio Cristovam⁴², a neutralidade religiosa do Estado se limita a vedação de influir nas opções religiosas dos indivíduos e de dispensar tratamento diferenciado às organizações religiosas.

Defende-se, assim, que o Brasil é sim um Estado laico, não só no aspecto constitucional formal, através das previsões expressas de proteção à manifestação de crença e realização de cultos independentemente da religião que as albergue, como no âmbito fático, sendo possível presenciar uma grande diversidade de profissões de fé. E em que pese o catolicismo ainda predominar no Brasil, pelo menos no que se refere às decorações de espaços públicos e à existência de feriados de “dias santos”, não soa justo afirmar que o país professa a fé católica, sendo esse um ranço histórico colonial, eis que a própria multiculturalidade brasileira e ações afirmativas recentes de consolidação a proteção à liberdade religiosa indiscriminada refutam cabalmente dita confessionalidade. Nesse sentido vale transcrever a elucidativa observação de Daniel Sarmiento:

³⁹ Cf. *Dignidade da pessoa humana* – conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed., 2016, p. 311.

⁴⁰ Ver teoria das razões públicas de John Rawls comentada na nota de rodapé nº 117 deste trabalho.

⁴¹ Refere-se à ação sobre autorização de pesquisas com células tronco ADI 3510/2005, a ADPF 54/2005 sobre antecipação de partos de fetos anencéfalos e a ADPF 132/2008 e ADI 4227/2009 que trata das uniões homoafetivas.

⁴² Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 183.

Para a laicidade, o fato de uma religião ser ou não majoritária não é relevante. A predominância de uma religião na sociedade não é fator que justifica o endosso das suas crenças pelo Estado. Pelo contrário, o princípio da laicidade está impregnado pela preocupação constitucionalista e contramajoritária de defesa dos direitos das minorias.⁴³

Por outro lado, o Brasil, apesar de ser laico, não caminha com solidez no campo da neutralidade religiosa, pois, apesar de assegurar a livre manifestação e crença dos seus indivíduos, no campo das decisões públicas e jurídicas muitas vezes acontece o sobrecarga de valoração religiosa.

E qual a correlação do Estado laico com o Estado Democrático de Direito?

Ora, se esse segundo for definido como Estado constituído sobre valores humanos e sociais, cujas normas jurídicas são circundadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e protegem a liberdade e a igualdade entre seus cidadãos, decorrendo o poder político decorre da representatividade popular, sobreleva notar que a não discriminação a crenças e cultos desponta como exercício regular de um direito, impelindo às axiologias religiosas o caráter de umas das bases da democracia e do ordenamento jurídico. Nesse sentido, corrobora a lição de Antonio Baptista Gonçalves⁴⁴: “A efetivação da proteção do ser humano e da conseguinte efetivação das liberdades e do exercício da tolerância perpassa definitivamente pela laicidade/tolerância do Estado Democrático de Direito”.

Defende-se, inclusive, que é impossível subsistir Estado Democrático de Direito dissociado da liberdade religiosa, eis que a religião além de ser uma fonte dos valores éticos e morais da sociedade, é uma organização ideológico-sentimental intrínseca ao homem, razão pela qual se houver violação da liberdade religiosa, consequentemente estar-se-á violando a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Regimes totalitários não asseguram direitos individuais e veem na liberdade religiosa a figura do inimigo porque sabem do potencial que a religião tem de insurgência, justificando as estatísticas que apontam ditos regimes a Estados confessionais. Por isso, o Estado laico pressupõe liberdade religiosa. Nesse sentido, afirma Paul Marshall⁴⁵:

⁴³ Cf. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., 2016, p. 311.

⁴⁴ Cf. *O estado democrático de direito laico e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa*, 2012, p. 51.

⁴⁵ Cf. *Liberdade religiosa em questão*, 2005, p. 24.

A liberdade religiosa é historicamente a primeira liberdade no crescimento dos direitos humanos e, com frequência, tem mais a ver com o crescimento da democracia do que o foco direto na atividade política, por isso, é essencial que nos conscientizemos das forças que a ameaçam e de nossa necessidade de defendê-la.

Perceptível, pois, que a luta pela efetivação de direitos fundamentais como a liberdade de exercício da religião perpassa também a luta em defesa de direitos sociais do trabalhador, sendo o foco do presente trabalho justamente a proteção da liberdade religiosa nos ambientes onde são instituídas relações de emprego.

1.3.2 Exercício da religião como direito transindividual

A própria concepção vocabular transindividual já aponta para a extensão que ultrapassa os limites do indivíduo, do ser isolado, é a ideia da transcendência, e faz com que a expressão direito transindividual remeta, num ato lógico, ao direito concernente a mais de uma pessoa simultaneamente, ou seja, de coletividade, de uma comunidade específica cujo vínculo entre seus membros decorre de uma afinidade ou situação fático-jurídica e da representação, por vezes, de grupo minoritário.

O direito transindividual reflete, no dizer de Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁶ “interesses transcendentais à órbita individual do sujeito de direito, aqueles cuja lesão afeta um número considerável de pessoas”.

Ao tratar sobre o assunto, uma indagação se instaura inicialmente: por que o legislador, de forma reiterada no ordenamento jurídico pátrio, atribuiu aos direitos transindividuais a também denominação “interesses”, a exemplo do que fazem os artigos 129, III, da Constituição Federal⁴⁷ e artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸?

⁴⁶ Cf. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas*: difusos, coletivos e individuais homogêneos, 2001, p. 29.

⁴⁷ BRASIL. CF. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁴⁸ BRASIL. CDC. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁹ atribui indispensabilidade à indiferença entre os termos *direito* e *interesse* sob o plausível argumento de que a concepção de direito está correlacionada ao ideal subjetivo e exige como seu destinatário um sujeito certo, preciso e determinado, não se adequando, por isso, dita denominação ante a coletividade:

Insistimos, contudo, na diferenciação. E por quê? Basicamente à conta de a noção de direito, de modo particular a de direito subjetivo, estar atrelada à concepção liberal-individualista que não presenciava a possibilidade de existência de direito que não estivesse preso a um sujeito certo, preciso e determinado e, portanto, direito subjetivo somente seria identificável ao interesse individual.

Entretanto, acredita-se que a nomenclatura “interesse” decorre da contextualização histórica quando da positivação normativa, vez que tais direitos não eram consolidados e pertenciam à inovação jurídica compondo os direitos de terceira geração. Assim, a denominação “interesse” pode ter sido em consequência à falta de reconhecimento efetivo dos direitos transindividuais à época, não deixando, por essa razão, de ser um direito. Entende-se que a utilização de qualquer desses vocábulos não produz distinção entre seus efeitos.

Ultrapassado o ponto sobre a terminologia, passa-se a verificar se o direito ao exercício da religião é também um direito transindividual. Para tanto, se faz necessária uma prévia análise da definição e caracterização dessa espécie de direito.

Inegavelmente se deve afirmar, de logo, que o livre exercício da religião no Brasil é um direito fundamental, individual, inclusive disposto no rol dos direitos dessa natureza através do inciso VI, do art. 5º, da Constituição Federal, de titularidade dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil⁵⁰, assegurado por garantias constitucionais.

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴⁹ Cf. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas*: difusos, coletivos e individuais homogêneos, 2001, p. 23.

⁵⁰ Quanto a titularidade dos direitos individuais dispostos no art. 5º, da CF, vale destacar a crítica feita por Dimoulis e Martins (*Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014, p. 72/78), no sentido de que a restrição feita aos estrangeiros é injustificada e não corresponde aos padrões internacionais no que se refere aos direitos clássicos, equívoco parcialmente sanado mediante a assinatura de Tratados Internacionais que garantem a todos indistintamente direitos humanos.

Mas o fato de tratar-se de direito individual exclui do direito ao livre exercício da religião a natureza simultânea de direito transindividual? Defende-se aqui que não.

Dentro do gênero direito transindividual existem as suas espécies classificadas em direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, os quais se diferenciam entre si em razão primordial quanto aos seus destinatários e natureza do direito, e secundariamente quanto a tutela processual que os resguarda.

Em resumido modo define-se: a) de um lado os interesses coletivos, que são indivisíveis e correlatos a uma classe ou grupo de pessoas determináveis; b) no campo dos interesses difusos estão direitos também indivisíveis, porém, os destinatários são indetermináveis, eis que sua titularidade cabe apenas a um ente social ou a própria sociedade como um todo; e c) por último, mas não menos importante, destacam-se os direitos individuais homogêneos, que podem ser reclamados tanto coletiva como individualmente por aquele que se sentiu lesado, sendo seus destinatários plenamente determinados, eis que compõem um grupo ligado por situação fática.

Para ilustrar, repete-se o quadro de Manoel Jorge⁵¹ que, de modo lapidar, dispôs tais definições:

	Interesses difusos	Interesses coletivos	Interesses individuais homogêneos
Base legal	Art. 81, parágrafo único, I	Art. 81, parágrafo único, II	Art. 81, parágrafo único, III
Destinatários	Indeterminados	Determináveis	Determinados
Natureza	Indivisíveis	Indivisíveis	Divisíveis
Elemento de ligação	Situação de fato	Relação jurídica base	Situação de fato
Instrumento de defesa	Ação Civil Pública e Ação Popular	Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo	Ação Civil Coletiva

Ao buscar identificar em qual dimensão dos direitos humanos se enquadram os interesses transindividuais, acredita-se ser coerente poder agrupá-los no rol dos direitos de terceira dimensão, dada suas características, como se depreende da lição de Dirley da Cunha Júnior⁵²:

⁵¹ Cf. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*, 2001, p. 42.

⁵² Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., 2014, p. 482.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes e ainda se encontram em fase embrionária. Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo ante o impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa... São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo.

Incontestável, pois, que o direito à liberdade religiosa, ao exercício da religião, é um direito de primeira dimensão e compreendido entre as liberdades individuais humanas. Porém, tais direitos podem sofrer transgressões metaindividuais e nessa circunstância é admitida a proteção do direito do empregado mediante tutela coletiva pelo Ministério Público do Trabalho. Carlos Henrique Bezerra Leite⁵³ justifica a importância dessa atuação coletiva na proteção de direitos individuais:

Vale dizer, os interesses individuais homogêneos são os tradicionais direitos subjetivos que, por opção legislativa, passaram a ser passíveis de tutela coletiva. A *mens legis* em tema de interesses individuais homogêneos, pois, tem por escopo propiciar o acesso coletivo ao Poder Judiciário, por intermédio de uma única demanda, de direitos individuais que normalmente ficariam desprotegidos, como é o caso, por exemplo, dos trabalhadores de uma empresa que não se sentem motivados a buscar a tutela jurisdicional para vindicar o pagamento de vantagens pecuniárias, seja pelo justo receio de perderem seus empregos, seja, geralmente, pelo ínfimo valor que cada um, isoladamente, faria jus.

Assim, no que se refere ao exercício da religião, feitas as análises pertinentes quanto à sua natureza e as comparações entre as espécies de direitos metaindividuais, percebe-se sua aptidão ao enquadramento como direito transindividual homogêneo, passível de ser tutelado coletivamente, considerando que afeta um empregado isoladamente na relação empregado/empregador, mas cujo direito envolvido é de interesse coletivo.

Entretanto, isso não impede que por vezes seja enquadrado também como direito transindividual coletivo, em especial na esfera do Direito do Trabalho, considerando que a discriminação religiosa pode ocorrer afetando um grupo que representa determinada religião, albergando direito coletivo social cujo interesse ultrapassa a esfera do homem individualmente e os efeitos da sua persecução

⁵³ Cf. *A tutela dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho: ação civil coletiva ou ação civil pública?*, 2002, p. 10.

atingem todos os seus destinatários, como sói ocorrer, por exemplo, na fase de contratação por parte de uma empresa que só admite empregados de determinada religião.

Tanto é assim que se tem percebido o aumento da preocupação com a proteção ao exercício da religião por diversas camadas representativas da sociedade, sendo realizadas ações afirmativas de conscientização, respeito e proteção à liberdade religiosa. Como exemplo citam-se as atuações do Ministério Público do Estado da Bahia, titular em potencial das prerrogativas mandamentais em favor do pleno exercício da liberdade religiosa em diversos setores, seguido também do Ministério Público do Trabalho que, dentre outras iniciativas, promove através da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), criada em 2002, a fiscalização e o combate às práticas trabalhistas que resultem em discriminação.⁵⁴

1.4 O QUE É LIBERDADE RELIGIOSA?

Se questionado sobre a definição de liberdade religiosa, um cidadão comum responderá em linhas gerais que liberdade religiosa é uma capacidade, um direito, de a pessoa expressar e exercer sem qualquer restrição sua crença e fé. É ainda poder manifestar-se sobre seus dogmas religiosos sem temor de sofrer represálias por isso.

E academicamente o senso comum se confirma, porém, com definições mais abrangentes e limitações circunstanciais quanto a reserva de preceitos constitucionais à liberdade religiosa, como, por exemplo, incolumidade física ou violação do princípio da dignidade da pessoa humana, como será exposto adiante.

De logo, necessário esclarecer que a liberdade religiosa compreende tanto o direito de livre manifestação de fé e crença, como também o direito de não

⁵⁴ Infelizmente, a cartilha elaborada em 2006 pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU – com o objetivo de divulgar as atividades do MPT através das Coordenadorias de Trabalho, ao tratar das formas de discriminação existentes nos ambientes laborais, citando inclusive casos concretos em que atuou o MPT, não tratou especificamente da intolerância religiosa, deixando-a no campo genérico do combate à discriminação, como se pode ver no referido documento (PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.). *Ministério Público do Trabalho: coordenadorias temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006). Entretanto, verificou-se que anualmente o tema *liberdade religiosa no ambiente de trabalho* tem sido abordado nos cursos promovidos pela ESMPU e destinados aos membros e servidores do Ministério Público, comprovando a recorrente inclusão em pauta da discussão sobre a proteção à liberdade religiosa.

manifestar nada, e mais ainda, o de manifestar a inexistência de crença e fé. Ou seja, a liberdade é plena no sentido de o indivíduo exercer ou não qualquer tipo de religião.

Se, por um lado, a origem da religião, como já dito, perpassa a origem do próprio homem em razão da unidade cósmica, por outro, no que se refere à origem da liberdade religiosa, é razoável afirmar que historicamente ela decorre da cisão da hegemonia religiosa da cristandade. O jurista alemão Jellinek vê a luta pela liberdade religiosa como vanguardista da luta e reconhecimento dos direitos fundamentais, conforme o citou José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁵.

Como preleciona Milton Ribeiro⁵⁶, a base doutrinária dos modernos direitos fundamentais reside na ideia de tolerância religiosa para credos diferentes e na concepção da liberdade de religião e crença, como direitos inalienáveis do homem, e ao adotar a corrente do citado jurista alemão, afirma ainda:

Ao contrário do direito norte-americano, que coloca a liberdade religiosa como *first freedom* (liberdade primeira), constituindo-se em uma das partes mais caras à tradição constitucional norte-americana, o caso francês tem *status* diferente.

Assim, Ribeiro aponta que a tutela religiosa, no direito francês, segue na contramão da vinculação de tal liberdade aos direitos fundamentais, atribuindo a esses uma fonte política aliada a fatores econômicos, e cita o francês Maurice Duverger que corrobora a ideia de que o contorno das liberdades humanas é consequência da necessidade de limitação do arbítrio governamental, longe de qualquer pressuposto espiritual, pelo que a liberdade de religião no sistema francês consiste essencialmente na liberdade de culto, distinções que adiante serão tratadas aqui, e coíbe que a expressão religiosa contrarie a ordem pública.

O presente trabalho comunga da assertiva do reconhecimento dos direitos fundamentais como fruto da batalha pela tolerância religiosa e emanada de seus princípios axiológicos. Entretanto, reconhece também que os direitos fundamentais não são irrestritos, pelo que a liberdade religiosa, como complexo de direitos, também não pode ser.

No que tange às definições literárias sobre liberdade religiosa, colacionam-se aqui algumas de lavra dos pioneiros sobre o tema na literatura nacional, ao qual

⁵⁵ Cf. *Direito constitucional*. 6. ed., 1993, p. 503.

⁵⁶ Cf. *Liberdade religiosa: Uma proposta para debate*, 2002, p. 23.

somente se debruçam os sensíveis à efetivação de direitos fundamentais alçados ao absurdo patamar da menor relevância, como ocorre com o direito fundamental à liberdade religiosa.

Aloisio Cristovam dos Santos Júnior⁵⁷, antes de transcrever várias definições de doutrinadores brasileiros e estrangeiros⁵⁸, afirma que a liberdade religiosa é um direito fundamental completo, como ilustra a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções* proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1981, através da Resolução nº 36/55, que está intrinsecamente ligada ao rol dos direitos humanos:

[...] a dignidade da pessoa humana inclui a sua liberdade de se desenvolver plenamente como indivíduo, não apenas no sentido material, mas igualmente no sentido espiritual;

A importância de se compreender que a dignidade da pessoa humana também se traduz no respeito à sua dimensão espiritual-religiosa reside no fato de que, nas eventuais colisões entre o direito à liberdade religiosa e outros direitos fundamentais, não se poderá, simplesmente, adotar *a priori* uma solução que negue o primeiro, sob o pretexto de que a satisfação das necessidades materiais, por dizer respeito à própria sobrevivência do ser humano, deve prevalecer sobre a satisfação de necessidades espirituais.

Nessa seara do complexo de direitos, Manoel Jorge e Silva Neto⁵⁹, seguido unanimemente por diversos outros doutrinadores, afirma que “Com efeito, é tripartite o direito individual à liberdade religiosa: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa”.

Para José Afonso da Silva⁶⁰, liberdade religiosa:

⁵⁷ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 132.

⁵⁸ Merece destaque também a citação que Aloisio Cristovam faz sobre Jean Morange ainda sobre a definição de liberdade religiosa “A liberdade religiosa é uma ilustração muito boa do caráter indissociável das liberdades. Ela apresenta um aspecto individual (liberdade de consciência), mas não se concebe como realidade social, sem um aspecto coletivo. Ela implica a liberdade de reunião (para orar ou celebrar o culto), de manifestação (cortejos e procissões), mas também de associação: uma igreja é, de certo modo, uma associação, da mesma forma que uma congregação ou um agrupamento de fiéis que fixe um objetivo “ativo” ou “contemplativo”. Mas a liberdade religiosa supõe também o uso, como meio, da liberdade de imprensa (mesmo que fosse, em primeiro lugar, apenas para imprimir e difundir livros santos, mas também imprimir jornais e revistas...), da comunicação audiovisual (rádios e emissões de televisão), da liberdade de ensino (no âmbito do ensino privado ou do ensino público com as capelarias...). Alguns regimes autoritários têm a tendência de querer reduzir a liberdade religiosa a um simples assunto pessoal, ou à necessidade da liberdade de celebrar o culto. Vê-se que se trata aqui de uma mutilação evidente. SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p. 55.”

⁵⁹ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 28.

⁶⁰ Cf. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed., 2014, p. 250.

“se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) liberdade de crença; (b) a liberdade culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição.”

Já nas palavras de André Ramos Tavares⁶¹, a liberdade de religião nada mais é que um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação:

Essa liberdade constitucional engloba a crença, a moral religiosa, os dogmas, a liturgia (cerimonial) e o culto. Significa que a pessoa não pode ser forçada a abandonar sua opção religiosa, sua fé. Ademais, significa, ainda a vedação às guerras santas. De outra parte, a proteção constitucional protege, igualmente, os locais de culto. Mas não é só. Abrange também o direito de não se filiar a qualquer religião. Em outras palavras, o Estado deve respeitar igualmente o ateísmo.

Percebe-se, pois, que a expressão liberdade religiosa não gera dissenso conceitual, sendo constantemente contextualizada no campo das liberdades individuais e agrupadora de multidireitos dessa mesma esfera jurídica.

1.4.1 O direito fundamental à liberdade religiosa

Como visto no tópico anterior, a liberdade religiosa é um complexo de direitos que envolve três tipos de liberdade: de crença, de culto e de organização religiosa. Por corolário lógico, o simples fato dos direitos que a compõem serem fundamentais, seria a liberdade religiosa um direito fundamental também.

Mas não é somente pela razão lógica que se busca demonstrar a liberdade religiosa como direito fundamental. Mesmo que a sua forma literal não esteja expressamente prevista na Constituição, a sua natureza jurídica é inegavelmente de fundamentalidade no ordenamento jurídico, como restará configurado adiante.

No dizer de Dimoulis e Martins⁶², a definição de direitos fundamentais é que:

[...] são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

⁶¹ Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., 2007, p. 558.

⁶² Cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed., 2014, p. 41.

Ingo Sarlet⁶³, ao abordar os direitos fundamentais, faz a sua devida correlação com todos os institutos constitucionais, formais e materiais, da Constituição brasileira vigente, apontando de forma objetiva serem eles os pilares de condução não só da Constituinte, mas também dos institutos sociopolíticos brasileiros pós ditadura militar, chegando a reproduzir a lição de Klaus Stern, para quem

[...] as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.

Impende firmar o entendimento no sentido de que quando se trata de direitos fundamentais duas premissas não podem ser afastadas: a) ditos direitos tem conteúdo axiológico arraigado no jusnaturalismo e fruto da convivência social entre os homens, pelo que assume o caráter de contenção daquilo que lhe é mais essencial: a liberdade. Isto é, os direitos fundamentais são necessários para a perpetuação da sociedade, eis que limitam as liberdades individuais e principalmente a liberdade de atuação do Estado; b) a força normativa deles não decorre apenas da positivação no rol da supremacia constitucional, mesmo que isso lhes atribua o caráter de fundamento jurídico hermenêutico a todas as demais regras legais, mas também do reconhecimento pelos seus destinatários de que essa é a regra justa e equilibrada não só para o homem em si, como diante a coletividade.

Corroborando o quanto esposado a lição de Paulo Cesar Santos Bezerra⁶⁴ ao afirmar que:

[...] é, assim, o direito natural que fundamenta e dá vigência à ordem política sustentada pelo pacto livre de associação, celebrado com o fim específico de defesa estrita e de salvaguarda dos direitos naturais... A ordem política ganha legitimidade na medida em que se transfere para o âmbito da convenção, da lei positiva, o que está impresso na lei natural.

Postas algumas definições de direito fundamental, passa-se a correlacioná-lo ao direito à liberdade religiosa e, como já dito anteriormente, ele se consubstancia como direito individual cuja titularidade é de todos os brasileiros e dos estrangeiros

⁶³ Cf. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., 2015, p. 59.

⁶⁴ Cf. *Temas atuais de direitos fundamentais*, 2006, p. 17.

residentes no Brasil, conforme dispõe a Constituição Federal, podendo estender-se às pessoas jurídicas, como se verá mais adiante.

Quanto ao seu enquadramento no campo das normas, pode-se afirmar que o direito à liberdade religiosa é uma norma constitucional de natureza principiológica, como preleciona Manoel Jorge e Silva Neto⁶⁵:

Todas as normas constitucionais prescritoras do direito individual à liberdade religiosa são normas-princípio, dado que o exercício do direito nunca se operará de modo absoluto, sob pena de vulnerar outro direito individual igualmente protegido pelo sistema da Constituição de 1988.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à liberdade religiosa no ordenamento interno brasileiro advém da sua força normativa já consagrada no âmbito do direito internacional desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, demonstrando um consenso global no que se refere à necessidade de se estabelecer respeito entre o exercício das religiões, já que é uma prática inerente ao homem, de modo a estabelecer um dos vieses da paz internacional.

Reiterando o quanto já observado aqui em linhas anteriores, Aloisio Cristovam⁶⁶, ao tratar também sobre a correlação entre direito à liberdade religiosa e direitos fundamentais, seguiu a linha de Jellinek afirmando ser a luta religiosa a semente de consagração legislativa dos direitos considerados fundamentais, citando:

A ideia de consagrar legislativamente esses direitos naturais, inalienáveis e invioláveis do indivíduo, não é de origem política, mas religiosa. O que até aqui se recebeu como uma obra da Revolução, é na realidade fruto da Reforma e de suas lutas.

E o que são direitos naturais inalienáveis e invioláveis do indivíduo se não os direitos humanos? Por isso, pode-se afirmar sem qualquer temor que a liberdade religiosa também é um segmento nuclear do conceito principiológico de dignidade da pessoa humana.

Há de se observar ainda que o direito à liberdade religiosa dentro da *Teoria dos Quatro Status dos Direitos Fundamentais* de Jellinek⁶⁷ comporta situação

⁶⁵ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 101.

⁶⁶ Cf. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, 2007, p. 42.

⁶⁷ Dita teoria é conhecida por qualificar as quatro formas de interação das situações jurídicas (*status*) entre indivíduo e Estado envolvendo direitos fundamentais, como um reflexo comportamental desse

jurídica que atribui ao Estado atuação negativa pelo simples fato de tratar-se de um direito a uma espécie de liberdade.

Gilmar Mendes⁶⁸, entretanto, afeta também à liberdade religiosa o aspecto de direito à prestação, eis que, segundo ele, compete ao Estado o dever de dispor o conforto religioso aos interessados internados coletivamente nas entidades civis e militares, nos termos do art. 5º, VII, da CF. De tal entendimento não se comunga, seguindo-se o raciocínio mais lógico e constitucionalmente contextualizado de Celso Bastos e Ives Gandra Martins citados por Manoel Jorge e Silva Neto⁶⁹ que dispõe sobre a impossibilidade de ser cobrado ao Estado a prestação da assistência religiosa nessas entidades.

Não se admite deixar de registrar aqui que a Constituição Federal consagrou o direito à liberdade religiosa também nos arts. 210, § 3º, 213 e 226, § 2º, os quais estão dispostos no Título que trata da Ordem Social, tratando de normas concernentes a educação e a família, outorgando à religião, seja ela qual for, direitos e efeitos civis.

1.4.2 Liberdade religiosa como desdobramento de outras liberdades

O direito à liberdade religiosa se compõe do direito a várias outras liberdades, como de manifestação de pensamento (IV), liberdade de consciência e de crença (VI), de reunião (XVI), de culto e de organização religiosa (VI), todas formal e materialmente previstas na Constituição Federal através do art. 5º.

De todos esses direitos fundamentais correlacionados toma-se a liberdade de manifestação de pensamento como manto fiador da efetividade das liberdades de consciência e de crença, pois de nada adiantaria ao indivíduo ser detentor das demais liberdades se privado fosse de expressá-las.

último dado o reconhecimento das liberdades individuais caracterizadas pelos direitos de primeira dimensão. No primeiro *status (subjectionis)* o homem é titular de deveres e está subordinado ao encargo proibitivo de atuação imposto pelo Estado; o segundo *status (negativus)* limita a atuação do Estado de modo que sejam priorizadas as liberdades individuais, sendo o homem o titular de direitos; já o terceiro *status (positivus)* atribuiu ao indivíduo prerrogativas face ao Estado para que esse preste ações positivas de cumprimento das leis e efetivação dos direitos; por último, há o quarto *status (activus)*, no qual o indivíduo poderá participar ativamente na formação da vontade do Estado, como, por exemplo, através do escrutínio de representantes legislativos e executivos.

⁶⁸ Cf. *Curso de direito constitucional*, 2010, p. 512.

⁶⁹ Cf. *Curso de direito constitucional*, 8. ed., 2013, p. 719.

Mesmo porque se acredita na liberdade de consciência como algo incontrollável, ilimitado, inerente à condição humana e fruto do seu íntimo mais íntimo. Liberdade de consciência é liberdade de pensamento e o pensamento é livre, a mente humana nem sempre se submete ao seu próprio dono, quisera ao controle externo. O mesmo se esboça sobre a liberdade de crença. Não se consegue vislumbrar a efetividade de qualquer norma limitadora da liberdade de consciência ou de crença, cujo efeito se restringe as situações de discriminação e de clandestinidade da manifestação do pensamento.

Em que pese o entendimento pessoal esposado, para não se por na contramão da doutrina engajada sobre o assunto, destaca-se algumas distinções realizadas entre essas liberdades de modo a facilitar, ao final, a digressão da liberdade religiosa.

Pressupõe-se a liberdade de manifestação de pensamento espécie que possui como gêneros a liberdade de consciência e de crença, sendo essa primeira o direito do indivíduo de ter ou não ter convicções políticas, ideológicas e culturais; já a liberdade de crença é a que permite ao indivíduo ter ou não ter religião, representando tanto o direito dos não religiosos, ateus, ceticistas e agnósticos, quanto daqueles que professam fé e por isso fazem adesão, modificação ou criação de uma linha de convicção espiritual, ou seja, da religião, conforme preleciona Dirley da Cunha⁷⁰.

Outra inteligência que merece relevo quanto à distinção entre liberdade de consciência e liberdade de crença é no sentido de que se a liberdade religiosa tivesse como fundamento apenas a liberdade de consciência, não poderia ter como titular a pessoa jurídica, vez que a consciência é um atributo exclusivamente humano. Porém, se depreende que cabem às pessoas jurídicas a titularidade sobre o direito à liberdade religiosa, assim, como a titularidade de outros direitos fundamentais. Desse modo, já afirmou Aloisio Cristovam⁷¹:

[...] considerando a ideologia constitucional favorável à ampla expressão da religião e o consenso existente sobre a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas, parece razoável reconhecer às empresas o direito à liberdade religiosa, conquanto com uma compleição mais restrita que à aplicável aos indivíduos e às organizações religiosas.

⁷⁰ Cf. *Curso de direito constitucional*, 2014, p. 549-550.

⁷¹ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 142.

Entende-se que reconhecer às empresas o direito à liberdade religiosa é possível, porém, a partir do momento em que elas se afastam da secularização, assumem o caráter de organizações de tendência.

À liberdade religiosa é imprescindível a liberdade de culto, vez que o segundo é a manifestação do primeiro, de modo individual ou coletivo, assegurando-lhe a existência e permanência social, além da institucionalização física, e consiste no procedimentalismo dos ritos e tradições concernentes a cada religião.

A previsão constitucional do art. 5º, VI, é a prova cabal da consagração da proteção do direito à liberdade religiosa promovida pelo constituinte, eis que especializou o direito à liberdade de reunião no campo da liberdade de crença, incluindo também a proteção aos templos e igrejas de modo que esses sejam salvaguardados pelo Estado para que recebam igualdade de tratamento e liberdade de atuação.

Além da liberdade religiosa, a laicidade estatal também foi consagrada na Carta Magna através dos seus artigos 19, I, e 150, VI, 'b', ao imporem ao Estado o dever de não criar mecanismos, nem mesmo de cobrança de impostos, que gere óbices ao desenvolvimento e regular funcionamento dos templos e cultos religiosos, sejam eles de qualquer linhagem ou convicção religiosa, sendo vedado ainda relações de dependência ou aliança entre os seus representantes e o Poder Público, para evitar predileções ou benefícios que distorçam a isonomia que deve ser regra.

Todavia, convém ressaltar que os direitos fundamentais decorrentes do desdobramento da liberdade religiosa não possuem eficácia plena, considerando algumas restrições de modo a assegurar igualmente outros direitos fundamentais, como, por exemplo, ocorre com cultos que produzem sons altíssimos realizados durante a madrugada em localidade urbana, ou que promova rituais de sacrifício humano ou animal.

Mais um desdobramento percebe-se no que se refere ao direito prescrito no art. 5º, VII, da Constituição Federal, referente à assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva, que em muito se assemelha à liberdade de culto, considerando que dita assistência se reveste da realização de cultos e missas em si, além de leituras bíblicas, discussões e palestras litúrgicas. Todas essas manifestações devem respeitar amplamente a voluntariedade da participação do assistido, em cumprimento ao direito que o abrange que é o direito à liberdade de consciência e de crença.

Por fim, no que se refere aos direitos que compõem a liberdade religiosa, há ainda a liberdade de organização religiosa, cuja definição, seguindo Aloisio Cristovam⁷²,

[...] consiste, fundamentalmente, no direito de os grupos religiosos estabelecerem o seu modo de constituição e de funcionamento autonomamente, o que engloba, por exemplo, a forma de recrutamento e desligamento de membros, a forma pela qual o poder é distribuído internamente, a forma de autofinanciamento e a forma de auto-regulamentação. Sob tal prisma, a liberdade de organização religiosa traduz-se em direitos coletivos dos grupos religiosos organizados.

Liberdade de organização religiosa possui, pois, duas vertentes de aplicação quando tratada como norma. A primeira se refere a ausência de restrição para institucionalização de determinada crença, sendo livre ao religioso criar, gerir e estabelecer o funcionamento de sua igreja ou templo, tanto no aspecto físico, quanto espiritual; a segunda vertente consiste no fato de que o procedimento ritualístico e comportamental dos fiéis não podem sofrer limitações, devendo ser de livre manifestação.

1.5 A PROTEÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

Sobre liberdade religiosa, os primeiros registros no Direito Internacional são de 1966, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos elaborado pela Assembleia Geral da ONU, assim como ocorreu posteriormente no Pacto de San José da Costa Rica.

Em seguida, sobreveio a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas em religião ou em convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1981, com apenas 08 artigos, porém, com carga profunda de proteção aos direitos humanos, chegando a reconhecer que a liberdade de religião ou de convicções contribui também para a realização dos objetivos da paz mundial, justiça social e amizade entre os povos, e à eliminação das ideologias ou práticas do colonialismo e da discriminação racial.

O combate à discriminação religiosa também foi objeto de proteção expressamente prevista na Convenção 111 da OIT, datada de 1958, com o fito de

⁷² Cf. *A liberdade de organização religiosa e o estado laico brasileiro*, 2007, p. 77.

promover e assegurar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Todas essas normas internacionais foram referendadas pelo Brasil, integrando, portanto, o direito interno, o qual avançou timidamente ao longo dos anos tratando da religião como objeto de direito, adequando-se ao contexto histórico de luta pelo reconhecimento das liberdades individuais e se fazendo presente em todas as Constituições brasileiras.

Durante o período colonial até o regime imperial, compreendido pelos anos de 1500 a 1889, o Brasil adotou como oficial a religião católica, seguindo a tendência da predominância europeia e fortalecida pelas missões jesuíticas que aqui se estabeleceram. Na 1ª Constituição brasileira, outorgada em 1824, estabeleceu-se a adoção da religião oficial, entretanto, mesmo restringindo a liberdade de culto ao catolicismo, autorizava a liberdade de crença.

Em 1891, a proclamação da República ensejou a promulgação da Carta Constitucional que dispôs sobre a separação entre o Estado e a Igreja e ainda autorizou a realização de cultos de todas as religiões, destituindo o monopólio católico e iniciando uma nova era no que se refere a liberdade de religião no Brasil, tendo em vista que atribuiu ao casamento civil, em detrimento ao religioso, a legalidade dos efeitos, bem como passou a administração dos cemitérios ao poder público municipal, ressaltando a imunidade religiosa de realização dos ritos.

Dita Constituição foi a precursora de vários direitos concernentes à liberdade religiosa e que aperfeiçoados integram hoje a Constituição vigente, como, por exemplo, a proibição de dependência ou vínculo entre determinada religião e as instituições de poder, e a proteção de direitos civis e políticos independentemente da convicção religiosa do indivíduo.

As Constituições de 1934 e 1937 mantiveram a condição de Estado laico no Brasil, o que foi consolidado nas constituições seguintes, e passou a permitir a assistência religiosa nas forças armadas, hospitais e penitenciárias, independentemente da confissão de fé, bem como atribuiu fé pública aos casamentos realizados por chefes religiosos.

Na Constituição de 1946, a recusa ao cumprimento de obrigação a todos imposta por motivo religioso deixou de ensejar a perda de direitos, desde que o objetor prestasse obrigação alternativa prevista em lei.

Já as Constituições do período ditatorial brasileiro não demonstraram progressão significativa ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a única ampliação ao que já existia no ordenamento sobre o tema foi, nas palavras de Manoel Jorge⁷³, a inclusão do credo religioso como gênero, tal qual o sexo, raça, trabalho e convicções políticas, impedindo-se a consumação de desequilíbrios fortuitos fundados igualmente na opção religiosa.

Por fim, a Constituição Federal vigente, datada de 1988, já largamente tratada aqui, trouxe a liberdade religiosa indiscutivelmente como direito fundamental, especializando várias de suas aplicações de modo a garantir seu livre exercício, dispondo-a, inclusive, como integrante do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Infraconstitucionalmente o Brasil possui a Lei nº 9.029/95 que veda práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, que, apesar de não tratar expressamente da convicção religiosa como motivo de discriminação, falha imperdoável do legislador nesse sentido, é bastante utilizada pela doutrina e jurisprudência pátrias para coibir a discriminação religiosa, até mesmo porque o rol de motivos elencados em seu art. 1º não é taxativo.

Há ainda o Decreto nº 62.150/1968 que promulgou a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão e que em seu artigo 1º define discriminação como distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Ainda no âmbito do direito internacional, o Brasil ratificou em 09/07/08, mediante Decreto Legislativo nº 186, a Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2006. Tal Decreto, em que pese não tratar de discriminação por motivo religioso, dispõe ao arcabouço normativo pátrio mais fundamentação jurídica à proteção do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

⁷³ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 108-109.

2 O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Em linhas bem específicas, vez que a questão dogmática central permeia o Direito do Trabalho sob o viés da proteção constitucional à liberdade religiosa na relação de emprego, o presente trabalho aborda alguns aspectos gerais dessa relação de modo a facilitar o processo hermenêutico para aplicação da norma razoavelmente mais adequada a dado caso concreto.

De início, considera-se essencial abordar a semântica e a terminologia da palavra trabalho, mas sob a contextualização filosófica e religiosa para que se dê o compasso com o objeto da presente pesquisa. Há em destaque na história do termo *trabalho* a sua derivação da punição e da dor, evoluindo até reavivar o embate marxista que atribui ao liberalismo econômico a coisificação humana, colocando o trabalhador como mero instrumento do mercado produtivo. E a crítica se estende ferozmente à divisão do trabalho preconizada por Adam Smith, para que se possa reverter a concepção consolidada e pensar no trabalho como construção da dignidade do homem, e não como seu limitador.

Quanto ao Direito do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento⁷⁴ traz uma concepção sociológica e afirma categoricamente que o trabalho integra a dignidade pessoal do homem, sendo merecedor da mais alta valoração:

[...] o direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social. Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa a atingir a justiça social.

E coadunando de modo ímpar com o que aqui se apresenta, Guilherme Guimarães Feliciano⁷⁵ afirma que o Direito tem um papel nuclear a cumprir no sentido de fazer com que o homem reconheça no trabalho o seu valor intrínseco tanto no plano objetivo, material, mas também subjetivo, para que possa ter prazer e liberdade, pois, para ele o trabalho é um “passo além no processo de transcendência cultural. Redescobrir, em uma palavra, o sentido do trabalho

⁷⁴ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29. ed., 2014, p. 64.

⁷⁵ Cf. *Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho*, 2013, p. 26.

humano. Reumanizá-lo será, pois, aproximar o ser humano concreto do paradigma do *homo faber* e afastá-lo da antípoda (o *animal laborans*).”

E a comunhão de pensamento com o citado autor aqui se faz presente de forma plena, porque não se permite conceber que o ato de trabalho do homem seja derivado apenas da necessidade material, sem que seja empregada também como sua força motriz o desejo de realização subjetiva e o reconhecimento da liberdade humana, eis que o trabalho é um direito fundamental e como tal deve ser exercido.

2.1 ASPECTOS GERAIS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1.1 Conceitos e elementos jurídicos da relação de emprego

Despontou o Direito do Trabalho com a função elementar de tutela e promoção das relações de emprego que se caracterizam pelos elementos dispostos no art. 3º, caput, da CLT. A predeterminação normativa desse ramo do Direito, dada a contextualização histórica, tomou como objeto o equilíbrio dos interesses econômicos face aos interesses sociais e o estabelecimento contínuo de melhorias no ambiente laboral⁷⁶.

Dada a amplitude e especificidades dos contratos de trabalho, nessa pesquisa foi realizado o corte epistemológico sobre as relações de emprego, compreendendo-as como espécies do gênero trabalho e que podem ser conceituadas como negócio jurídico por meio do qual os contratantes instituem uma relação de trato sucessivo, típico, sinalagmático, oneroso e pessoal.

Nesse sentido, transcreve-se o entendimento de Sergio Pinto Martins⁷⁷, para quem o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, e se corresponde, não é igual, porque se fosse igual o legislador não teria usado o verbo *corresponder*.

Para Martins, inclusive, a CLT aponta para a concepção mista através do art. 442 por equiparar o contrato de trabalho à relação de emprego, demonstrando

⁷⁶ Quanto às funções do Direito do Trabalho destacam-se as lições de Sérgio Pinto Martins, que as restringe às funções tutelar e promocional já explicitadas, e de Mauricio Godinho Delgado que amplia esse rol incluindo as funções *inclusiva*, para promover a ascensão social e o sustento humano digno, *política*, para outorgar legitimidade ao modelo capitalista enraizado na sociedade e *progressista e modernizante*, que representam a distribuição de renda equânime e o aperfeiçoamento da mão de obra.

⁷⁷ Cf. *Direito do trabalho*. 30. ed., 2014, p. 95.

“aspectos contratualistas, quando faz referência a acordo tácito ou expresso (acordo de vontades), e institucionalistas, quando usa a expressão *relação de emprego*”⁷⁸.

Não se olvidando do caráter contratual em que se estabelece a relação de emprego, ainda que em muitos casos seja ele por adesão, nas palavras de José Cairo Júnior⁷⁹, o objeto do contrato de trabalho, englobando-se sem prejuízo o contrato de emprego, “é de livre estipulação, desde que não contrarie as normas de ordem pública que formam o Direito do Trabalho”, assim como previsto no art. 444 da CLT.

Já nas palavras de Mauricio Godinho Delgado⁸⁰, “a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação”.

O importante é depreender do contrato de emprego as funções que de modo intrínseco o vinculam aos direitos sociais que o originaram e que, conseqüentemente, também incorporaram dos direitos humanos.

2.1.2 Princípios e regras

Considera-se ultrapassada a discussão quanto a natureza jurídica do Direito Laboral e restou inegavelmente reconhecido seu nascedouro no Direito Civil, do qual herdou princípios como o da autonomia da vontade e da boa-fé contratual, além de outros valores axiológicos em interseção com toda a ordem jurídica, como, por exemplo, os chamados princípios gerais de direito, representados pela razoabilidade e proporcionalidade e boa-fé contratual.

Antes de adentrar no arcabouço principiológico cabe registrar, ainda que perfunctoriamente, assim como fez Alice Monteiro de Barros⁸¹, que se entende por normas o conjunto de regras e princípios, e esses se distinguem por critérios diversos, como teor de objetividade e abstração e modo de aplicação (subsunção ou

⁷⁸ Ibidem, p. 103.

⁷⁹ Cf. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed., 2014, p. 224.

⁸⁰ Cf. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed., 2012, p. 283.

⁸¹ Cf. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed., 2011, p. 139.

ponderação). Assim, enquanto as regras são mandados de definição, os princípios são mandados de otimização.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso⁸², em uma de suas obras fez remissão às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, mencionando o critério de diferenciação entre regras e princípios quando da solução de um problema, as quais se valem das técnicas do *tudo ou nada* e da *ponderação*, aplicando-as, respectivamente, aos conflitos entre regras e às colisões entre princípios.

Essa ponderação de princípios trazida por Dworkin⁸³ decorre do peso que, para ele, os princípios têm em razão da carga moral que os envolve. Isso não quer dizer que um princípio é mais importante que o outro, mas que a análise valorativa, e por que não dizer também comparativa, entre dois princípios demonstra que um deles resolve da melhor forma o caso concreto.

A partir daqui, trabalha-se a teoria de Dworkin sob a análise de Alexy, o qual foi além e, diante da distinção entre normas regra e normas princípio, afirmou que a diferença reside na matéria qualitativa e não de grau e ambas têm o caráter do dever-ser, porém, enquanto a regra é absoluta, do tipo tudo ou nada, ou seja, uma ou outra é aplicável, os princípios, por sua vez, permitem a flexibilização, um podendo ceder ao outro. Daqui se extrai a teoria da lei de colisão construída por Alexy⁸⁴, a qual atrai a técnica da ponderação para resolução dos conflitos entre princípios.

E justamente aqui exsurge a diferença entre os efeitos da solução de conflitos entre regras e entre princípios, vez que, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade da norma e atingem a sua permanência ou não no ordenamento jurídico⁸⁵; já a colisão de princípios ocorre no campo da ponderação⁸⁶, utilizando a adequação, sendo analisado caso a caso, não se extraindo do

⁸² Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed., 2009, p. 330-331.

⁸³ Cf. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 57.

⁸⁴ Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 95-96.

⁸⁵ Sobre conflito entre regras, Alice Monteiro de Barros preleciona: “Ocorre também de uma norma sacrificar o interesse de umas das partes em benefício da outra, o que não deveria existir no ordenamento jurídico, porque conduz ao desaparecimento do contrapeso necessário às relações entre empregado e empregador”. *Ibidem*, p. 153.

⁸⁶ Sobre ponderação Luís Barroso preleciona: “A denominada *ponderação de valores ou ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”. *Ibidem*, p. 332.

ordenamento qualquer dos conflitantes, pelo contrário, o princípio que na situação 'A' for afastado, na situação 'B' poderá ser a única solução.

Nessa seara, despontam os primeiros delineamentos da fundamentação jurídica que se busca para a solução do problema proposto, perfilhados na disputa do caso concreto a ser solucionado em detrimento ao rigor do sistema normativo, fazendo prevalecer, metodologicamente, a formulação da solução mais adequada, como dispõe Luís Roberto Barroso⁸⁷, para quem dita solução mais adequada “deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo”.

Assim como Barroso, entende-se que o homem comum realmente deve ser parte integrante do processo hermenêutico normativo, como já vem ocorrendo no Brasil logo após a abertura democrática e política à medida que a opinião pública se manifesta com rigor e cobra do judiciário uma adequação da norma à sua realidade.

Em não sendo estático o direito, pela sua própria natureza, vez que as normas devem acompanhar as relações interpessoais que a todo momento evoluem e se tornam mais complexas, funda-se a validade da norma, entre outros elementos, na sua própria evolução de modo a receber da sociedade o reconhecimento pela capacidade de regular as inovações que se instauram.

O jurista alemão Peter Häberle tornou-se conhecido justamente por expor em sua obra intitulada “*A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*” a concepção do homem comum como agente da interpretação constitucional de uma sociedade de caráter republicano e democrático, justificando-se no fato de que:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...]

Como bem o citou Inocêncio Mártires Coelho⁸⁸, na palestra ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nesse sentido, inclusive, parece

⁸⁷ Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 333/334.

⁸⁸ Cf. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação Constitucional no Direito brasileiro*, 1998.

conjugar bem o que dispõe Otto Bachof⁸⁹, ao tratar de controle de constitucionalidade, afirmando que:

É evidente que um juiz não está autorizado a basear as suas decisões em concepções *subjectivas* sobre a justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todos os que pensam recta e justamente e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto diverjam multiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões fundamentais, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.

Depreende-se da teoria de Peter Häberle que restringir de modo absoluto a interpretação constitucional à tecnicidade dos homens togados pode fragilizar a validade da norma e o regime democrático, além de obliterar a proteção do direito fundamental de grupos de menor representação social, ferindo de morte o princípio da igualdade material.

A influência do professor Häberle também pode ser notada no âmbito da atuação do Supremo Tribunal brasileiro, como se vê, por exemplo, no julgamento da ADI nº 2.777⁹⁰ através do voto do Ministro Celso de Mello que expressou a necessidade de ser debatida a abertura hermenêutica constitucional, como instrumento, inclusive, de proteção e defesa de grupos minoritários, o que se aplica aos casos de proteção à liberdade religiosa.

Essas demandas que exigem a atividade jurisdicional contextualizada e calcada na necessidade de se aplicar a melhor solução ao caso concreto sobrelevam os princípios a categoria de instrumento da finalidade do Direito em si, que é retirar do ordenamento posto, de forma sistematizada, os valores que nortearão o apaziguamento do conflito.

2.1.2.1 Princípios gerais do Direito

Ao se debruçar sobre os princípios muitas elucidações devem ser feitas, porém, considerando o oceano que tal assunto representa, tornou-se prudente e preferível beber apenas uma gota d'água, delimitando-a ao tema proposto.

⁸⁹ Cf. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, 2009, p. 82.

⁹⁰ ADI nº 2.777 proposta pelo governador do Estado de São Paulo questionando constitucionalidade de lei estadual que trata do ICMS. Nessa ADI o Supremo Tribunal, ao julgar questão de ordem, por maioria, entendeu permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae*.

Inicialmente, não se pode falar de princípio sem tratar do princípio da igualdade, o qual nesse momento dispensa inteleccões genéricas, partindo-se ao ponto concernente ao desfecho que se busca na presente pesquisa. Se um dia já se questionou a aplicabilidade do citado princípio nas relações privadas, por acreditar sê-lo incompatível com a autonomia privada e a liberdade contratual, hoje, tal dúvida não mais persiste, pelo menos doutrinariamente, porque na prática, muitos questionamentos ainda são feitos nesse sentido, consubstanciando muito mais inconformismo que incompreensão.

No campo do Direito do Trabalho, o princípio da igualdade tem o escopo de proteger os empregados para que em um mesmo ambiente não sejam promovidas condutas que gerem desigualdade ou discriminação, seja por qual motivo for. Luiz de Pinho Pedreira da Silva⁹¹, citando julgado da Suprema Corte espanhola, distingue os princípios de igualdade e da não discriminação afirmando que o primeiro “é um direito subjetivo dos trabalhadores a obterem um tratamento igual, que exigem pressupostos de fatos iguais tratados idênticamente em suas consequências”, já a discriminação é a distinção feita entre duas pessoas ou dois grupos por uma razão condenável.

Nesse aspecto da distinção entre os princípios da igualdade e da não discriminação, Manoel Jorge e Silva Neto⁹² faz nobre elucidação ao trazer exemplos que põem par de cal sobre qualquer dúvida remanescente, explicitando que a discriminação pode ser legítima, sem ferir o princípio da igualdade, se “o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontra plenamente justificado pela situação fática”.

Caracterizar como discriminatória ou não a conduta praticada no vínculo empregatício impõe a adoção de alguns parâmetros analíticos para afastar a condução do caso por mera discricionariedade, devendo ser criados critérios científicos, de modo a priorizar a segurança jurídica e a equidade⁹³. Assim, julgar se é ou não discriminatória a conduta de determinada empresa comercial que contrata para seu quadro de empregados apenas pessoas de religião específica, atrai a

⁹¹ Cf. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed., 1999, p. 172.

⁹² Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 153.

⁹³ É possível estabelecer critérios jurídicos a fim de analisar o conteúdo discriminatório da conduta praticada na relação de emprego, como a atividade empresarial, a função exercida pelo empregado, o modo da manifestação da liberdade religiosa (frequência, local, forma).

responsabilidade da análise circunstancial para aferir se houve afronta ao princípio da igualdade.

Recrudescer juridicamente a relevância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se virando às costas ao fato de que a eles também são atribuídas diversas natureza jurídicas, como *máximas de interpretação* e *postulados*, sob a justificativa de que razoabilidade e proporcionalidade não são princípios porque não colidem com qualquer outro, nem entre si, sua aplicação não impele a não aplicação de outro princípio. São, pois, parâmetros, critérios de interpretação para realização de sopesamento entre os princípios, como preleciona José Sérgio da Silva Cristovam⁹⁴.

Humberto Ávila⁹⁵, por exemplo, utiliza a terminologia *postulado* e faz as seguintes distinções: enquanto princípios e regras são normas objeto da aplicação, os postulados orientam a aplicação de outras normas, destinados os primeiros ao Poder Público e ao constituinte e o segundo ao intérprete e aplicador do Direito, sendo que sobre os princípios e as regras incide o parâmetro do *tudo ou nada* ou da *ponderação*, já os postulados, por orientarem a aplicação dessas normas, exclui a conflituosidade.

Assim, a máxima da razoabilidade teve origem na garantia do devido processo legal como forma de limitar a intervenção estatal e assegurar direitos processuais, prezando pelo formalismo para afastar ilegalidades. Com o tempo o direito estadunidense ampliou o conceito do que seria o devido processo legal de modo a fazer com que esse direito fosse garantia também de direitos individuais, como uma consolidação dos direitos naturais à justiça e igualdade.

Já o postulado da proporcionalidade busca garantir aos direitos fundamentais a limitação da atuação do poder público para que esse não restrinja ditos direitos de maneira desnecessária. É, assim, uma forma de verificação da utilização dos meios mais adequados e proporcionais para o alcance de determinado fim. Deve-se priorizar sempre a aplicação do meio mais adequado, aquele que menos restringe direitos fundamentais, e ele será proporcional se as vantagens que promover superarem as desvantagens que provocar.

⁹⁴ Cf. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed., 2016, p. 214-215.

⁹⁵ Cf. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., 2014, p. 164.

A diferenciação entre os postulados da proporcionalidade e razoabilidade se funda no fato de que a razoabilidade não faz referência de causalidade entre um meio e um fim, como o faz a proporcionalidade, mas atua como dever de harmonização, do geral com o individual (dever de equidade); como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) e como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), como prevê Humberto Ávila⁹⁶.

Sidney Madruga⁹⁷, ao tratar do tema, afirmou, em nota de rodapé, que Humberto Ávila admite que a razoabilidade pode ser enquadrada no exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, quando esta for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode aniquilar o outro; ou ainda quando há vários interesses em conflito até mesmo entre aqueles que são titulares de direitos fundamentais, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.

Dentre os princípios gerais do direito ainda há o da boa-fé que circunda o direito do trabalho e, conforme afirma Salvo Venosa⁹⁸: “esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais”.

A boa-fé se verifica no exame do elemento subjetivo em cada contrato em paralelo à conduta objetiva das partes. Em se tratando do direito laboral, cabe ao juiz extrair dos fatos a intenção dos contratantes quando da alegação da má-fé no descumprimento do contrato, se essa intenção se posiciona antes, durante ou depois da contratação, para identificar se realmente se trata de má-fé ou de impossibilidade de cumprimento.

Alice Monteiro de Barros⁹⁹ faz menção ainda ao princípio da adequação social ou do método sociológico na função interpretativa, o qual se expressa de forma objetiva ou subjetivamente na interpretação das normas trabalhistas e na segunda forma “alude à valoração dos comportamentos dos trabalhadores, em face das circunstâncias de tempo, lugar e modo, o que é prejudicado pelo casuísmo das

⁹⁶ Cf. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2014, p. 193-196.

⁹⁷ Cf. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*, 2013, p. 234.

⁹⁸ Cf. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed., 2014, p. 411.

⁹⁹ Cf. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed., 2011, p. 152.

normas trabalhistas no Brasil”. Para Barros, dito princípio incorpora o elemento sociológico na interpretação das leis trabalhistas fundamentando a aplicabilidade das normas legais com certo grau de indeterminação de conteúdo.

2.1.2.2 Princípios específicos que norteiam a relação de emprego

O Direito do Trabalho, assim como os outros sistemas normativos, possui um conjunto de normas específicas, incluindo-se nesse rol princípios que somatizam o espírito protetor ao empregado em razão da sua hipossuficiência na relação de emprego, como princípio da proteção, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade e da continuidade.

O princípio da proteção, mentor interpretativo de todas as outras normas, tem o escopo de imprimir equilíbrio às relações *empregado x empregador*, autorizando, por isso, o aproveitamento da fonte jurídica mais favorável ao empregado, independentemente da hierarquia entre essas fontes, como enuncia, por exemplo, o art. 3º, II, da lei 7.064/82¹⁰⁰.

Esse princípio traz também a teoria do conglobamento parcial, a qual permite ao julgador selecionar dentro do conjunto normativo os institutos que podem ser apreciados separadamente para eleger os mais favoráveis ao empregado, como preleciona o art. 444, da CLT¹⁰¹. Do mesmo modo, opera-se também o princípio *indubio pro operário*, art. 818, da CLT¹⁰², como uma garantia de proteção ao empregado.

O princípio da continuidade, por sua vez, estabelece que o contrato de emprego é para ser cumprido na maior duração de tempo possível, presumindo-se ainda que quando o contrato é levado a termo o é em decorrência do poder potestativo do empregador, como prevê o art. 7º, I, da CF¹⁰³ e o enunciado da

¹⁰⁰ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

¹⁰¹ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

¹⁰² Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

¹⁰³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Súmula 212, do TST¹⁰⁴, devendo ser corroborado aqui que o caráter contínuo do contrato de emprego explica a existência dos poderes diretivo e disciplinar.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰⁵, ao tratar da preservação do contrato de trabalho, afirma que o princípio não seria da continuidade, mas da conservação, visto que tem uma amplitude maior, não só conceitual, mas de estrutura, “cujo escopo é o favorecimento da continuidade do vínculo, em face da conveniência social e econômica do seu prosseguimento em condições razoáveis”.

Ele afirma ainda que o princípio da conservação foi estruturado para estabelecer alternativas à extinção do vínculo de emprego, como a suspensão e interrupção do contrato, eis que em dadas situações de conflito a solução vislumbrada mediante a doutrina tradicional era sempre de extinção do vínculo. Alternativas essas são como as que ora se busca no presente trabalho a fim de não impor a extinção do vínculo, mas de acomodar os interesses.

No Direito Laboral há também o princípio da irrenunciabilidade de direitos, por vezes denominado indisponibilidade, que segundo a definição de Luciano Martinez¹⁰⁶ “baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual não é dado ao empregado dispor (renunciar ou transacionar) de direito trabalhista”.

E quais direitos estariam englobados nesse mandamento nuclear protetivo? Inexoravelmente os direitos fundamentais “visceralmente ligados à dignidade da pessoa humana” se encontram nesse rol como afirma Guilherme Guimarães Feliciano¹⁰⁷, e daí decorre a indisponibilidade do direito à liberdade religiosa na relação empregatícia.

Por fim, dentre os princípios peculiares ao direito do trabalho, destaca-se o da primazia da realidade, o qual encima a realidade fática a qualquer prova documental produzida, fazendo prevalecer a forma como o vínculo empregatício efetivamente se concretizava.

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

¹⁰⁴ SÚMULA Nº 212 - DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

¹⁰⁵ Cf. *Teoria geral do direito do trabalho*, 1998, p. 297.

¹⁰⁶ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed., 2012, p. 90.

¹⁰⁷ Cf. *Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho*, 2013, p. 256.

2.1.3 Direitos fundamentais do empregado

O empregado, segundo conceito constante no art. 3º, *caput*, da CLT, é a pessoa física que dispõe da sua força de trabalho em favor de outrem e em troca de contraprestação pecuniária, o fazendo de modo habitual, subordinado e pessoal. Assim, pode-se afirmar que empregado é o indivíduo, a pessoa física detentora de direitos e deveres relacionados no campo do direito laboral e em decorrência do vínculo estabelecido dessa natureza.

O homem quando está no seu exercício da função laboral, quando está trabalhando, ele não se despe das suas convicções e sentimentos mais íntimos, e nem poderia, porque são esses elementos que o integram, o tornam o que ele é, são sua essência e lhe dão valor. Se o vínculo empregatício no qual ele está inserido o faz renegar essas convicções e sentimentos algo de muito errado envolve essa relação porque reduz esse homem a negação de si mesmo, sendo-lhe prejudicial, para não dizer mortal.

Dessas circunstâncias é que surge a necessidade da vigilância e proteção aos direitos do homem em seu ambiente de trabalho para que ele mantenha sua dignidade. Em sendo assim, o fato do empregado ser acima de tudo um ser humano, corolário lógico que os direitos fundamentais do empregado sejam os mesmos do homem que o carrega, em especial no que se refere ao direito à liberdade religiosa e os outros previstos no art. 5º, da CF.

Por igual razão, as mesmas limitações impostas ao homem no exercício de suas liberdades e direitos individuais se estendem sobre ele quando do cumprimento do encargo empregatício. Persiste também sobre o empregado o dever de obediência às ordens e recomendações lícitas do empregador, além de outras obrigações óbvias como cuidado e preservação do patrimônio, eficiência, fidúcia e honestidade.

Certo é que o Brasil tem seguido a tendência mundial no sentido de passar a reconhecer os direitos fundamentais nas relações entre empregado e empregador, buscando estabelecer por decisões jurídicas a efetividade desses direitos com base nos princípios da igualdade e da não discriminação e, em especial, da dignidade da pessoa humana, como assim também entende Alice Monteiro de Barros¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cf. *Curso de direito do trabalho*, 2011, p. 492-493.

2.1.4 Poder diretivo do empregador

O poder diretivo do empregador, também denominado de poder empregatício e patronal, é caracterizado pela atribuição de prerrogativas ao empreendimento com finalidade de instituição de atos de organização, controle, fiscalização e disciplina das relações com seus empregados, podendo exigir desses o cumprimento de suas atividades laborais, desde que enquadradas no ordenamento jurídico vigente, sob pena de aplicação de sanções, também enquadradas, tudo em união de esforços recíprocos para atingir o objetivo, que deve ser de desenvolvimento da organização econômica empregadora e de respeito às normas trabalhistas.

Entretanto, esse poder diretivo não é ilimitado, como tudo no direito, e como já dito sua limitação se circunscreve em torno da adequação às normas jurídicas postas, as quais são o principal instrumento do poder de resistência que é exercido pelo empregado na luta pelos seus direitos, tradicionalmente representado pelos sindicatos de categoria.

Se por um lado o poder diretivo é essencial à atividade econômica e ao funcionamento da empresa, e conseqüentemente aos empregados porque dela advém sua renda, sua limitação também assume caráter vital, configurando a barreira de práticas transgressoras que podem acarretar na produção do famigerado assédio moral discriminatório¹⁰⁹ que tanto aflige direitos personalíssimos do empregado.

Christiane Singh Bezerra e Gabriela Cerci Ferreira¹¹⁰ apontam a divisão em duas esferas da limitação ao poder diretivo citando Sergio Pinto Martins que a fez considerando os limites externos, quais sejam a Constituição, as leis, norma coletiva e contrato, e os limites internos, que são a boa-fé objetiva e o exercício regular do direito.

¹⁰⁹ Assédio moral discriminatório, no dizer de Sérgio Pinto Martins, citando Guilherme Machado Dray, consiste na distinção, exclusão ou preferência feita por uma entidade empregadora em detrimento ou em favor de algum trabalhador, em função de um dos indicados fatores de diferenciação e desde que dela resulte a destruição ou o desvirtuamento do princípio geral da igualdade de oportunidades de acesso ao emprego. Martins traz ainda os dispositivos legais brasileiros que recriminam a distinção desarrazoada na relação empregado x empregador. MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio moral no emprego*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44–51.

¹¹⁰ Cf. *Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador*, 2012.

É cediço que os direitos fundamentais dos empregados tornam-se bastante vulneráveis no vínculo empregatício haja vista o liame entre a remuneração e a necessidade de subsistência, incitando o desequilíbrio dessa relação tão marcada pelas leis de mercado em detrimento da parte hipossuficiente, que é o empregado. Isso faz com que a eficácia dos direitos fundamentais fique fragilizada e carecedora da atuação mais direta do Estado, como também do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego na implementação de medidas para fiscalizar e assegurar a efetividade da proteção da liberdade e da dignidade do empregado.

Não obstante seja o empregado a parte mais vulnerável na relação de emprego, o empregador também é detentor de direitos fundamentais que por vezes se veem violados por práticas ofensivas dos empregados, como, por exemplo, no caso de um funcionário de determinada religião que todos os dias impele seus colegas a orarem coletivamente antes de iniciar as atividades. Ora, da mesma forma que o empregador não pode impor tal comportamento aos seus empregados, o inverso também é válido.

Assim como os direitos fundamentais do empregado devem ser salvaguardados, o mesmo se aplica aos direitos fundamentais do empregador constitucionalmente previstos no art. 1º, III e IV e art. 170, como o direito à livre iniciativa, à propriedade, à personalidade, entre outros.

Tanto Manoel Jorge¹¹¹ como Alexandre Agra Belmonte¹¹², afirmam categoricamente que a pessoa jurídica está vedada a possuir religião, devendo seguir o modelo estatal de laicidade e assumir postura imparcial. Exceção a essa regra se aplica, entretanto, às organizações religiosas, obviamente, e às organizações de tendência.

Entretanto, mesmo a pessoa jurídica não sendo titular do direito à liberdade religiosa, o empregador, seu proprietário e detentor do poder diretivo, o é, e ao gozar desse direito inevitavelmente transfere à organização empresarial alguns comportamentos com aspectos religiosos, como o horário de funcionamento e a exposição de imagens, por exemplo.

Assim, não se pode exigir das empresas privadas neutralidade religiosa no ambiente de trabalho, porque esses espaços são espaços privados, e como já dito aqui preteritamente em alusão a Hannah Arendt, a secularização é cabível nos

¹¹¹ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 109.

¹¹² Cf. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*, 2013, p. 67.

espaços públicos, de atuação e tutela diretas do Estado, e nas decisões estatais, segundo a teoria das razões públicas de John Rawls. Essa, inclusive, deve ser uma observância de cumprimento ao princípio da igualdade, pois, da mesma forma que se reconhece ao empregado o direito fundamental ao exercício da sua religião, não se pode negar tal direito ao empregador. E mais, a religião integra a ambos na formalidade dos seus seres individuais, não podendo o homem dispor da sua convicção religiosa sem razões fundadas.

Nesses espaços privados o que se impõe é a laicidade e não a neutralidade religiosa, conforme distinção sobre a qual já se debruçou anteriormente. Esse é o caminho sobre o qual se credita a tolerância entre os diversos credos.

Dessa forma, nos casos concretos em que o exercício da liberdade religiosa ensejar modificação dos termos contratuais da relação de emprego, o poder diretivo do empregador não poderá ser discricionário, mas limitado e coerente com a busca da melhor adequação aos interesses das partes de modo a proteger o direito fundamental perseguido. Do mesmo modo, a liberdade religiosa do empregado não pode ser exercida dissociada de limitação para que não inviabilize o cumprimento do contrato de emprego e a finalidade empresarial, em observância do direito à propriedade privada e do direito à livre iniciativa.

2.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE RELIGIOSA E DE PROTEÇÃO AO EMPREGO

Se de um lado o direito à propriedade e à livre iniciativa do empregador, que fundamentam seu poder diretivo, tem por limite a dignidade do empregado, do outro lado se impõe ao empregado que exercite sua dignidade conforme as necessidades da atividade laboral, respeitando as características e peculiaridades do vínculo empregatício que participa, permitindo que algum desajuste seja objeto de harmonização ou sanado diante do princípio da máxima efetividade sobre os direitos contrapostos.

Preleciona Luís Roberto Barroso¹¹³ que as colisões entre direitos fundamentais possuem três características marcantes: insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos, inadequação do método subsuntivo para

¹¹³ Cf. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 331-334.

formulação da norma concreta que decidirá a controvérsia e necessidade de ponderação na construção do desfecho constitucionalmente adequado ao caso.

Esses desfechos são obtidos pelo intérprete constitucional mediante técnicas de decisão jurídica, entre as quais se destaca a técnica da ponderação, que, segundo Barroso, produz soluções dotadas de racionalidade e controlabilidade, razão pela qual se tornou bastante usual no STF.

2.2.1 Ponderação e Harmonização entre direitos fundamentais

Ponderação, no dizer de José Sérgio Cristóvam¹¹⁴, “é um processo racional, um método de desenvolvimento do direito, na medida em que soluciona conflitos entre princípios, impondo restrições recíprocas, apenas limitando um deles na medida do indispensável à salvaguarda do outro”.

Já para George Marmelstein¹¹⁵:

[...] a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Ocorre, porém, que ainda é com muitas críticas que a técnica da ponderação é tomada, haja vista a ausência de uma medida objetiva que direcione sua aplicação, o que a torna bastante dependente da discricionariedade do julgador, segundo seus críticos como José Sérgio Cristóvam¹¹⁶.

Dessa crítica não se compartilha. O exercício da ponderação não é absolutamente discricionário e existem fatores vigilantes da livre atuação do julgador, como, por exemplo, a fundamentação utilizada, sua compatibilidade com os valores éticos e morais consolidados na comunidade, sua capacidade de complementar o arcabouço doutrinário existente, a possibilidade de auxiliar na uniformização da jurisprudência e, principalmente, a aceitação social da decisão.

¹¹⁴ Cf. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, p. 258.

¹¹⁵ Cf. *Curso de Direitos Fundamentais*, 2008, p. 386.

¹¹⁶ Cf. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, 2016, p. 259.

A ponderação é o exercício judicante que prescinde de criteriosa argumentação na sua fundamentação, justamente para afastar qualquer brecha não só da mera discricionariedade, como da esquivia ao cumprimento dos princípios e objetivos constitucionais.

Jamais uma decisão judicial, seja ela qual for, será absolutamente livre da carga valorativa e conceitual do julgador, vez que esses elementos o compõem intrínseca e instintivamente, não se dissociando dele no ato de julgar. Por igual razão, a ponderação principiológica ou de direitos fundamentais não pode ser criticada porque enseja o risco da discricionariedade se essa é uma vertente possível em toda atividade judicante, mesmo diante da teoria das razões públicas de John Rawls¹¹⁷.

Necessário destacar que anteriormente à realização da técnica da ponderação deverá o julgador tentar usar a técnica da harmonização dos direitos fundamentais colidentes, também denominada princípio da cedência recíproca e técnica da concordância prática, como ensina Marmelstein¹¹⁸.

Em verdade, entende-se que a técnica da harmonização é também uma ponderação, porém, efetivada com a participação das partes intermediada pelo julgador, de modo que a conciliação resulta no reconhecimento do necessário prevailecimento de um direito sobre o outro na situação debatida. As próprias partes chegam ao ajuste dos seus interesses e cedem até manter o mínimo do direito protegido.

2.2.2 Princípio da máxima efetividade

Sobre o conceito de princípio da máxima efetividade da norma constitucional, cita-se a construção de Manoel Jorge e Silva Neto¹¹⁹: “o princípio representa a escolha da solução que confere mais operatividade ao dispositivo constitucional,

¹¹⁷ Citado por Daniel Sarmiento, em *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., 2016, p. 312 – 313, John Rawls desenvolveu a teoria das razões públicas, segundo a qual as discussões públicas devem se fundar apenas em fundamentos de razões públicas, ou seja, livres de convicções, até mesmo religiosas, sendo essa independência axiológica uma exigência juridicamente vinculante. Entretanto, reiterando o quanto exposto acima, Habermas rebateu dita teoria aduzindo a impossibilidade humana dessa dissociação, além de representar demasiada onerosidade à pessoa religiosa em cumprir o mandamento.

¹¹⁸ Cf. *Curso de Direitos Fundamentais*, 2008, p. 387.

¹¹⁹ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2. ed., 2013, p. 176.

isso quando o intérprete está em dúvida a respeito de adotar o caminho da plena aplicabilidade ou da limitada eficácia da norma”.

Ênio Moraes da Silva¹²⁰, citando J. J. Canotilho, o chama de princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, atribuindo o sentido que maior eficácia lhe dê, ressaltando que, embora a sua origem esteja ligada à tese das normas programáticas, é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

Nos idos de 1999, Manoel Jorge e Silva Neto¹²¹ já tratava, em obra especializada, sobre o princípio da máxima efetividade sobre a plena incursão da proteção dos direitos fundamentais individuais na relação de trabalho, fazendo a correlação em específico da preservação do direito à intimidade em situações ocorridas antes e durante o vínculo empregatício.

Ao confrontar direitos fundamentais à intimidade do empregado face ao poder diretivo do empregador, inclusive de forma exemplificativa, busca o autor alhures citado demonstrar que o princípio da máxima efetividade é um vetor de solução do conflito normativo, o qual deve assegurar a garantia do direito individual e a proporcionalidade dos efeitos produzidos aos envolvidos.

Fazendo remissão, ainda que discreta, ao limite do direito fundamental do empregador à propriedade, que mesmo consubstanciado no art. 170, II e IV, da Constituição, quando contraposto ao direito fundamental do empregado à intimidade, sob a interpretação dada pelo princípio da máxima efetividade, o que deve preponderar sempre será o entendimento resultante da interpretação que atribua maior eficácia ao direito fundamental, seja ele do empregado ou do empregador, a depender do caso concreto.

A aplicabilidade do princípio em comento afasta a maximização indevida do poder diretivo, considerando-se, inclusive, a condição de subordinação jurídica e econômica do empregado ao empregador, pois como bem afirmou Manoel Jorge¹²², “nem mesmo o mais extremado defensor do poder diretivo empresarial poderá sustentar a impossibilidade de adscrição de limites a tal poder, designadamente quando conspurcada garantia individual”.

¹²⁰ Cf. *Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competências em matéria ambiental*, 2002.

¹²¹ Cf. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, 1999, p. 44–52.

¹²² *Ibidem*, p. 46.

2.2.3 Dever da acomodação razoável

Dita teoria permite o sopesamento de interesses instaurado mediante a colisão de princípios constitucionais, priorizando, em regra, direitos transindividuais, sendo por isso um elemento de efetivação das normas em favor dos grupos sociais representados pelas minorias.

Como já dito, a convivência social faz surgir conflitos e esses por vezes fazem colidir interesses que de um lado são representados por grupos minoritários, não podendo simplesmente sucumbir à força do interesse da maioria, razão pela qual a teoria da acomodação razoável ganha relevância vez que busca proteger a minoria sob a condição de não impor prejuízo excessivo.

É bem verdade que a teoria da acomodação razoável exige a análise do caso concreto e sua aplicabilidade atrai também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entretanto, isso não impede a consolidação da teoria como norteadora de solução de conflito, tampouco, a confunde com a técnica de ponderação dos princípios, tendo em vista que preza pela proteção do direito das minorias, dado o contexto histórico da sua origem, que foi voltado para combater a discriminação religiosa.

Faz-se necessário, dada a aplicabilidade da teoria, seja aperfeiçoada a conceituação do termo acomodação razoável na comunidade jurídico brasileira, no sentido de estabelecer diretrizes à definição do que representaria prejuízo excessivo e de modo a afastar qualquer interpretação que tenda a fragilizar a aplicabilidade da teoria em comento.

2.2.3.1 Aspectos gerais da teoria do dever da acomodação razoável

Primordial abordar aqui os aspectos gerais da teoria da acomodação razoável, como sua origem e conceito, considerando que o conhecimento do contexto histórico da criação de um instituto jurídico é elemento fundamental da sua hermenêutica.

Ademais, a pesquisa exige o desdobramento do conceito teórico sobre o qual se dedica o estudo, mormente quando se trata de pesquisa sob o método indutivo

dogmático¹²³, como o que ora se propõe, considerando que a pretensão aqui depositada é de demonstrar verdadeira a premissa de que a teoria da acomodação razoável pode ser plenamente aplicável como fundamento jurídico de solução de colisão de princípios, salvaguardando os interesses da minoria, em especial, da proteção à liberdade religiosa no vínculo empregatício.

2.2.3.2 Origem da teoria

De origem estadunidense, a teoria denominada *the duty of reasonable accommodation* (dever da acomodação razoável) tem sua primeira aparição registrada no ano de 1972, no ato denominado *Equal Employment Opportunity Act* e com a finalidade de inibir discriminações religiosas no ambiente de trabalho, atribuindo ao empregador o dever de acomodar a atividade laboral do empregado observando a religião deste, sem permitir, contudo, que essa acomodação gerasse ao empregador um prejuízo excessivo.

Inicialmente, o que ora se denominou de prejuízo excessivo foi definido como sério inconveniente, sendo esse termo logo substituído pela expressão *hardship* sob a tradução de encargo excessivo, conforme preleciona Aloisio Cristovam dos Santos Junior¹²⁴, dada a imensa subjetividade para determinar o que caracterizaria o sério inconveniente.

Necessário destacar que no âmbito da proteção à liberdade religiosa no ambiente de trabalho, os Estados Unidos sempre foram pioneiros, sendo que desde 1964 a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) vem tratando do assunto, não obstante dita Comissão tenha sido criada para combater a segregação racial contra negros, estendendo sua proteção também às discriminações em razão do gênero.

Paralelamente aos Estados Unidos, o Canadá, em meados da década de 70, também tratou do assunto, mas não o desenvolveu como fizeram os estadunidenses. Esses, desde 1962 e 1973, já utilizavam a teoria, ainda que

¹²³ A pesquisa realizada na elaboração deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, que, segundo Antonio Carlos Gil, em sua obra *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, é desenvolvida com base em material já elaborado. Por sua vez, o método de pesquisa foi o indutivo dogmático, partindo-se do universo particular com a discussão de seus valores para o alcance de uma solução a um dado problema jurídico.

¹²⁴ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 226.

timidamente, em julgados para adequar interesses de grupo religioso minoritário¹²⁵, como forma de reparar a predominância da proteção à religião das majorias no ato legislativo, marginalizando o exercício por parte das minorias, como bem explica Letícia de Campos Martel¹²⁶ no trecho abaixo:

[...] Pessoas com pertença a grupos religiosos minoritários que foram adversamente impactadas por leis ou atos administrativos imparciais na origem tiveram seus direitos afirmados e houve elaboração de exceções para reconciliar estilos e escolhas profundas de vida dissonantes do *mainstream*, evitando a discriminação, a integração e a assimilação forçadas pelo poder estatal. Portanto, seria plausível supor que a Suprema Corte seguiria uma trilha similar na interpretação da acomodação razoável e do ônus indevido, já que legislativamente instigada. Não aconteceu. As razões são difíceis de identificar, e aqui não cabe conjecturar a respeito, mas suspeita-se que a Corte talvez estivesse receosa dos reflexos da acomodação razoável em matéria religiosa nas relações trabalhistas de cunho privado sobre a separação entre Igreja e Estado. Nesse sentido, a Corte adotou posturas deveras restritivas.

Em 1990 os Estados Unidos reforçaram seu pioneirismo na concepção da teoria da acomodação através da promulgação da lei *Americans with Disabilities Act* (ADA)¹²⁷, porém sob o aspecto da proteção à minoria representada pelos portadores de deficiência, pondo em foco as expressões acomodação razoável e encargo excessivo, permitindo a discussão para suas definições, sem, contudo, defini-las.

Fora do eixo americano, a teoria da acomodação razoável ganhou mais visibilidade de forma universal quando foi adotada no texto da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) na ONU em 2006¹²⁸, vinculando a expressão ao campo dos direitos humanos, o que reforça sua finalidade de proteção aos direitos das minorias.

¹²⁵ Dentre os vários julgados envolvendo a acomodação razoável em proteção ao direito das minorias, cita-se o *Wisconsin v. Yoder*, de 1972, no qual foi reconhecido pela Suprema Corte o direito das famílias da comunidade religiosa Amish de não permitir que seus filhos estudassem em escolas, podendo ser educados por suas famílias, mantendo a tradição e a obediência à sua religião; e o caso *Sherbert v. Verner*, de 1963, no qual a Corte propôs a acomodação razoável de um empregado em seu ambiente de trabalho, vez que não poderia exercer suas funções laborais aos sábados em razão da sua religião.

¹²⁶ Cf. *Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva*, 2011.

¹²⁷ O *Americans with Disabilities Act*, de 1990 é uma lei trabalhista dos EUA que proíbe a discriminação injustificada com base na deficiência. Oferece proteções semelhantes contra a discriminação aos americanos com deficiência como o Pacto de Direitos Civis de 1964, que tornou a discriminação baseada na raça, religião, sexo, origem nacional e outras características ilegais. Além disso, a ADA também exige que os empregadores cobertos providenciem acomodações razoáveis para funcionários com deficiências e imponha requisitos de acessibilidade em acomodações públicas.

¹²⁸ Na Espanha, a acomodação razoável foi tratada especificamente pela Lei nº 51/2003, trabalhando conceito semelhante ao disposto no art. 2º, da Convenção da ONU.

2.2.3.3 Conceito

No que se refere ao significado da expressão acomodação razoável ora tratada, não há divergência quanto a sua relação à proteção das minorias mediante a restrição de condutas discriminatórias. Ou seja, é o dever do empregador de adequar o exercício do direito fundamental do empregado à sua atividade no ambiente laboral, de modo que esse direito não seja tolhido ao trabalhador em virtude dele integrar um grupo minoritário.

Sidney Madruga¹²⁹ aponta a conceituação de “ajuste razoável” firmada sobre o disposto no art. 2º, da Convenção da ONU como

[...] as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Maria Aparecida Gugel¹³⁰ entende por adaptação razoável “as modificações e os ajustes necessários e adequados para cada caso e que não acarretem ônus desproporcional ou indevido”.

Dada a relevância da conceituação da expressão *acomodação razoável* para o trabalho em tela, mostra-se pertinente transcrever também a ideia conceitual proposta por Jayme Weingartner Neto¹³¹, o qual se debruça sobre a aplicabilidade da teoria no âmbito da proteção à liberdade religiosa na relação de emprego:

Importa reter a ideia de “acomodação razoável da religião”, na vertente de concordância prática entre os direitos fundamentais em tensão, posta a “especial centralidade que o fator religioso assume como elemento constitutivo da identidade e autocompreensão do indivíduo”. Assim, o direito à liberdade religiosa deve ser equacionado, de modo proporcional, com os “direitos de propriedade e iniciativa econômica privada do empregador”, na busca da máxima efetividade para obter o “equilíbrio menos restritivo entre os bens em colisão.

¹²⁹ Cf. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*, 2013, p. 279.

¹³⁰ Cf. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*, 2012, p. 414.

¹³¹ Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 236.

Já Aloisio Cristovam dos Santos Junior¹³², ao tratar sobre a expressão “dever de acomodação razoável”, segue na mesma linha de Weingartner, pontuando, entretanto, a inexistência de definições, conceituações, específicas que o Congresso americano não fez: “o Congresso não conseguiu definir o que seria especificamente “acomodação razoável” (*reasonable accommodation*) ou “encargo excessivo” (*undue hardship*), tarefa que ficou mesmo a cargo da Jurisprudência.”

Acredita-se que esses dois termos, acomodação razoável e encargo excessivo, ainda não foram conceitualmente definidos em razão de questões meramente econômicas, vez que surge o temor de onerar o empregador e esse é tido como o mantenedor financeiro da sociedade.

Essa escusa de definição adia a propagação da teoria e se justifica no fato de ser comum sobrepor qualquer direito ao direito à liberdade religiosa, vez que, em regra, esse não tem da sociedade capitalista ocidental o respeito a que faz jus.

Mas essa é uma batalha a ser perseguida por todos os grupos representativos das minorias, e assim como a minoria representada pelos portadores de deficiência venceu sua luta, os religiosos também vencerão a sua. Para isso, se faz mais que necessário estabelecer principalmente a definição de encargos excessivos, possibilitando a transposição da barreira calcada na análise econômica dos custos desse direito, pois, conforme revolucionária dogmática jurídica movimentada por Sunstein e Holmes, todo direito tem um custo¹³³: “*All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement*”.

Por fim, relevante trazer ao cabo a elucubração de Daniel Sarmiento¹³⁴ quanto a caracterização de cunho mais social à adaptação razoável, atribuindo-lhe deveres de ação do Estado, afirmando que “o direito à adaptação razoável (ou acomodação razoável), que demanda o ajuste de políticas públicas, ambientes e práticas sociais às necessidades e demandas de determinados grupos vulneráveis e minoritários, que sofrem um impacto adverso desproporcional em decorrência delas.”

2.2.3.4 Contexto jurídico brasileiro para acolhimento da teoria da acomodação razoável

¹³² Ibidem, p. 226.

¹³³ Cf. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 2000, p. 43.

¹³⁴ Cf. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., 2016, p. 274.

Inicialmente registra-se que o Brasil ao ratificar a aprovação do tratado internacional que versa sobre direitos humanos, mais especificamente a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), fez integrar de modo formal e materialmente constitucional no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da acomodação razoável. Ademais, a Constituição Federal brasileira é cidadã e social, o que por si só assegura os direitos do empregado. Coaduna-se, assim, com a plena aceção da teoria ao ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, dita teoria ainda não é difundida no Brasil, sendo esse um assunto pouco tratado pela comunidade jurídica, seja ela profissional ou até mesmo acadêmica. Com a expressão “acomodação razoável” não se encontra no site do TST, por exemplo, nenhuma jurisprudência¹³⁵.

Dentre as razões a que se atribui essa falta de interesse pela teoria em comento, está o pouco respeito dispensado ao direito do exercício à liberdade religiosa, bem como a exaltação às normas trabalhistas sob o prisma de manutenção da ordem econômica.

No Brasil, há um grande contraponto à aplicabilidade da acomodação razoável, qual seja a elevada tributação e oneração já existente sobre o empregador por encargos trabalhistas, o que possibilita, *prima facie*, a refutação da teoria aqui difundida. Entretanto, o que se precisa estabelecer é que a acomodação deve ser justamente razoável, ou seja, não pode gerar custos aviltantes ao empregador.

Em verdade, muitas vezes a acomodação pode ser realizada mediante um gesto de compreensão e boa vontade do empregador, sem gerar qualquer custo. Mas por não haver essa difusão de ideia e por ser o direito do exercício da religião perquirido em detrimento a outros, se apega a possível geração de custos para coibi-la.

No que se refere à ordem econômica como entrave argumentativo a adequação razoável, cumpre transcrever a lição de Aloisio Cristovam¹³⁶ que tão bem o explicita:

Um argumento que também pode ser oposto ao dever de acomodação é o de que pode representar um custo desnecessário e não desejado para o empregador, com reflexos negativos para os resultados de sua atividade

¹³⁵ Consultas realizadas no site do TST, em 12/12/2016 e em 04/09/2017.

¹³⁶ Cf. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, 2007, p. 239.

econômica, sobretudo numa época marcada pela forte competição entre empresas. Exigir que o empregador atenda às necessidades religiosas de seus empregados pode implicar redução dos lucros e perda de competitividade.

E também de plano o rebate para demonstrar seu vazio argumentativo:

Todavia, se não há como ignorar que o dever de acomodação sempre acarreta algum custo, como sói ocorrer também com as medidas visando a inclusão de outras minorias, há maneiras de minimizá-lo, de modo a que os reflexos sobre os resultados da atividade econômica sejam os menores possíveis.¹³⁷

Ou seja, defender a difusão e aplicabilidade da teoria da acomodação do Brasil não significa dizer que está ensejando uma oneração ao empregador, vez que a implementação dessa teoria nos arcaibouços de fundamentação jurídica deve estar atrelada à definição do termo encargo excessivo, como forma de limitar o dever do empregador.

Assim, a condição para que a adequação razoável ocorra é justamente a observância da limitação do encargo excessivo¹³⁸. Esse é um dos melhores métodos de fomentar a igualdade entre os desiguais. No Brasil, contudo, costuma-se buscar a efetividade da igualdade material mediante ações afirmativas do Estado, medidas essas que deveriam ser temporárias, para que a longo prazo não surtissem efeitos reversos.

2.2.3.5 Distinção entre teoria da acomodação razoável e técnica de ponderação de princípios

A proteção constitucional ao direito do livre exercício de religião é objeto de conflitos por vezes gerados entre a prática da religiosidade e o preceito normativo e a solução para por fim à celeuma jurídica caminha por debates em torno da contraposição entre princípios e entre princípios e regras, que, como se não

¹³⁷ Ibidem. p. 239.

¹³⁸ Sidney Madruga traz 05 apontamentos de observação necessária a fim de caracterizar e condicionar o encargo excessivo no que se refere aos portadores de deficiência: 1) apurar se a adoção do ajuste razoável pelo empregador pode evitar que o deficiente seja colocado em desvantagem quanto aos demais; 2) verificar se é exequível essa alteração pelo empregador; 3) apurar as despesas financeiras e o grau de afetação que a aplicação da acomodação pode gerar no ambiente laboral; 4) avaliar a capacidade financeira do empregador; 5) avaliar a disponibilidade do empregador na obtenção de recursos financeiros ou não. Cf. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*, 2013, p. 281.

bastasse a própria complexidade, envolvem valores sociológicos e étnicos, elementos que, apesar de terem cunho subjetivo, transpassam a esfera dos direitos individuais.

Ao tratar das questões controvertidas sobre a liberdade religiosa, Manoel Jorge e Silva Neto¹³⁹ afirma que “a cada momento em que se pesquisa a respeito, mais se vai encontrando aspectos bastante polêmicos em torno ao exercício da liberdade religiosa”. Acredita-se que, como já dito, em virtude da contraposição de princípios e regras, o assunto não é estanque e perceptível em situações do cotidiano.

É certo que as relações de trabalho precisam ser isonômicas, principalmente quando se tem como parâmetro um mesmo ambiente, entretanto, o exercício do direito de liberdade à religião por vezes afasta a isonomia gerando prerrogativas a pequenos grupos que representam uma minoria, mas nem por isso está ferindo o ordenamento jurídico, mas sim, investido de garantia constitucional que precisa de efetividade. Nesse sentido, mais adiante Manoel Jorge e Silva Neto¹⁴⁰ arremata:

[...] a liberdade religiosa enfrenta problemas quanto à sua elevação ao patamar de garantia fundamental em muitos sistemas normativos, mas acrescento para pôr em destaque um fato: mesmo nas constituições contemporâneas que a consagram, viceja desconfortável hesitação quanto à efetiva aplicabilidade do direito relativamente a inúmeras situações. E a relação contratual trabalhista é uma delas [...]

Atalá Correia¹⁴¹, em artigo intitulado *Estado Laico e Sociedade Plural. Investigação sobre a Liberdade Religiosa no Âmbito do Direito do Trabalho*, afirma que é possível sobrepor a autonomia de vontade das relações privadas ao direito fundamental de exercício da religião, desde que a relação de trabalho se inicie com a manifesta expressão volitiva, ou seja, empregado e empregador conhecem as vontades e interesses um do outro desde a celebração do contrato de emprego.

Assim, embora ambas façam uso do sopesamento, a técnica de ponderação de princípios e a teoria da acomodação razoável não são institutos que se confundem, em que pese não se diferenciarem consubstancialmente, mas na finalidade, sendo a segunda o prolongamento da primeira. Acontece que, enquanto

¹³⁹ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed., 2013, p. 117.

¹⁴⁰ Cf. Manoel Jorge e Silva Neto, op. cit., p. 122.

¹⁴¹ Cf. *Estado laico e sociedade plural*. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho, 2012.

na ponderação a sobreposição de princípios se resolve em si mesma, na adequação razoável a sobreposição só surtirá efeitos se for possível fazer a acomodação dos interesses, se esse objetivo não for alcançado, a ponderação que a antecedeu se perde.

Diante dessa análise, indaga-se: a teoria da acomodação razoável é uma técnica? Sim. Técnica legislativa, inclusa no ordenamento brasileiro pela norma internacional, para dirimir colisão entre princípios e direitos fundamentais em que um dos titulares representa uma minoria jurídica ou social.

Ao tempo que a acomodação razoável preserva a adequação de interesses de uma minoria, a ponderação preserva o fim social, o proveito em torno da coletividade, ou seja, dado o caso concreto correlacionado ao tema aqui trabalhado, o que vai definir qual das técnicas deve ser utilizada é o fim a ser dado ao objeto de estudo.

Percebe-se que, dentre as opções metodológicas dadas, por se tratar o estudo de casos concretos, também chamados *hard cases*, se coaduna com a linha investigativa de Karl Popper¹⁴², para o qual a ciência é feita através de uma permanente construção de hipóteses e de seu cotejamento com a realidade, em especial quando se trata de ciência social.

Ora, e é justamente isso que propõe a teoria da acomodação razoável, haja vista que a definição dos termos pendentes à coesão do seu conceito, quais sejam do que seria a acomodação razoável em si e os encargos excessivos que ela não poderia gerar, atrai a construção de hipóteses construídas e desconstruídas pelo homem como forma de encontrar o melhor caminho à solução do caso concreto¹⁴³.

Popper afirma que o progresso científico demonstrou consistir não em acumulação de observações, mas em superação de teorias menos satisfatórias e sua substituição por teorias melhores, ou seja, por teorias de maior conteúdo. Assim, eis no âmbito da cientificidade a fundamentação para a aplicabilidade da teoria da acomodação razoável nos casos em que o objeto abordado seja a proteção de direitos das minorias.

¹⁴² Cf. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins. 3. ed., 2004.

¹⁴³ “Décima-nona tese: Nas ciências, trabalhamos com teorias isto é com sistemas dedutivos. Há duas razões para isso. Em primeiro lugar, uma teoria ou um sistema dedutivo é uma tentativa de explicação e, conseqüentemente, uma tentativa de solução ele um problema científico -- um problema de explicação. Em segundo lugar, uma teoria, um sistema dedutivo, pode ser criticado racionalmente através de suas conseqüências. É, então, uma solução experimental e objeto da crítica racional. Tanto quanto o Sistema de crítica o e para a lógica formal”. Ibidem., 2004, p. 27.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria de origem estadunidense e denominada *duty of reasonable accommodation* pode plenamente ser recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista que a Constituição Federal brasileira é pautada tanto no princípio da dignidade da pessoa humana, como em direitos sociais, sendo esses também a base da teoria aqui abordada.

Tal compatibilização normativa em verdade foi concretizada na medida em que o Brasil atribuiu à Convenção de Pessoas com Deficiência o caráter de norma constitucional, inclusive formal, mediante o procedimento de aprovação do texto de tal tratado internacional sobre direitos humanos nos termos da Emenda Constitucional nº 45, o que torna incontestável a possibilidade jurídica da recepção da teoria da acomodação razoável.

A utilização da teoria da acomodação razoável como fundamento teórico-jurídico de decisões judiciais, assim como já acontece em países norte-americanos e europeus, ao ser aplicada no Brasil possibilitará a resolução de casos concretos em que há necessidade de ser adequado o direito do exercício de religião de um empregado junto a atividade do seu empregador, como já ocorre com pessoas com deficiência.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que a difusão dessa teoria deve ser realizada junto ao enfrentamento da necessária definição dos termos “acomodação razoável” e “encargo excessivo”, para que a sua aplicabilidade se dê de modo a cumprir à sua finalidade originária, qual seja, de acomodar direito do empregado de exercer sua religião sem gerar custo excessivo ao empregador.

E ao empregador não cabe se imiscuir da sua função social, tendo em vista que possibilitar ao empregado o exercício da sua própria religião é reconhecer e consolidar sua condição humana, considerando que o exercício da religião atribui ao homem o exercício de sua dignidade, haja vista tratar-se de um direito fundamental.

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PRIVADA (PAN-CONSTITUCIONALIZAÇÃO)

É cediço que os direitos fundamentais despontaram no conglomerado jurídico como forma de limitar a atuação do Estado e reconhecer e assegurar as liberdades individuais. Por essa razão, acreditou-se que a eficácia desses direitos somente

poderiam ser observadas nas relações entre o homem e o Estado, o que foi denominado de eficácia vertical desses direitos.

Ao longo do tempo, a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas foi tornando-se mais expressiva até atingir a consolidação que lhe reverte nos tempos atuais, sendo ilógico negar a eficácia desses direitos na relação privada. Nas relações entre particulares a eficácia dos direitos fundamentais recebeu as denominações de eficácia externa, privada e horizontal.

O contexto histórico que propiciou o reconhecimento da eficácia externa dos direitos fundamentais gerou também movimento intitulado pan-constitucionalismo, caracterizado pela releitura da legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça comutativa, à qual devem submeter-se a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Adriane Medianeira Toaldo¹⁴⁴ expressou bem o que aqui se entende por pan-constitucionalização: “A releitura constitucional do direito civil fundamenta-se assim no reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e na conseqüente superação da lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição”.

Todavia, a grande questão no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais na relação privada é a sua manifestação, se direta ou indireta, controversia essa ainda distante de pacificação doutrinária.

Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁵, fundando-se na escola constitucional alemã, levanta esses dois posicionamentos quanto à eficácia da norma fundamental nas relações privadas, quais sejam a eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*), criada por Günther Düring, na emblemática e pioneira decisão do caso “Lüth”, a qual defende que o direito fundamental na relação privada tem a natureza jurídica de princípio, e a eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*), para a qual os direitos fundamentais dispensam regulações legislativas específicas para serem aplicados nas relações privadas.

¹⁴⁴ Cf. *Notas sobre a constitucionalização do direito civil: da individualidade à socialidade*, 2012.

¹⁴⁵ Cf. *Interpretação constitucional*, 2007, p. 19-22.

A crítica feita à eficácia direta persiste na afirmação de que ela constitui ameaça ao princípio da autonomia privada, mas Virgílio Afonso a rebate sob dois aspectos. O primeiro remonta ao fato de que a autonomia privada é um bem constitucionalmente protegido e, portanto, assegurado; e o segundo aspecto diz respeito à construção de referenciais teóricos e metodológicos, representados pelo princípio da proporcionalidade, para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e a autonomia privada de forma racionalmente controlável. Virgílio Afonso conclui que essa é a hipótese fundamental da teoria da eficácia imediata¹⁴⁶.

Concatenando simploriamente as duas correntes expostas o que se tem é: A teoria do efeito indireto ou mediato dos direitos fundamentais indica que esses somente produzem efeito mediante normas e cláusulas gerais que contenham conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, a eficácia pressupõe norma infraconstitucional que regule esse direito fundamental. Já a eficácia direta ou imediata autoriza a aplicabilidade dos direitos fundamentais sem qualquer condicionante, ou seja, de forma direta e imediata, exigindo do julgador profunda fundamentação capaz de demonstrar que a decisão não foi fruto da mera discricionariedade e interpretação singular que a norma constitucional aberta enseja.

Dimoulis e Martins¹⁴⁷, por exemplo, defendem que a eficácia entre particulares é meramente indireta, justificando que, “apesar do caráter direto da aplicação das normas constitucionais, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional.”

Entretanto, Daniel Sarmiento¹⁴⁸ e Ingo Sarlet¹⁴⁹ seguem entendimento contrário ao esposado acima, preconizando a eficácia horizontal direta e imediata

¹⁴⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 24-29.

¹⁴⁷ Cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2014, p. 111.

¹⁴⁸ Cf. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., 2008, p. 245. Vale transcrever trecho da posição de Daniel Sarmiento sobre seu entendimento: “Para nós, por outro lado, existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas. Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas”.

¹⁴⁹ Cf. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015, p. 400. Vale transcrever trecho da posição de Ingo Sarlet sobre seu entendimento: “Se na doutrina brasileira, com já se fez questão de destacar, o desenvolvimento do tema já é significativo, prevalecendo a tese de uma eficácia direta não absoluta e diferenciada, na

nas relações entre particulares. Sarmiento¹⁵⁰, inclusive, justifica que existem várias formas que reduzem a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas como as que consagram os direitos fundamentais, mencionando ainda a “precedência condicionada entre princípios” de Robert Alexy, afirmando que “a evolução da argumentação jurídica e da racionalidade prática neste campo, sob a atenta fiscalização da comunidade de intérpretes da Constituição, servirá para balizar caminhos e reduzir os decisionismos, fortalecendo a segurança jurídica”.

Por fim, não se pode ignorar que Daniel Sarmiento¹⁵¹ expôs, em uma de suas obras, o posicionamento de vários autores brasileiros sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, demonstrando que a doutrina sobre o tema ainda não anda de mãos dadas e citou também a favor da eficácia direta e imediata os autores, hoje ministros do Supremo, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, tendo esse último afirmado que a eficácia horizontal externa “é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que promove a integração normativa do ordenamento jurídico.”

Gilmar Mendes¹⁵² não aponta qual das duas correntes lhe mostra mais dissidente, porém, faz questão de registrar que “qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros”.

Limitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à intermediação estatal é renegar a substancialidade desses direitos ao homem, como se suas liberdades e autonomias não fossem inerentes à condição humana e necessitassem do Estado para serem reconhecidas a cada situação. Portanto, por ser o princípio da dignidade da pessoa humana o balizamento da hermenêutica constitucional, corolário lógico que se aplique indistintamente da natureza da relação, se pública ou privada.

Assim, no que se refere às relações privadas que envolvem questões referentes ao exercício da liberdade religiosa, entende-se que a eficácia dos direitos

esfera da jurisprudência do STF, salvo em decisões isoladas, praticamente não se estruturou uma dogmática consistente e conclusiva no tocante ao tema”.

¹⁵⁰ Cf. Daniel Sarmiento, op. cit., p. 243.

¹⁵¹ Ibidem, p. 249.

¹⁵² Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed., 2004, p. 130.

fundamentais deverá ser imediata e direta, cabendo ao aplicador da lei, não por seu mero alvedrio, mas por força de decisão fundamentada, mediante a técnica da teoria da acomodação razoável, buscar acomodar os interesses colidentes, e se isso não for possível, sopesar o direito fundamental que alcance a máxima efetividade.

2.4 LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Norberto Bobbio, na obra *A era dos direitos*, constatou, em frase que se tornou homérica: nenhum direito é absoluto¹⁵³. Nem mesmo o mais fundamental de todos os direitos, que é o direito à vida, é absoluto.

A guisa do caos que entende-se ser inerente à gênese, surgiram os limites naturais para por estabilidade à ordem universal, e assim foi no campo do direito, surgiram os limites para frear os poderes do Estado e sucessivamente o liberalismo econômico exacerbado, engendrando a concepção de limite, o elemento essencial à perpetuação do homem entre seus pares e às instituições de poder¹⁵⁴.

Somente com as tensões jurídico-sociais verificadas nos Estados Unidos e na Itália, por conta de discriminações raciais e políticas-sindicais nos postos de trabalho, como levantou Luciano Ventura, citado por Luiz de Pinho da Silva¹⁵⁵, é que se verificou a necessidade de transportar para o Direito Privado a ideia de limitações à autonomia privada e à liberdade contratual.

A consolidação e o aprimoramento da liberdade e seus institutos trazem consigo a exigência da imposição de limites, assim como acontece com os direitos fundamentais, que devem possuir uma especificidade de proteção. Esse é o conteúdo, inclusive, da teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, reiterando a máxima de que não existem direitos absolutos, contudo, a limitação é autoexecutável.

¹⁵³ Há, porém, uma exclusiva ressalva que se refere ao fato de ser absoluta a norma que proíbe a prática de tortura.

¹⁵⁴ Trata-se, nesse aspecto, sobre o direito geral de liberdade, que, segundo Dworkin é inexistente. Para ele o que existe são direitos fundamentais a determinadas liberdades, entendimento que já foi seguido por Daniel Sarmiento, porém, esse passou a reconhecer que, no Brasil, por exemplo, o art. 5º, *caput*, da CF, dispõe a liberdade de forma bastante ampla, sem delimitar seu âmbito de proteção, razão pela qual não se pode negar seu caráter de direito geral. Cf. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., 2016, p. 160 – 161.

¹⁵⁵ Cf. *Principiologia do direito do trabalho*, 1999, p. 170.

Em se tratando da teoria dos limites imanentes, não se pode deixar de mencionar as teorias interna e externa que também tratam da limitação dos direitos fundamentais. Assim, a teoria dos limites imanentes se confunde com a teoria que trata da internalidade desses limites, os quais consistem em fronteiras implícitas e incompatíveis com a ponderação, pois, seu limite é si próprio, não cabendo restrições externas.

Por outro lado, a teoria externa reconhece a possibilidade de restrição do direito fundamental por questões externas, ou seja, sua limitação pode decorrer de outros direitos de igual hierarquia, por exemplo. Dessa teoria despontam as posições *prima facie* e definitiva do direito em questão, correspondendo a primeira ao status originário da norma e a segunda posição, definitiva, ao status do direito após sofrer a limitação, conforme explica Ingo Sarlet¹⁵⁶.

Virgílio Afonso da Silva¹⁵⁷ enfrentou o tema com afinco, destacando-se na doutrina brasileira por andar em terrenos tão pouco devastados no que se refere às complexas entranhas dos direitos fundamentais, e nesse compasso ele enquadra os princípios como:

[...] normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes... Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.”

Por essas possibilidades fáticas a que se refere Virgílio Afonso, também chamando-as de suporte fático, entende-se semelhança ao que Dworkin intitulou casos difíceis, onde se encontram conflitantes direitos fundamentais de resolução fundada em princípios cuja elasticidade exige densa fundamentação constitucional de modo a afastar a discricionariedade jurídica. É esse suporte fático que vai determinar o ajuste entre os direitos em questão¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cf. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015, p. 407.

¹⁵⁷ Cf. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, 2006, p. 27.

¹⁵⁸ Virgílio Afonso da Silva releva importância ao suporte fático afirmando que: “Para ilustrar o que aqui se quer dizer, utilizarei um exemplo que é analisado com maiores detalhes na tese. O art. 4º, § 1º, da lei 9612/98 proíbe o “proselitismo de qualquer natureza” nas emissoras comunitárias de radiodifusão. Se substituirmos x, no modelo acima, por “proselitismo”, teríamos o resultado do modelo para o caso concreto, ou seja: se “proselitismo” é garantido pelos âmbitos de proteção da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa (APx) e se não há fundamento constitucional para a vedação desse proselitismo (não-FC(IEEx)), então vale, em relação a x (proselitismo), a consequência jurídica do direito de liberdade em jogo, isto é, no caso de x (proselitismo) vale a consequência

Assim como a teoria dos limites imanentes, subsiste aos direitos fundamentais a necessária observância do seu núcleo essencial, ambos institutos originados no direito alemão, atribuindo-se a esse último a condição de elemento intocável da norma fundamental, ou seja, o mínimo impossível de ser atingido, o limite da restrição ao direito que o compõe, como afirmam Dimoulis e Martins¹⁵⁹.

Sobre o núcleo essencial do direito fundamental Gilmar Mendes¹⁶⁰ desponha as duas correntes existentes sobre sua natureza: absoluta ou relativa, preservando a ambas o intuito de proteção dos direitos fundamentais contra atuação legislativa desarrazoada¹⁶¹ e ainda que a doutrina e jurisprudência não tenham conciliado sua cientificidade, em especial no tocante a como delimitar o núcleo essencial de cada direito, não se pode deixar de reconhecer sua existência porque seu baluarte maior é assecuratório, é a garantia do direito fundamental, seja ele qual for.

Se a natureza absoluta do núcleo essencial da norma em comento impede o legislador de alterar o seu conteúdo central, a natureza relativa, por sua própria denominação, submete o direito à análise permitindo sua alteração mediante processo de ponderação com base no princípio da proporcionalidade, seguiu afirmando Gilmar Mendes.

Entende-se aqui que o Brasil aderiu à corrente que reconhece como absoluta a essencialidade nuclear do direito fundamental, tendo em vista que a Constituição instituiu as cláusulas pétreas em seu art. 60, § 4º, mencionando expressamente em seu inciso IV, os direitos e garantias individuais. Assim, o reconhecimento da intangibilidade do núcleo essencial, apesar de estar implícito na CF, é albergado pela doutrina e jurisprudência.

A imutabilidade do núcleo essencial já foi, inclusive, objeto de reconhecimento pelo STF, destacando-se o julgado do MS 23.047-MC sob a relatoria do Min.

jurídica das normas que garantem as liberdades de expressão e de imprensa, que é a exigência de omissão estatal nesse âmbito e da cessação de eventual intervenção não fundamentada."Ibidem., p. 31.

¹⁵⁹ Cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2014, p. 168.

¹⁶⁰ Cf. *Curso de direito constitucional*, 2010, p. 396.

¹⁶¹ José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8. ed., 2012, p. 282, em uma passagem interessante em que faz crítica às críticas de seu filho, Virgílio Afonso da Silva, sobre sua doutrina de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, ao discordarem quanto à possibilidade do legislador ordinário restringir direitos fundamentais, afirma que Virgílio Afonso foi influenciado em sua tese pelo constitucionalismo alemão, de modo que isso é possível, sem que isso queira dizer que o autor fez "direito constitucional alemão no Brasil". Reforça, assim, o entendimento de que no Brasil as restrições a direitos fundamentais cabem somente à Constituição, como se percebe da interpretação dos seus artigos 136, § 1º, 139 e art. 220, § 3º.

Sepúlveda Pertence, para quem o direito fundamental pode ser alterado, desde que seja mantido seu núcleo essencial, assim dispondo:

Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.¹⁶²

Nessa mesma ordem apontam-se outros julgamentos do STF¹⁶³ reconhecedores da essencialidade esposada, dessa feita, destacando-se o voto por parte do Min. Celso de Mello no HC 82.424-2/RS:

Entendo que a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito coerente, desde que, no momento, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

Diante da constatação sobre a possibilidade jurídica da limitação de direitos fundamentais, a indagação que surge é: em qual circunstância e sob quais critérios essa limitação se efetivará?

Ora, o objeto de estudo do presente trabalho é uma flagrante demonstração da necessária aplicação dessa limitação, pois, diante da confrontação entre o direito ao exercício da liberdade religiosa do empregado e o direito à propriedade e à livre iniciativa do empregador, em determinada situação específica, um desses direitos será limitado face ao outro. E como estabelecer qual desses direitos fundamentais prevalecerá à limitação do outro?

A resposta pode ser obtida através da técnica trazida por Dimoulis e Martins¹⁶⁴ que com sagacidade estruturaram uma ordem equacionada de modo a preservar a segurança jurídica, que dispõe:

Estudo dos direitos fundamentais = Estudo e tentativa de solução dos conflitos entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos direta (bem jurídico-constitucional) ou indiretamente (reserva legal simples) protegidos

¹⁶² STF. MS 23.047-MC. Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/11//2003.

¹⁶³ STF. MS nº 24.045, no voto do Min. Joaquim Barbosa, DJ de 05/08/2005; HC nº 82.959 de relatoria do Min. Gilmar Mendes, DJ de 01/09/2006.

¹⁶⁴ Cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2014, p. 132.

pela Constituição ou conflitos de direitos fundamentais entre si (colisão de direitos fundamentais).

Ingo Sarlet¹⁶⁵ cita o jurista alemão Klaus Stern para também justificar a importância do procedimentalismo de limitação das normas fundamentais, a teoria do limite dos limites, afirmando:

[...] uma separação clara entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitação e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos, não é apenas relevante para uma dogmática “límpida” dos direitos fundamentais, mas também assume importância para o manejo apropriado, especialmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador, das normas de direitos fundamentais.

Essa intervenção estatal de limitação dos direitos fundamentais pode ocorrer por meio da atuação do poder legislativo (mediante elaboração da Constituição e demais leis) ou do judiciário (mediante atividade hermenêutica-judicante) e é motivada por razões legais (restrição direta ou indireta ou tacitamente constitucional)

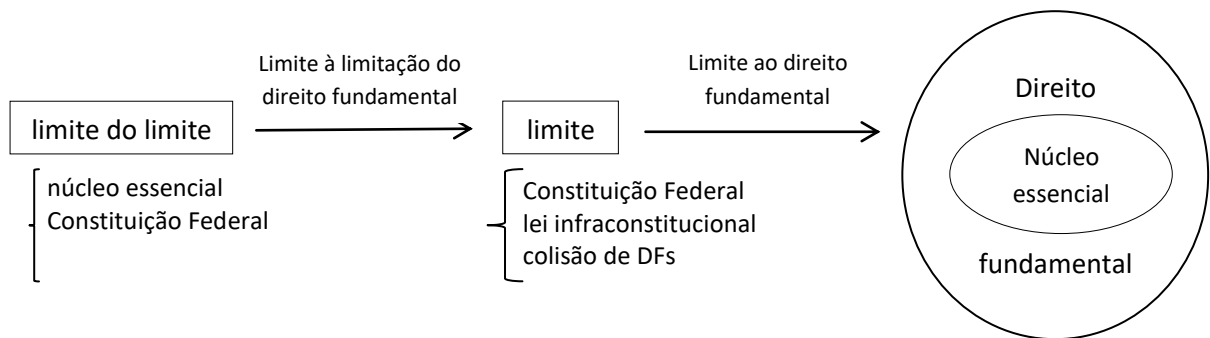
¹⁶⁶

O cotejo doutrinário sobre o tópico nos leva às respostas das duas interrogações, ambas voltadas ao problema do trabalho proposto, que se dispõem objetivamente: Diante da constatação sobre a possibilidade jurídica da limitação de direitos fundamentais, em qual circunstância essa limitação se efetivará? As circunstâncias são determinadas pela ocorrência da contraposição dos direitos em cheque, ou seja, a colisão direta entre normas fundamentais.

Como se estabelece qual desses direitos fundamentais prevalecerá à limitação do outro (qual o critério)? A atuação jurisdicional deverá observar o núcleo essencial das normas em colisão e sobre eles aplicar as técnicas para encontrar qual o direito deve prevalecer naquele caso concreto face à observação da priorização dos valores decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁵ Cf. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015, p. 405.

¹⁶⁶ A intervenção pelo legislante ocorre de forma direta ou indireta. É direta quando a Constituição traz no enunciado do artigo de forma expressa qual a limitação da sua efetividade, como se vê no art. 5º, IV, XI e XVII; Já na intervenção indireta, também denominada reserva de lei restritiva, o enunciado do direito fundamental fixa a limitação condicionada a lei infraconstitucional, como, por exemplo, no art. 5º, XV e XIII. De outro modo, ocorre a intervenção pelo Poder Judiciário que é aquela circunstancial por ocorrer em razão de colisão de direitos fundamentais, hipótese que se aplica ao objeto da presente pesquisa.



Não obstante a doutrina pátria e internacional já tenha conclamado a árdua definição do núcleo essencial do direito fundamental, não se mostra sensato não se perguntar qual seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais postos em cheque no caso em comento.

No que se refere à liberdade religiosa, se tem uma tarefa ainda mais melindrosa e arduo, porque dito direito fundamental é, como já dito, um complexo de outros direitos fundamentais, o que incorpora ao seu núcleo o núcleo de outros três direitos, porém, sabe-se o que não pode ser desprezado por esse núcleo: o exercício da manifestação da crença do indivíduo.

Já no tocante ao direito fundamental à livre iniciativa do empregador, toma-se por núcleo essencial o seu poder diretivo para conduzir os elementos que reuniu no intuito de atingir a finalidade empreendedora que se propôs.

Daniel Sarmiento¹⁶⁷, entretanto, aduz que a proteção pelo patrimônio individual é avidez do Estado Liberal, ultrapassada com a consolidação do Estado contemporâneo que transferiu para o núcleo do direito fundamental à propriedade privada valores da esfera existencial subjetiva, como sexualidade, ideologia, religião, afetividade e artes. Para Sarmiento¹⁶⁸, citando Raul Machado Horta, o cunho capitalista dos direitos fundamentais do empregador foi dosado pelas cláusulas compromissórias de solidariedade e justiça social que conduziram ideologicamente a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, culminando com as previsões do art. 1º, IV, art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, os quais, respectivamente, fundamenta a República nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, atribui função social à

¹⁶⁷ Cf. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., 2008, p. 158.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 175.

propriedade privada e dispõe o trabalho humano como fundamento da ordem econômica.

Essas disposições constitucionais demonstram que a intenção do constituinte foi enaltecer os direitos sociais de modo a impulsionar a legitimação do princípio da dignidade humana no ordenamento brasileiro, consolidando a proteção aos direitos fundamentais em detrimento a qualquer outro.

De igual modo expressou pensamento Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti¹⁶⁹ afirmando que “independente de menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma função social, e isso integra internamente seu próprio sentido para que possa ser plausível.”

Quando o exercício da liberdade religiosa do empregado ou do empregador ultrapassa a esfera da normalidade, ou seja, passa a gerar perturbações interferindo no cotidiano das atividades e no comportamento das pessoas, é porque o exercício dos direitos não está sendo equilibrado, não se ajusta os interesses, proliferando as possibilidades de ocorrer discriminação, preconceito e intolerância. Nessa situação fática, a busca do equilíbrio entre esses direitos não pode ignorar que até mesmo os direitos fundamentais do empregador protegem no seu núcleo essencial os valores sociais.

¹⁶⁹ Cf. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, 2012, p. 129.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A TEORIA DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

Em várias passagens aqui expostas foi afirmado que a religião e o homem possuem uma relação íntima que é incapaz de ser dissociada, mesmo entre ateus, agnósticos e ceticistas, porque todo indivíduo traz consigo uma bagagem cultural-social na qual a religião está inserida e sobre ela se desenvolvem seus valores e convicções, ainda que sejam de negação a religião e a espiritualidade.

A religião está, pois, intrinsecamente presente na sociedade e, por isso, o Direito deve protegê-la, de modo a assegurar aos homens tanto o direito de exercê-la como o direito de negá-la, dando robustez às premissas do Estado Democrático de Direito que é o Brasil e efetividade aos seus direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Boaventura de Sousa Santos¹⁷⁰ afirma que:

[...] a reivindicação da autonomia do poder do Estado *vis-à-vis* à religião é um dos atributos fundamentais da separação entre espaço público e espaço privado na modernidade ocidental. No entanto, talvez por esta mesma razão, o destino da religião na modernidade ocidental ficou intimamente ligado ao da distinção entre espaço público e espaço privado.

Por essas razões, manifestações religiosas e o exercício individual da religião devem ser traduzidos, *prima facie*, como comportamentos naturais e de expressão do íntimo humano, da subjetividade espiritual, podendo ser manifestado a qualquer tempo e lugar, até mesmo no exercício do vínculo empregatício, como será tratado adiante no fito de verificar a efetividade e a limitação desses direitos fundamentais.

3.1 PRÁTICAS DO EMPREGADO E DO EMPREGADOR QUE CARACTERIZAM O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

3.1.1 Proselitismo religioso

As práticas manifestamente ideológicas e confessionais com cunho expressivo no sentido de obter adeptos à determinada convicção compõem o proselitismo, que se especifica religiosamente quando a atuação envolve profissão de fé.

¹⁷⁰ Cf. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed., 2014, p. 101.

Nas palavras de Aloisio Cristovam¹⁷¹, não é a mera exteriorização do pensamento religioso que configura o proselitismo, mas sua prática colimando o convencimento de terceiros a seguirem, aderirem, sua convicção religiosa. Isso não torna a conduta ilícita, pelo contrário, é uma expressão de direitos fundamentais respaldados pela liberdade religiosa e seus desdobramentos, como livre manifestação de pensamento e liberdade de crença, demonstrando-se assim, o referido autor, adepto à linha assecuratória da prática proselitista no ambiente de trabalho.

A Bíblia Sagrada encoraja os fiéis à prática do proselitismo, de acordo com o que é difundido no Evangelho, como se vê em Marcos 16:15: “E disse-lhes: Ide por todo o mundo, pregai o *evangelho* a toda criatura”.

Jayme Weingartner¹⁷², ao tratar do tema, afirma que o discurso religioso é inerentemente persuasivo, porém, isso não pode dar azo aos excessos que muitas vezes são cometidos quando da prática do proselitismo. Se percebido que a tentativa de convencimento de cunho religioso ultrapassa os limites dos direitos e liberdades individuais, necessária se apresenta uma intervenção limitadora de modo a reestabelecer a ordem sem retirar a legitimidade do direito à liberdade religiosa.

Nas normas do Direito Internacional percebe-se que ao homem é assegurado o direito à liberdade de aderir e manter determinada crença, porém, a liberdade religiosa no que se refere à sua manifestação é passível de sofrer limitação justamente para garantir a liberdade religiosa do outro.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos, reconhecido pelo Brasil, através do Decreto 592/1992, em seu artigo 18, ‘3’, restringe a liberdade de manifestar a própria religião ou crença às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Em específico sobre proselitismo religioso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos prevê expressamente, em seu artigo 12, ‘1’, que o direito à liberdade religiosa inclui a liberdade de “espalhar a sua própria religião ou crença”.

Ou seja, a prática do proselitismo religioso no ambiente laboral, em regra, não é conduta abusiva ou contrária ao objeto do contrato firmado entre empregado e empregador, entretanto, se manifestada em dissonância ao que se enquadra como

¹⁷¹ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 273.

¹⁷² Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 119.

tolerável, se torna merecedora de repulsa e sanção, pois, o que se deve observar, em qualquer circunstância, é a ponderação entre o direito de quem pratica o proselitismo religioso e o direito de quem é destinatário desse proselitismo.

Assim, observa-se que é latente o direito à prática do proselitismo religioso, entretanto, a dificuldade reside justamente em identificar o que caracterizaria o excesso e em como limitar esse direito que se reveste da essencialidade de outros direitos fundamentais, pois, no âmbito das relações de emprego, não pode ficar ao livre alvedrio do empregador a condução dessas situações, mesmo porque em algumas ocasiões a vítima do proselitismo religioso abusivo é o próprio empregador.

Para Manoel Jorge e Silva Neto¹⁷³, a prática do proselitismo religioso não é passível de proteção no ambiente de trabalho porque acarreta profundo mal-estar¹⁷⁴, além de ofensa a direitos transindividuais.

Já Aloisio Cristovam¹⁷⁵ não comunga desse entendimento e considera possível o discurso proselitista no ambiente laboral, desde que não seja abusivo, e estrutura essa distinção entre as práticas proselitistas abusivas e não abusivas, sejam elas do empregado ou do empregador, e, em todas, o que se observa é o critério casual e um tanto quanto discricionário, considerando que a identificação do caráter abusivo se configura a depender do grau de infortúnio gerado negativamente na rotina do trabalho e na análise de imposição de constrangimento para os colegas e clientes ou para os empregados.

O antagonismo esboçado comprova que somente a análise do caso concreto é que vai permitir julgar se a prática proselitista no ambiente de trabalho é ou não abusiva, mediante o princípio da razoabilidade e do que se deve apurar na ponderação dos direitos individuais.

Na relação de emprego, a prática proselitista não foge à regra geral e se consubstancia no discurso oral, no envio de mensagens eletrônicas e impressas e, por vezes, na ostentação de símbolos ou imagens religiosas.

¹⁷³ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 158.

¹⁷⁴ O ambiente de trabalho saudável é pressuposto do bem estar físico, mental e social dos obreiros, mantendo íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido dispõe Celso Antônio Pacheco Fiorillo sobre o meio ambiente do trabalho: “o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)”. Cf. *Direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado*, 2011, p. 323.

¹⁷⁵ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 293.

Reconhecendo-se o direito à prática do proselitismo religioso tanto pelo empregado quanto pelo empregador, durante o vínculo empregatício, resta apontar algumas situações a título de exemplificar o que se entende por proselitismo abusivo e não abusivo e suas consequências na relação de emprego, como a possibilidade de rescisão do contrato com a incidência ou não da justa causa, como será esposado em tópico específico no trabalho.

A realização de reuniões propostas pelo empregador durante o expediente para tratar de temas religiosos não é considerada prática abusiva se for condicionada ao fato de: os empregados não serem obrigados a participar dessas reuniões e a recusa não gerar qualquer punição; se os empregados puderem, durante a reunião, expressar livremente suas convicções filosóficas ou religiosas; se essas reuniões não tiverem frequência excessiva e extensão ilimitada.

Importante salientar que essas reuniões com exclusiva temática religiosa só podem ser propostas pelo empregador ou por ele autorizadas, porque ele assume os efeitos do dispêndio do tempo do empregado em função da reunião e a consequente redução da produtividade material em razão da discussão religiosa, bem como a ele cabe autorizar ou não a realização desse procedimento na sua empresa, em flagrante prerrogativa do seu poder diretivo.

Já em reuniões cuja pauta verse sobre a atividade empresarial, sendo obrigatória a presença dos empregados, entende-se ser razoável apenas a realização de uma oração ou prece de agradecimento, sendo vedada qualquer outra conduta religiosa, porque ainda que não se tenha a intenção de converter a crença de alguém, a obrigatoriedade da presença do empregado pode ensejar.

Depreende-se dessas lições que a prática proselitista pode engendrar ainda o assédio religioso¹⁷⁶, que nas palavras de Manoel Jorge¹⁷⁷ é “todo comportamento ilícito, de pessoa natural ou jurídica, destinado à conversão de agnósticos, ateus ou indivíduos que professem fé diversa do assediante, para a qual se utiliza de violência física ou moral”.

¹⁷⁶ Aloisio Cristovam se debruçou sobre diversas possibilidades de ocorrência do proselitismo religioso, chegando inclusive a diferenciar o assédio moral do assédio religioso, expressão que, segundo ele, deve ser utilizada para identificar não o mero abuso na prática proselitista, mas “o abuso qualificado por uma repetição ou sistematização da conduta proselitista que atente contra a liberdade de consciência de uma pessoa, causando transtornos à integridade psíquica da vítima e degradando o ambiente de trabalho”.

¹⁷⁷ Cf. *A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional*, 2012, p. 144.

3.1.2 Escusa de consciência por motivo religioso

A escusa de consciência, prevista no art. 5º, VIII, da CF, é a livre manifestação do indivíduo no sentido de apontar elementos de sua natureza íntima como objeção a realização de certas atividades, entendendo-se serem incompatíveis entre si.

Já Gilmar Mendes¹⁷⁸ define que escusa de consciência consiste “na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral”. Mendes rebate que a escusa de consciência seja aplicável apenas a obrigações militares e em casos que haja lei que estabeleça prestação alternativa, tendo em vista que a escusa é um direito fundamental e de aplicabilidade imediata, através do qual o Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.

Nas palavras de Dirley da Cunha¹⁷⁹, a escusa de consciência é assegurada constitucionalmente como direito individual que “investe a pessoa de recusar prestar ou aceitar determinada obrigação que contrarie as suas crenças ou convicções”.

Seguindo o raciocínio, Dirley da Cunha¹⁸⁰, que corrobora o entendimento acima de Gilmar Mendes, afirma ser a escusa de consciência direito fundamental de aplicabilidade imediata, pelo que não se pode condicionar sua efetividade à existência de lei complementar, conforme dispõe:

Mas é importante ressaltar que o cumprimento da prestação alternativa depende de sua previsão legal, só estando a pessoa obrigada ao seu cumprimento quando fixada por lei. Não é correto dizer que a escusa de consciência depende de lei, sobretudo em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º). O que depende de lei é a fixação da prestação alternativa, não o exercício da escusa de consciência. Assim, fundada em suas crenças ou convicções, pode uma pessoa deixar de cumprir uma obrigação legal a todos imposta, sem, no entanto, se sujeitar a uma prestação alternativa, quando esta não estiver prevista em lei.

¹⁷⁸ Cf. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., 2016, p. 313.

¹⁷⁹ Cf. *Curso de direito constitucional*, 2014, p. 551.

¹⁸⁰ Cf. Dirley da Cunha Júnior. op. cit., p. 551.

Entretanto, essa não é a interpretação de Manoel Jorge¹⁸¹, o qual afirma, citando Celso Bastos e Ives Gandra Martins, verificar que “a hipótese ampla e genérica do Texto dificilmente se concretizará em outras situações senão aquelas relacionadas com os deveres marciais do cidadão”. O referido autor cita ainda um caso norte-americano em que a escusa de consciência é objeto de alegação sobre vínculo empregatício¹⁸².

A intenção do legislador constitucional, ao resguardar a escusa de consciência, foi, certamente, assegurar a liberdade de consciência e de crença, e não criar uma válvula de escape beneficiando àquele que pretende eximir-se de uma obrigação legal em razão de preceitos íntimos de ordem filosófica, religiosa ou política.

Aloisio Cristovam¹⁸³, por sua vez, entende que o inciso VIII do art. 5º, da CF não pode fundamentar a escusa de consciência alegada em relações de trabalho porque o teor expresso da norma é restrito às obrigações legalmente impostas e não às obrigações contratualmente ajustadas. Assim, somente o inciso VI cumpriria tal mister.

Não se vislumbra no texto da norma em comento qualquer vedação ou restrição à sua aplicação na relação privada decorrente do contrato de emprego, podendo a escusa de consciência ser arguida pelo empregado para eximir-se de uma obrigação, desde que, a prestação alternativa a ser cumprida seja previamente pactuada com o empregador.

Ora, se o art. 5º, VI, da CF veda a privação de direitos a qualquer indivíduo por motivo de crença ou de convicção religiosa e a CF, no mesmo artigo, inciso VIII, autoriza ainda que o indivíduo invoque a liberdade de crença religiosa para não cumprir obrigação legal a todos imposta, condicionada tal objeção ao cumprimento

¹⁸¹ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, 2008, p. 122.

¹⁸² Cf. Manoel Jorge e Silva Neto. op. cit., p. 56. A Corte Superior norte-americana, por exemplo, no caso *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, não reconheceu a devida alegação de escusa de consciência do empregado que deixou o emprego voluntariamente por receio de ser transferido para o setor do estabelecimento empregador responsável pela produção de torres rotatórias para tanques blindados, atividade que contraria sua crença religiosa. A Corte fundamentou sua decisão alegando que a religião do requerente não proibia seus adeptos de trabalharem em fábricas de armamentos, tendo vários colegas religiosos dele no setor. A decisão parece acertada, mas só em parte, porque a escusa de consciência não deve ser limitada às proibições definidas pela religião, mas pelo elemento subjetivo do indivíduo, que mesmo não sendo proibido pela religião, se sente proibido por valores e consciência próprios; por outro lado, o reclamante não deu à empresa qualquer oportunidade de ajuste e saiu voluntariamente do trabalho presumindo sua transferência de setor, esquivando-se do seu direito de alegar a escusa de consciência.

¹⁸³ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 363.

de obrigação alternativa fixada em lei, não se vislumbra fundamento jurídico capaz de afastar das relações privadas tais direitos outorgados aos brasileiros, mesmo que essa relação seja empregatícia.

Data vênia, não se compartilha dessa restrita interpretação dada ao inciso VIII por Aloisio Cristovam, pois, o contrato empregatício se faz lei entre as partes que o pactuam e em decorrência disso o seu cumprimento se torna obrigação legal imposta a todos os empregados e empregadores. Ademais, o contrato empregatício é diretamente controlado pela lei, *in casu*, a CLT, sendo a autonomia de vontade das partes bastante restringida, como preleciona Amauri Mascaro¹⁸⁴:

Se há um ramo do Direito no qual o *contrato* é controlado pelas leis, ele é direito do trabalho.
[...] no campo contratual, em vez de prevalecerem as cláusulas autodeterminadas pelas partes, a lei interferiu, reduzindo a autonomia das partes e incluindo-se no contrato, ainda que as partes, mesmo não contratando, não quisessem no seu contrato as cláusulas da lei.

No caso da escusa de consciência por motivo religioso ao cumprimento de alguma atividade laboral, cuja arguição cabe exclusivamente ao empregado por razão lógica, vez que o empregador é o detentor do poder diretivo, entende-se que, para não gerar vantagens especiais a quem aduz a escusa e não ferir o princípio da igualdade, essa prestação alternativa, mesmo não estando prevista em lei, pode ser pactuada entre empregado e empregador.

Esse é, inclusive, o objetivo da teoria da acomodação razoável, ou seja, que as partes possam acomodar os direitos do empregado e do empregador de modo que os direitos fundamentais de ambos sejam reciprocamente limitados e conseqüentemente acomodados para conviverem pacificamente e afastar aquela que seria a solução mais fácil, porém, menos razoável e justa, que é a extinção do contrato empregatício.

A prestação alternativa à escusa de consciência do empregado assegura ainda que o direito fundamental do empregador no que se refere à propriedade privada seja observado e respeitado, pois, impede que ele assuma unilateralmente o ônus decorrente do exercício da liberdade religiosa do empregado.

Ademais, o cumprimento dessa prestação alternativa pelo empregado objetor exime o empregador de responder perante seus outros funcionários de agir com

¹⁸⁴ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 29. ed., 2014, p. 567.

parcimônia e predileção, sem falar que impede que a escusa de consciência se torne banal e descompromissada, afastando-se da sua função social e jurídica.

Outro aspecto bastante relevante que deve ser observado quanto à escusa de consciência invocada para o cumprimento de atividade laboral reside no fato de que tal invocação não pode atingir o direito de terceiros, sendo esses terceiros divididos em dois grupos: os colegas de trabalho do empregado suscitador da escusa de consciência, e os terceiros alheios ao vínculo empregatício, mas representado pelas pessoas que integram a atividade empresarial na condição de clientes, consumidores, prestadores de serviços e afins.

O primeiro grupo compreendido pelos colegas de trabalho não pode ser esquecido no processo de efetivação do dever de acomodação razoável, porque, apesar de não participar diretamente do ajuste contratual, sobre ele vão recair algumas consequências diretas dessa alteração realizada entre o empregador e aquele que invocou sua consciência religiosa para abster-se de alguma atividade, incorrendo em suposta quebra da isonomia no ambiente de trabalho.

A partir do momento que se procede a acomodação entre os direitos do empregado e do empregador, esse empregado passa a ter condições de trabalho diferentes dos demais e é inevitável que essa diferenciação não desperte entre os demais empregados certo incômodo por se sentirem prejudicados com o que consideram, regra geral, ser uma benesse, mas é o cumprimento da lei fundamental.

Por essa razão, necessário que o dever de acomodação, principalmente quando aplicado em casos de objeção por motivo religioso, seja exercido impreterivelmente acompanhado da educação e conscientização quanto a fundamentalidade do direito à liberdade religiosa invocado. Caso contrário, não havendo a internalização mental dos demais funcionários quanto à importância do ajuste contratual para acomodar direito religioso, a medida protetiva assumirá revés contrário porque aqueles que sentirem-se preteridos ou prejudicados disseminarão a intolerância e o ódio ao colega objetor.

Além da conscientização coletiva, necessário também que o ajuste laboral entre o empregador e o empregado objetor não acarrete aumento de trabalho, mudança de jornada e de atividade ou qualquer outra alteração no contrato dos demais empregados. Essa é uma imposição plausível primeiro porque o dever de acomodar é do empregador, devendo ele arcar com o ônus que surgir e não

repassá-lo aos demais empregados; segundo, porque esses tipos de alteração vão aumentar o tom de possível discórdia no meio ambiente de trabalho.

A acomodação razoável não fere o princípio da igualdade, porém, o que soa estranho ao juridicamente leigo é que em nome da igualdade se cria uma situação desigual para aquele empregado que invocou escusa de consciência. Como justificar isso?

A igualdade entre os homens salvaguardada pela Constituição Federal prevê formalmente que todos são iguais perante a lei, entretanto, essa igualdade a que se refere a Constituição é um mero postulado lógico, conforme lição de Saulo Casali Bahia em artigo intitulado *A igualdade como direito fundamental*, pois é um axioma estabelecido no ordenamento, mas que sua aplicação não resiste aos confrontos do plano fático que geram circunstâncias obliteradoras do tratamento isonômico.

Eis então que no plano concreto a igualdade desponta sob os aspectos formais e materiais, sendo formal quando inexiste justificativa válida para que seja implementada a equiparação e material quando essa justificativa se faz presente, tomando os contornos da máxima *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, esses na medida da sua desigualdade.

Nesse sentido, encontrando-se diante de condições desiguais como a trabalhada na presente pesquisa, a igualdade aplicar-se-á no modo material, conforme disposto por Saulo Casali¹⁸⁵:

Com conteúdo e com exigência de confronto em face de razões suficientes para a igualização ou desigualização, a igualdade ora é um princípio ora é uma regra.

[...]

Como princípio ou como regra, a igualdade pode tomar as formas de igualdade material-concreta ou de igualdade formal-concreta (igualdade formal *lato sensu*), a depender da correspondência ou não às razões suficientes para a igualização ou desigualização de sujeitos ou situações em um caso concreto.

Na relação de emprego, a justificativa válida para promover a equiparação do empregado, que precisa ter seu contrato ajustado em razão da escusa de consciência face alguma atividade laboral, é a efetividade do direito fundamental previsto no inciso VIII do art. 5º, da CF.

¹⁸⁵ Cf. *Direitos humanos fundamentais* - estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988, 2014, p. 96–103.

É inegável que o exercício religioso de determinadas crenças impõe aos seus adeptos condições de desigualdade, em especial quando se trata de religiões menos difundidas ou indevidamente marginalizadas, como as religiões afrodescendentes, tornando-as bastante vulneráveis à discriminação, à intolerância e ao preconceito. Esse é também o entendimento de Luiz Alberto David Araújo, citado por Isabelle Rodrigues¹⁸⁶:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas

Esses grupos religiosos de expressão minoritária carecem de ações afirmativas, tanto públicas como privadas, para que as desigualdades de condições na sociedade sejam minimizadas e finalmente a igualdade lhes seja assegurada. Segundo André Ramos Tavares, também citado por Isabelle Rodrigues¹⁸⁷:

Ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas

Assim, no campo privado, as relações de emprego são campo fértil, através da aplicabilidade do dever da acomodação razoável, para a disseminação dessas práticas afirmativas firmadas pelo princípio da igualdade material.

Pensando em situação que elucide a questão, cita-se o caso hipotético em que um religioso de matriz afrodescendente não possa utilizar roupa da cor vermelha dia de sexta-feira e a empresa para qual trabalha faz uma campanha promocional durante determinado período e todas as sextas-feiras seus empregados tenham que usar camisa vermelha. É razoável que esse empregado seja desobrigado de usar a camisa vermelha?

Entende-se que sim, pois, por mais que seus colegas entendam que ele está sendo privilegiado, esse privilégio em verdade é a observância do direito

¹⁸⁶ RODRIGUES, Isabelle Cristina. Princípio da igualdade e a discriminação positiva. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38099&seo=1>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

¹⁸⁷ Ibidem.

fundamental do empregado de não cumprir atividade que ofenda sua consciência por motivo religioso.

Cumpra-se destacar ainda que não se aventa ao empregador o dever de compensar os demais funcionários em razão de ter cumprido o seu dever de acomodar o direito religioso de um empregado. Tal exigência, além de gerar indevidamente outro ônus ao empregador, retiraria dos demais empregados o dever de conscientizar-se quanto a fundamentalidade do direito à liberdade de crença e religião.

Nesse sentido, a escusa de consciência ao cumprimento do dever empregatício não pode ser confundida com concessão de privilégio, mas compreendida como atribuição de efetividade ao exercício de um direito fundamental. E a quebra da isonomia possivelmente questionada pelos demais empregados não pode ser alegada como óbice à aplicabilidade da teoria da acomodação razoável, pois a obrigação alternativa pactuada entre empregador e empregado sana a arguição de ferimento ao princípio da igualdade, uma vez que a contrapartida do empregado objetor é pactuada.

A escusa de consciência do empregado por motivo religioso não pode atingir terceiros alheios ao vínculo empregatício representado pelas pessoas que integram a atividade empresarial na condição de clientes, consumidores, prestadores de serviços e afins, porque, além de afetar a relação da empresa com o ambiente externo, pode submetê-la ao risco de ser acusada de discriminação, já que o funcionário é o preposto da pessoa jurídica e sua conduta no ambiente de trabalho é uma extensão da empresa¹⁸⁸.

Como não há um modo do empregador controlar a escusa de consciência do seu empregado perante terceiros, acredita-se que a solução mais viável é a de obstar que a escusa, mesmo por questão religiosa, seja praticada perante esses terceiros, não podendo assim, um funcionário de uma empresa negar-se a atender um cliente. Tal comportamento é passível de incorrer em flagrante discriminação religiosa, pois, imagine-se um evangélico recusando-se, na loja em que trabalha, a

¹⁸⁸ Art. 932, III, e art. 933, ambos do CC: **Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil: ... **III** - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. **Art. 933.** As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

atender um cliente homossexual ou a um babalorixá, porque sua religião condena tais comportamentos.

Entende-se que a escusa de consciência nessas circunstâncias não se justifica e tampouco se sustenta porque o terceiro também está exercendo direito fundamental e a negativa do atendimento configura, de forma profunda, discriminação e intolerância. Vários são os casos concretos em que se observa a escusa de consciência do empregado atingir consumidores e contratantes do empregador, inclusive por motivo religioso, o que ora se condena, pois o empregado não só pode, como também deve buscar adequar sua convicção religiosa de modo a não criar embaraços, conduzindo, por exemplo, o atendimento do cliente a um colega de forma educada, discreta e respeitosa.

A escusa de consciência por motivo religioso na relação de emprego ainda levanta outra discussão quanto a sua capacidade mandamental para alterar o vínculo, qual seja o momento em que ela é apresentada pelo empregado, se antes ou durante a contratação.

Se durante a fase da contratação o pretense empregado dá ciência inequívoca ao empregador de que é adepto de determinada religião e por isso fica limitado ao exercício de algumas atividades ou uso de vestimentas ou jornada de emprego, essa limitação precisa ser observada e o contrato de emprego a ser firmado deve ajustar essas limitações. Ocorre que na fase pré-contratual o pretense empregado dificilmente vai expor essas limitações justamente porque receia não obter a vaga.

Ultrapassada a fase pré-contratual sem que o empregado tenha exposto suas convicções religiosas, não se entende razoável que o empregador tenha o dever de posteriormente, já em curso a contratação, promover a adequação, considerando-se o princípio da boa-fé que rege os contratos de trabalho. Seria injusto impor ao empregador esse ônus.

Por outro lado, se no curso do vínculo empregatício o empregado mudar sua religião e por conta disso alguma circunstância conflitar com suas convicções religiosas, deve ser a acomodação razoável aplicada por parte do empregador. Casos concretos sobre o tema em questão serão levantados adiante neste trabalho.

3.1.3 Organização de tendência e Organização confessional

Entende-se por organizações de tendência entes privados da sociedade, com ou sem fins lucrativos, que possuem em seu animus de atuação uma fundamentação de cunho ideológico, filosófico, político ou religioso, que predomina e direciona suas atividades no fito de manter e difundir a convicção que representa. Elas não possuem respaldo legal expressamente previsto, mas isso não lhes retira a legitimidade e legalidade para agirem¹⁸⁹.

Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹⁰ preleciona que as organizações de tendência não têm por atividade principal a execução da profissão de fé nem a realização dessas celebrações, seu fim social é qualquer outro, porém, com identidade ideológica, existe um elo subjetivo que os relaciona, sua imagem remete à imagem de dogma religioso, como as citadas no corpo do texto. Já as organizações religiosas, também chamadas confessionais, têm como finalidade, como atividade essencial, a divulgação da fé religiosa por meio de celebrações como cultos, sessões e missas, como ocorre com Igrejas, centros de Umbanda, terreiros de Candomblé e centros espíritas.

Alexandre Agra Belmonte¹⁹¹, nesse aspecto, esclarece que as entidades de tendência se caracterizam por estarem voltadas à difusão ou à promoção de certa ideologia que, com base no pluralismo político e social, constituem expressão do exercício de direitos fundamentais.

[...] pressupõe a adesão a uma determinada ideologia ou concepção de vida, do homem ou do mundo, como ocorre com as dirigidas ao alcance de fins políticos (partidos políticos), religiosos, sindicais, confessionais, de caridade, educativos, científicos, artísticos e similares, como as associações anti-aborto ou pró-imigração.

Aloisio Cristovam¹⁹², por sua vez, subdivide os empregadores de tendência religiosa em três espécies: a) organizações religiosas em sentido estrito, compreendendo igrejas e cultos; b) organizações confessionais, aquelas controladas por igrejas e cultos e destinadas à prestação de serviços na área da educação, saúde e assistência social, e as editoras e mídias comunicativas para propagação

¹⁸⁹ Esclarece-se que neste trabalho a abordagem sobre as organizações de tendência se limita àquela de cunho religioso, dado o corte epistemológico da pesquisa, não obstante sindicatos e partidos políticos, por exemplo, também representarem organizações de tendência voltadas ao campo das convicções filosóficas, ideológicas.

¹⁹⁰ Cf. *Teoria Jurídica do Assédio e sua Fundamentação Constitucional*, 2012, p. 148.

¹⁹¹ Cf. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*, 2013, p. 66.

¹⁹² Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 69 – 78.

da fé com missão totalmente institucional; c) empresas com demonstração ideológico-religiosa à sua atividade econômica, mas que não se vinculam a um ente religioso; é a manifestação da religião do empresário na pessoa jurídica.

Da análise perfunctória sobre as definições em destaque, discorda-se dessa trazida por Aloisio Cristovam, a uma, porque escolas, creches, hospitais, casas de apoio, ainda que geridas por organização religiosa, não têm como finalidade essencial nem principal a execução da profissão de fé; a duas, porque sobre essas entidades (escola, hospital, empresas de comunicação) há a tutela estatal, ou seja, mesmo que lhe caibam a gestão por uma organização religiosa, é ao Estado que devem se submeter no tocante ao cumprimento das normas de diretrizes e regulações, o que não acontece com as igrejas e cultos, sendo vedado ao Estado interferir nos seus assuntos internos como afirma Jayme Weingartner¹⁹³.

Também não se acredita coerente conceber que o fato do proprietário do estabelecimento ser praticante de determinada religião transfere para a pessoa jurídica empregadora o status de organização de tendência. Se assim fosse, todas as empresas pertencentes a adventistas e católicos, por exemplo, obrigatoriamente, seriam organizações de tendência. Do mesmo modo, alcunha e logomarca religiosas não tornam a pessoa jurídica uma organização de tendência.

Conclui-se, no aspecto da definição, que as organizações de tendência são entidades como estabelecimentos de ensino (creches, escolas e universidades), hospitais e empresas de comunicação social pertencentes ou vinculadas a igrejas e demais entes religiosos. A essas organizações se estendem a expressão de crença e fé da entidade religiosa a que estão vinculadas por motivos de gestão administrativa, econômica e assistencialista.

Entretanto, a celeuma envolta com suas práticas no âmbito das relações de emprego são muitas e suscitam questionamentos sobre a caracterização de abusos discriminatórios, e mais uma vez a solução aos conflitos fica ao alvedrio das ponderações principiológicas, sendo a liberdade religiosa sua maior refém.

Pergunta-se: configura comportamento discriminatório uma organização de tendência contratar apenas empregados adeptos da sua religião afim?

¹⁹³ Cf. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, 2007, p. 133.

Posicionam-se negativamente à questão Manoel Jorge¹⁹⁴, Luiz Pedreira da Silva¹⁹⁵ e Alexandre Agra Belmonte¹⁹⁶, sob o fundamento de que os empregados dessa organização devem contribuir para seu propósito institucional, razão pela qual empregados com convicções religiosas contrárias estariam a todo tempo submetidos a conflitos pessoais e comprometendo a função social e o desenvolvimento do empregador.

Face a justificativa apresentada, Manoel Jorge¹⁹⁷ ainda ressalva a limitação da contratação aos empregados que exerçam a atividade fim da empresa de tendência, não abarcando a possibilidade da restrição àqueles empregados cuja função não se correlacione à atividade fim, como auxiliares de serviços gerais, hipótese em que se configura o abuso e a discriminação religiosa tendo em vista que não haveria concorrência da atividade empresarial.

Parece ser esse o entendimento mais acertado no sentido de reconhecer às organizações de tendência o direito de limitar a contratação dos empregados, mas em divergência a Manoel Jorge, credita-se essa limitação, não em função da natureza da atividade, mas em função do cargo. Isto é, as organizações de tendência podem limitar a contratação de empregados com identidade religiosa, mas não em razão da atividade fim, e sim em razão do cargo (de propagação da fé ou de gestão e direção).

Exemplo clássico se volta à questão de escola que professa determinada fé e precisa contratar professor. Desse exemplo decorre uma grande condicionante a ser observada: a especificidade do cargo. Se a contratação se refere ao cargo de professor para ministrar aula de religião, é plenamente aceitável que essa escola contrate, para esse cargo, apenas professor de mesma identidade religiosa, sem configurar prática discriminatória. Soa incoerente uma escola católica ministrando aulas de ensino religioso por professor ateu.

¹⁹⁴ Cf. *A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional*, 2012, p. 139-149. “No direito brasileiro, o enquadramento das confissões religiosas aponta para a categoria de *peças jurídicas de direito privado*, na modalidade de *associações*... elencam-se os direitos de autocompreensão, autodefinição, auto-organização, auto-administração, autojurisdição e autodissolução, reconduzíveis ao direito geral de autodeterminação. Claro que não se trata de um direito sem peias, antes dever conformar-se aos princípios fundamentais da ordem constitucional (inclusive o valor básico da igual liberdade de todos os cidadãos)”.

¹⁹⁵ Cf. *Principiologia do direito do trabalho*, 1999, p. 183-184.

¹⁹⁶ Cf. Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho. [18 de novembro, 2012]. *Secretaria de Comunicação Social, TST*. Entrevista concedida a Carmem Feijó e Ricardo Reis. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 149.

Ademais, as escolas têm como público alunos da idade escolar infanto-juvenil, ou seja, compreendidas na idade entre zero e dezoito anos, conforme estatui o ECA¹⁹⁸, fase de plena formação do indivíduo, cujos valores éticos, sociais, comportamentais e religiosos são obtidos, em regra, pelos ensinamentos familiares e também escolar. Sendo assim, o posicionamento religioso da escola é elemento importante aos pais no momento da contratação, o que reforça a possibilidade da exclusividade posta em comento.

Aos demais cargos de professor da organização de tendência, porém, não subsistem a prerrogativa contratual da exclusividade de idêntico credo. Não se credita plausibilidade que professor de português, matemática ou qualquer outra disciplina tenha que comungar da mesma religião que seu empregador¹⁹⁹.

Outros exemplos demonstram que não é a atividade fim da organização de tendência que determina a exclusividade da contratação do empregado sob o critério de afinidade religiosa, mas o cargo a ser exercido por ele.

Imagina-se uma editora de livros gospel, a qual engloba em sua atividade fim tanto a edição como a impressão dos exemplares. É possível exigir que tanto os editores quanto os impressores comunguem da mesma religião disseminada pela editora? Não.

Para o cargo de editor entende-se ser plenamente pertinente a exigência da afinidade, soando ilógico que um editor cuja fé seja católica possa revisar e editar livros de cunho religioso diverso em razão dos elementos de convicção serem antagônicos.

Por outro lado, não obstante a equipe técnica voltada apenas à impressão desses livros exerça atividade constituinte da finalidade empresarial, não se vislumbra a mesma possibilidade de exigir-se que seus membros confessem identidade de religião com o empregador, tendo em vista que sua função não

¹⁹⁸ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁹⁹ Importante destacar que, em verdade, defende-se aqui que o ensino religioso, mesmo em escolas assistenciais, caracterizadas como organizações de tendência, deveria consistir na abordagem histórica e cultural das religiões, sem privilegiar qualquer uma delas, como instrumento de conhecimento e discussão na tentativa de acabar com a discriminação e o preconceito. Entretanto, o STF, na contramão da luta por um Estado brasileiro religiosamente neutro, dia 27/09/2017, julgou improcedente a ADI nº 4439 proposta pela PGR tendo como objeto a interpretação conforme a CF ao dispositivo da LDB e ao acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé para assentar que o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser vinculado a religião específica tampouco ministrado por representantes de confissão religiosa. Porém, em votação apertada, o STF entendeu que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, vinculado às diversas religiões.

colocará em choque sua atividade e sua crença religiosa. Nesse caso, soa discriminatória a conduta da organização de tendência que restringir ao cargo de impressores pessoas que comunguem da sua fé.

Em última exemplificação trata-se dos hospitais de tendência. Se nos casos anteriores fosse reconhecido o direito da exclusividade contratual aos cargos relacionados à atividade fim, ditos hospitais somente poderiam contratar médicos e enfermeiros que professassem a mesma religião do hospital, o que não se entende, mais uma vez, razoável. Nesses hospitais entende-se que a exclusividade da contratação do empregado de igual religião limita-se aos seus cargos de gestão e diretoria.

Por essas razões, acredita-se ter fundamentado que não é atividade fim da organização de tendência o critério a determinar a exclusividade de contratação de empregados com mesma convicção religiosa, mas o cargo a ser exercido por esse empregado.

A possibilidade das organizações de tendência elegerem a específicos cargos empregados de idêntica religião aventa uma outra questão: como pode o empregador fazer a triagem dos candidatos que atendem aos requisitos da vaga?

Ora, inicialmente a forma mais simples de resolver seria na fase pré-contratual mediante o questionamento direto ao candidato quanto à crença que ele segue, se seguir. Entretanto, tal resolução se aproxima mais de uma conduta discriminatória, além de vacilante, porque a condição hipossuficiente do candidato e sua necessidade de trabalhar podem alterar a veracidade da resposta ou fazê-lo com que renegue à sua própria crença, causando-lhe angústia e sofrimento.

Enfrenta-se então verdadeiro imbróglio jurídico quanto à solução mais razoável a ser encontrada para que a organização de tendência possa identificar na fase pré-contratual pessoas aptas a preencher o requisito de ocupação do cargo.

A solução que ora se apresenta pode não ser a mais adequada porque se consubstancia no elemento da presunção, mas certamente é a menos traumática porque se funda na interpretação por parte do empregador de respostas dadas pelos candidatos a questões que envolvam temas religiosos. Assim, a pergunta sobre o exercício e a espécie de religião praticada pelo candidato não seria feita diretamente, mas por subterfúgio, mediante a análise dele sobre um caso hipotético religioso. Se, diante da interpretação da resposta fosse possível identificar qual sua corrente religiosa, se constataria o preenchimento do requisito à ocupação da vaga.

Certo é que tal procedimento não afasta o risco do empregador interpretar mal a resposta do candidato, assim como a pergunta feita diretamente não afasta o risco da mentira ou omissão, porém, o caráter discriminatório ficaria de pleno afastado, bem como a inquietação subjetiva face ao questionamento tão íntimo e intrigante ao pretense empregado.

Já no tocante às organizações confessionais, representadas por igrejas, templos, terreiros, centros e afins, após tudo que foi esposado quanto às organizações de tendência, seria ilógico não conceber àquelas o privilégio referente à possibilidade de limitação no campo da contratação de empregados de idêntica fé.

Não há lastro para fundamentação em sentido contrário, mormente porque é necessário que todos estejam imbuídos na consolidação e na propagação do discurso de fé sob pena de comprometer o funcionamento, a credibilidade e a finalidade da organização.

Nesse sentido, Aloisio Cristovam²⁰⁰ afirma que a organização religiosa age sob razoabilidade se optar por contratar apenas empregados que professam a sua mesma fé, independentemente da função a ser exercida. Posicionamento aqui seguido em plenitude.

Alice Monteiro de Barros²⁰¹, entretanto, não admite o reconhecimento de vínculo empregatício entre as entidades religiosas e os seus membros e integrantes por considerar que o elo entre ambos se constrói sobre o interesse vocacional, missão espiritual, não se estabelecendo os elementos contratuais necessários à configuração da condição de empregado e empregador.

Indigitado entendimento não é pacífico, referindo-se em grande parte ao corpo dirigente como clérigo, pastores e ministrante. Há exceções à regra, tendo em vista que aqueles que exercem funções auxiliares de manutenção dos templos, por exemplo, jardineiros e serventes, podem estabelecer vínculo com a organização religiosa se a prestação do serviço não for voluntária e a relação que se institui cumpre os ditames legais celetistas.

O primordial em todas as circunstâncias é que se perceba a adequação entre os direitos fundamentais da entidade de tendência, no que se refere ao livre arbítrio de crença e à livre iniciativa, e do empregado que cumprirá o papel de agente dessa

²⁰⁰ Cf. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, 2013, p. 73.

²⁰¹ Cf. *Curso de direito do trabalho*, 7. ed., 2011, p. 509.

propagação religiosa, mantendo o ambiente de trabalho livre de constantes tensões e embates carregados de carga psico-ideológica subjetiva.

3.2 A ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO (ARTIGO 468 DA CLT) E A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

O contrato de emprego pode sofrer alteração a qualquer tempo, sendo uma prerrogativa do poder diretivo do empregador, desde que essa alteração não resulte em prejuízo ao empregado e que haja mútuo consentimento entre empregado e empregador, conforme prevê o art. 468, da CLT²⁰².

De pleno, se estabelece que a prática da acomodação razoável contorna suas limitações no âmbito do teor do artigo 468, da CLT²⁰³.

Os termos contratuais que formalizam a relação de emprego podem ser alterados de diversas formas, em especial no tocante ao local, a função, a jornada e ao salário objetos da prestação do serviço. Valentin Carrion²⁰⁴ afirma que “a intangibilidade refere-se sobretudo às cláusulas importantes do contrato de trabalho. Quanto mais importantes, mais inatingíveis serão”.

De modo concatenado, a presente pesquisa, a definição de alteração de contrato de emprego do autor Luciano Martinez²⁰⁵ desliza como película de seda sobre o conceito de acomodação razoável, afirmando ser a “natural possibilidade de acomodação das coisas que inevitavelmente mudam por incontáveis e incontroláveis fatores, notadamente em contratos de trato sucessivo”.

Vólia Bonfim²⁰⁶, por sua vez, ao tratar do *ius resistendae* e *ius variandi*, na alteração do contrato de trabalho, afirma que “não há limites ou regras precisas para o exercício do *ius variandi*, pois as hipóteses que facultam a variação dependem de cada caso”.

²⁰² **Art. 468** - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

²⁰³ Em tempo, cumpre esclarecer que a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017, com vigência a partir de 10/11/2017, não alterou substancialmente o art. 468, no que se refere aos elementos e requisitos da alteração do contrato de emprego, especificando-se a mudança na extinção do direito do trabalhador de ter assegurado o pagamento da gratificação, nem sua incorporação, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

²⁰⁴ Cf. *Comentários à CLT: legislação complementar: jurisprudência*, 2014. p. 415.

²⁰⁵ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed., 2012, p. 455.

²⁰⁶ Cf.. *Direito do trabalho*. 7. ed., 2012. p. 975.

As alterações contratuais de trabalho ocorrem no campo subjetivo e objetivo. No primeiro deles, a subjetividade está relacionada às partes contratantes, sendo permitida alteração apenas quanto ao empregador, vez que a alteração do empregado ensejaria a extinção do contrato, dada sua característica essencial *intuitu personae*. Já as alterações no campo objetivo afetam o conteúdo do contrato, alterando as condições funcional, salarial, de jornada e de lugar.

Maurício Godinho²⁰⁷ classifica a alteração contratual quanto à origem, obrigatoriedade, objeto (qualitativa, quantitativa e circunstância) e efeitos. Quanto à *origem*, a alteração pode ocorrer por força normativa ou de forma autônoma por força volitiva das partes; quanto à *obrigatoriedade*, há as alterações imperativas que decorrem de normas jurídicas e as voluntárias que decorrem da vontade das partes; quanto ao *objeto*, há três espécies: a qualitativa, em que a alteração envolve a natureza da prestação como tipo de trabalho e função; a quantitativa, que diz respeito ao montante das prestações como jornada e salário e a circunstancial que se referem a situação ambiental ou organizativa; por fim, quanto ao *efeito*, a alteração do contrato empregatício pode ser favorável ou desfavorável ao empregado, porém, quando desfavorável, só será considerado lícito se enquadrado no permissivo legal para tanto, como, por exemplo, o faz o art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, da CF.

Entretanto, cumpre registrar que, apesar do teor do referido art. 468, o princípio da condição mais benéfica ao empregado não é absoluto, podendo ser objeto de limitações quando houver concordância entre as partes, como ensina Martinez²⁰⁸. Além disso, a alteração poderá ser unilateral pelo empregador²⁰⁹ quando a lei autorizar, ato que decorre do seu *ius variandi*, e sem a concordância do empregado.

²⁰⁷ Cf. *Curso de direito do trabalho*, 11. ed., 2012, p. 1002–1023.

²⁰⁸ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*, 3. ed., p. 457. A alteração contratual assegurando condição mais benéfica ao empregado é restrita à negociação individual do contrato, vez que nas negociações coletivas é possível a alteração *in pejus*.

²⁰⁹ Luciano Martinez. op. cit., p. 458–459. As alterações contratuais unilaterais podem ser praticadas tanto pelo empregado quanto pelo empregador e para serem lícitas exigem o preenchimento de três condições: que a vantagem auferida seja isenta de contrapartida; anuência presumida pelo empregado no que se refere à alteração contratual sobre local de trabalho e, quanto ao empregador, a alteração decorrente do *ius variandi*, como a mudança do local de trabalho sem que altere o domicílio do empregado e a estipulação do período de férias.

Em breve artigo de sua autoria, no qual aborda as alterações do contrato de trabalho, José Ribeiro de Campos²¹⁰ trata, em específico, de cada uma dessas alterações contratuais em espécie (local, função, jornada e salário), explicitando serem todas passíveis da unilateralidade do poder diretivo do empregador e apontando a fundamentação jurídica de cada uma. Assim, a alteração do local de trabalho é justificada pelo art. 469, da CLT, a alteração da função se volta à generalidade do art. 468, já a redução salarial está limitada pelo art. 7º, VI e X, da CF e a mudança de jornada se fundamenta no art. 7º, XIII, da CF, e no art. 59, § 2º, da CLT.

Pressupõe-se que a alteração do vínculo empregatício por incidência da teoria da acomodação razoável vai perseguir as mesmas disposições legais e doutrinárias já consolidadas, porque o que a teoria preconiza é justamente a acomodação, o ajuste, dos interesses das partes para que sejam mantidas e respeitadas as prerrogativas que lhe assistem os direitos fundamentais. O cumprimento do vínculo empregatício se amolda às condições ajustadas na acomodação/alteração contratual.

O ponto nevrálgico da validade da alteração contratual reside em apurar se ela foi realizada sob os mantos do mútuo consentimento e da ausência de produção de prejuízo financeiro ou moral ao empregado. E quando o contrato for alterado em obediência à aplicação da teoria da acomodação razoável outra apuração também deve ser feita: que não tenha gerado ônus excessivo ao empregador.

Carrion²¹¹, em entendimento que ora se reforça, afirma que “se o empregado solicitar a modificação restritiva em seu próprio interesse, será apta a produzir efeitos; é o caso da redução da jornada e salário para cursar escola, obter outro emprego em jornada reduzida e concurso público”. Nessa mesma corrente seguem ainda Renato Saraiva²¹² e Luciano Martinez²¹³.

²¹⁰ CAMPOS, José Ribeiro de. O contrato de trabalho e sua alteração. *Revista IMES*. Julho-dezembro/2013. p. 62–69. Disponível em <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/758/622>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹¹ Cf. *Comentários à CLT: legislação complementar: jurisprudência*, 2014, p. 422.

²¹² Cf. *Direito do trabalho*. 15. ed., 2012, p. 140. “[...] quando demonstrado que o empregado possui um interesse desvinculado do contrato de trabalho (extracontratual), a alteração bilateral, mesmo que cause um prejuízo imediato ao obreiro, pode ser considerada válida”.

²¹³ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*, 3.ed., 2012, p. 472. “É importante observar que a redução, quando baseada em pedido do próprio empregado ou em circunstância para a qual o empregador não contribuiu, não pode ser entendida como alteração contratual prejudicial”.

Em sentido contrário, encontram-se Amauri e Sonia Mascaro²¹⁴, Vólia Bonfim²¹⁵, Sérgio Pinto Martins²¹⁶, Maurício Coutinho Delgado²¹⁷ e Ribeiro de Campos²¹⁸.

Patente, pois, a inexistência de consenso doutrinário sobre a validade da alteração do contrato de emprego que reduza o salário, mesmo que com o consentimento mútuo e por interesse exclusivo do empregado. A jurisprudência do TST também não é uníssona e dispõe de julgados em ambos os sentidos:

DIMINUIÇÃO DO VALOR DO SALÁRIO COM REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EM NORMA COLETIVA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. VEDAÇÃO. A diminuição do valor do salário com a redução da jornada de trabalho, sem previsão em norma coletiva, ainda quando levada a efeito por mútuo consentimento, resulta nula, porquanto lesiva ao empregado. Tal procedimento é, ainda, atentatório ao princípio constitucional que consagra a irredutibilidade dos salários. Entendimento em sentido contrário não encontra abrigo nas normas insertas nos artigos 468 da Consolidação das Leis do Trabalho e 7º, VI, da Constituição da República. Recurso de revista conhecido e provido. (Proc. RR 1771009020085150042 177100-90.2008.5.15.0042, TST, Ac. 1ª Turma. Relator Ministro Lélío Bentes Correa. DEJT 18/11/2011).

RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. Extrai-se do acórdão regional que houve redução do salário de maneira proporcional à redução da jornada de trabalho, mediante acordo bilateral entre a empregada e a empregadora e sem vícios de consentimento. Ante o contexto descrito, não se verifica ter havido redução salarial nem alteração contratual lesiva. É válido o ajuste de diminuição da jornada e de diminuição proporcional do salário, pois, nessa hipótese, o valor do salário-hora é preservado. Em termos relativos, não há perda salarial, razão por que a alteração contratual não implica ofensa aos arts. 7º, VI, da Constituição Federal e 468 da CLT. Por analogia, aplicam-se as Orientações Jurisprudenciais nos 244 e 358 da SBDI-1 deste Tribunal, a fim de demonstrar que a jurisprudência desta Corte Superior admite a redução do salário de forma proporcional à redução do salário. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (Proc. 842007920075040802 84200-79.2007.5.04.0802, TST, Ac. 4ª turma. Relator Ministro Fernando Eizo Ono, Publicação DEJT 02/12/2011).

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO DA JORNADA A PEDIDO DO EMPREGADO. ALTERAÇÃO SALARIAL.

²¹⁴ Cf. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 29. ed., 2014, p. 1180. “Sob controle sindical estão a redução de salários CF, art. 7º, VI) e a redução da jornada (CF, art. 7º, XIII), condicionadas pela Constituição à negociação coletiva”.

²¹⁵ Cf. *Direito do trabalho*, 7.ed., 2012, p. 852. “só poderá ser admitida a redução salarial, quando para manutenção da saúde e existência da empresa e desde que feita por norma coletiva”.

²¹⁶ Cf. *Comentários à CLT*. 13. ed., 2009, p. 449. “os salários não poderão ser reduzidos, salvo se houver negociação com o sindicato profissional, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho”.

²¹⁷ Cf. *Curso de direito do trabalho*, p. 778. “A Constituição de 88 recepcionou apenas em parte esses dispositivos. De um lado, revogou tanto a redução unilateral (art. 503), como a obtida através de sentença (Lei nº 4.923), já que viabiliza semelhante prática redutora somente através de negociação sindical coletiva”.

²¹⁸ Cf. *O contrato de trabalho e sua alteração*, 2013, p. 67. “O salário não pode ser alterado de modo a representar redução do valor pago ao empregado – inclusive, o princípio da irredutibilidade salarial está consagrado no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal”

POSSIBILIDADE. O art. 7º, VI, da Constituição da República garante a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. As Cortes Trabalhistas têm pacificado entendimento de que a redução salarial é possível somente nas seguintes hipóteses: 1) por período determinado, ou seja, transitória; 2) se decorrer de situação excepcional da empresa, mormente na hipótese em que a conjuntura econômica não lhe for favorável; 3) se for respeitado o salário mínimo legal e/ou piso salarial da categoria profissional do trabalhador e, por fim, 4) se for estabelecida através de negociação coletiva com a entidade representativa da categoria profissional. No entanto, a redução da jornada de trabalho com a anuência do empregado, por acordo escrito, com a consequente redução proporcional do trabalho, não está prevista em lei. O Exmo. Sr. Ministro Maurício Godinho Delgado já se posicionou a respeito da possibilidade da redução da jornada de trabalho acompanhada da redução salarial: -As alterações redutoras de jornada decorrentes de ato unilateral do empregador ou bilateral das partes - qualquer que seja a causa de sua ocorrência - serão lícitas somente se não produzirem qualquer correspondente diminuição no salário do empregado. Pode o empregador, portanto, reduzir, sim, a jornada laborativa, mas sem que tal mudança implique redução qualquer do salário primitivo obreiro. É o que resulta da conjugação do artigo 468 da CLT com o artigo 7º, VI, da Constituição. A princípio, existe apenas uma exceção (rara, é verdade) a essa regra geral: poderá ser tida como lícita a redução laborativa, mesmo com a respectiva diminuição proporcional do salário, se sua causa ensejadora da mudança tiver sido o atendimento a específico (e comprovado) interesse extracontratual do empregado. É evidente que, nesse caso, o título jurídico autorizador da redução será o acordo bilateral - mas é necessário que fique claro que o interesse essencialmente pessoal do empregado (portanto, interesse extracontratual) é que provocou a modificação concretizada (por exemplo, obreiro contratado para realizar função manual gradua-se em direito, pretendendo, desde então, iniciar novo exercício profissional em tempo parcial, sem deixar, por precaução, ainda, o antigo serviço --- para tanto precisa reduzir sua jornada laborativa original). Nessa situação figurada, a causa específica torna a mudança contratual favorável ao obreiro (em virtude de seu interesse pessoal extracontratual), harmonizando a alteração à regra do artigo 468 da CLT. Registre-se que o ônus probatório relativo à causa essencial à ocorrência do ato modificativo é da empresa, é claro (artigo 333, II, do CPC)-. (Delgado, Maurício Godinho, Alterações Contratuais Trabalhistas, São Paulo : LTr, 2000, pp. 85/86). Logo, não há redução salarial, e, tampouco, redução salarial ilícita, se a remuneração for proporcional à redução da jornada laboral, mormente se o empregado anuiu por acordo escrito, fato incontroverso nos autos - -(...) a alteração se deu a pedido do Autor, em face da redução da carga horária para que ele pudesse arcar com outros compromissos profissionais-. (fls. 203). Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido. (TST - RR: 194007320105160003 19400-73.2010.5.16.0003, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 02/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013).

Assim, entende-se ser possível a alteração contratual do vínculo empregatício, mesmo sem aval de sindicato, desde que essa alteração seja objeto de consentimento expresso e sem mácula entre as partes e que, principalmente, não gere prejuízo ao empregado ou ônus excessivo ao empregador.

Todas essas disposições apresentadas tem o fito de demonstrar que o vínculo empregatício pode ser submetido a ajustes para salvaguardar e garantir que tanto empregado quanto empregador possam exercer sua liberdade religiosa no

emprego, apontando os fundamentos legais que devem servir de diretriz à aplicação da teoria da acomodação razoável em casos que dito exercício gere conflito.

Necessário sobrelevar que quando ocorrer de o empregador promover qualquer alteração contratual caracterizada como abusiva, ao empregado recai o direito de a ela resistir até ser declarada sua nulidade e como bem preleciona Vólia Bonfim²¹⁹, o exercício do *ius resistentiae* não pode caracterizar outra lesão, de modo que o empregado não deve abdicar-se de cumprir sua contraprestação para a abusividade não voltar contra si, bem como não deve agir arredo ao comportamento laboral ético.

É sabido que o exercício da religião pelo indivíduo por vezes se consubstancia através de comportamentos que se destacam das generalidades sociais, caracterizados em determinadas crenças mediante diferentes vestimentas, restrições alimentares, aparência física e horário de cultuação do divino, gerando a obstrução à inserção dessas pessoas em comunidades distintas da sua, como em relação ao ambiente laboral.

Peculiaridades como essas exigem do mercado empregador não só compreensão, mas, principalmente, responsabilidade social com políticas de tolerância e inclusão religiosa, incentivadoras de práticas de respeito e não discriminação, haja vista que, pelo fato de serem incomuns, acabam repercutindo mais que o normal no ambiente de emprego.

Cumprir enaltecer que são justamente essas peculiaridades de certas religiões que a tornam marginalizadas, por serem diferentes e de afetação das minorias não possuem no campo fático a mesma proteção que as religiões aderidas pela maioria, resvalando para a discriminação e intolerância.

3.2.1 Princípio da reversibilidade da opção

A Constituição Federal e demais normas de âmbito internacional que tratam da liberdade religiosa são uníssonas no sentido de que o indivíduo tem o direito de crer, de não crer e de mudar sua crença, haja vista que dita liberdade é um complexo de outras liberdades que envolvem, por exemplo, a livre manifestação de pensamento e como o pensamento pode mudar, eis que essa é uma dádiva da evolução e racionalidade humana, a crença detém prerrogativa lógica de mudança.

²¹⁹ Cf. *Direito do trabalho*, 2012, p. 976.

Segundo informações extraídas dos diversos relatos citados por Rafael Sigollo²²⁰, em artigo de sua autoria intitulado *Religiosidade no trabalho, um teste para a diversidade*, no Brasil e no mundo, a diversidade na força de trabalho e flexibilidade na jornada são dois temas que vêm ocupando espaço nas estratégias de grande parte das empresas, fazendo aumentar oportunidades em que as limitações pelo exercício da liberdade religiosa são observadas e a prestação da atividade obreira é acomodada no vínculo empregatício. Para ilustrar a afirmação, o autor coleciona vários casos concretos, nos quais houve a acomodação dos direitos, sem, contudo, fazer qualquer menção à teoria da acomodação razoável nem mesmo indiretamente.

Para Sigollo²²¹, citando a psicóloga Mariana Taliba Chalfon, especialista em diversidade cultural e religiosa, essa segunda diversidade é facilmente contornável no Brasil, uma vez que, segundo ele, o grande conflito entre religião e contrato de trabalho hoje, no campo vertical, decorre da conversão do funcionário após a contratação, ou seja, no curso da relação de emprego.

Assim, se na fase pré-contratual as partes, em especial o empregado, agindo com lealdade e boa-fé expressarem suas limitações de atuação por questões religiosas, e for percebido pelo empregador que há possibilidades de se fazer adequações sem onerações excessivas, fica constatado que houve a incidência da teoria da acomodação razoável aqui trabalhada, sem maiores desdobramentos e mediante a previsão no contrato a ser firmado dessas condições adequadas de emprego.

Entretanto, conforme destacou a psicóloga, o conflito se apresenta quando há conversão religiosa daquele que já é empregado, ou seja, que durante a vigência do contrato converteu-se religiosamente e a nova religião alterou sua conduta comportamental ou lhe gerou objeção de consciência, impelindo ao contrato de emprego a necessidade de alteração.

Nessa circunstância específica de conversão religiosa do empregado durante a vigência do contrato, a teoria do dever da acomodação razoável revela de forma límpida sua aplicabilidade, pois, a solução de presumido conflito face a necessidade da alteração contratual não perpassa pela mera ponderação dos direitos em voga, mas, e principalmente, pela imprescindibilidade de se buscar a acomodação desses

²²⁰ Cf. *Religiosidade no trabalho*, um teste para a diversidade, 2011.

²²¹, Cf. Rafael Sigollo. op. cit.

direitos de modo a não impor a uma parte o direito do outro sem que antes seja tentado se estabelecer o equilíbrio da convivência simultânea.

Reconhece-se como lícita e devida pelo empregador, a alteração contratual para atender à conversão religiosa do empregado, promovendo a acomodação do seu direito fundamental de exercício da liberdade religiosa, sendo essa uma forma não só de proteger o preceito constitucional, como também respeitar o núcleo essencial desse direito que é intangível. Porém, desde que observados os limites da não geração do ônus excessivo ao empregador e a boa-fé do empregado.

A negativa da prática da acomodação razoável deve ser uma exceção à regra e dita exceção exigirá do empregador, ou do juiz em caso de litígio, fundamentação não só jurídica, mas principalmente econômica e social, devendo ser demonstrado cabalmente que o cumprimento da acomodação geraria custos demasiadamente relevantes ou impraticáveis.

Nesse sentido, a preleção do autor Jónatas Machado²²² é categórica e essencial à compreensão do tema:

A obrigação de acomodação pressupõe a adoção de determinados critérios de ponderação. Prima facie, a empresa tem o dever de acomodar a religião dos trabalhadores e suportar os respectivos custos, desde que estes sejam de *minimis*. Este aspecto é importante, na medida em que a sobrecarga das empresas com exigências de igualdade pode ser problemática, ao menos para algumas, podendo repercutir-se na sua viabilidade e fazer perigar o direito dos demais trabalhadores ao trabalho e ao respectivo sustento. Daí que a ponderação deva atender a critérios como os custos efectivos da eventual substituição do trabalhador sabatista ou da acomodação das suas pretensões (v.f. dieta; indumentária) (ZERANGUE 1986, 1265 ss). Neste domínio parece-nos relevante atender não só aos custos patrimoniais, mas também ao impacto da acomodação na imagem da empresa. Importa igualmente ter em conta a dimensão, custos operacionais e resultados positivos do empregador. Uma acomodação que pode ser muito onerosa para uma empresa pode ser irrelevante para outra. Do mesmo modo, os colegas de trabalho podem ver restringidos os seus direitos para acomodar a religião de um trabalhador, em termos razoáveis (DUVALL 2006, 1485). A acomodação não pode ter custos não exigíveis ou desproporcionais para eles. A acomodação deve procurar as alternativas menos restritivas dos direitos em presença (ZAHEER 2007, 507). Nestas ponderações, o juiz do trabalho deve evitar a pura especulação acerca de diferentes cenários, não podendo basear as suas decisões em considerações especulativas. Por exemplo, as decisões sobre o mérito ou demérito da acomodação da religião de um trabalhador não podem basear-se em danos hipotéticos. O juiz não deve decidir na falta de elementos probatórios. A invocação de dano excessivo por parte da empresa que recusa a acomodação da liberdade religiosa do trabalhador deve ser empiricamente fundamentada.

²²² Cf. *Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos*, 2010, p. 17.

É bem verdade que a acomodação razoável, principalmente quando efetivada para atender ao direito fundamental do empregado convertido religiosamente na vigência do contrato, pode suscitar situações de desigualdade entre empregados, fragilizando o poder diretivo e a própria produtividade do estabelecimento empregador, despontando fatores complicadores ao dever da acomodação razoável, entretanto, esse é um argumento já abordado e superado neste trabalho.

O exemplo mais utilizado é o caso do religioso adepto da Igreja Adventista, o qual tem como dia de guarda o sábado, de modo que não permite a prestação do serviço após o cair do sol nas tardes de sextas-feiras. Ora, basta remanejar essas horas não trabalhadas para momentos que sua prestação laboral é permitida e não haverá descumprimento da igualdade entre os empregados.

Sobre essa adequação em específico, do empregado adventista que não trabalha aos sábados, já se discutiu anteriormente que é possível reduzir a jornada e proporcionalmente o salário para acomodar os direitos patronais e do obreiro, condicionada à observação dos requisitos.

Do mesmo modo que não é justo pagar salário menor ao portador de necessidades especiais por trabalho idêntico exercido por seus colegas, também não é justo que certo empregado religioso seja remunerado igual a outro colega que tenha jornada de trabalho superior.

O princípio da igualdade deve ser sempre observado e não pode ser preterido sequer diante do dever da acomodação razoável. O ideal é buscar adequações que reestabeleçam direitos e deveres de diferentes circunstâncias laborais, mas de iguais condições entre os pares do empregado.

Na hipótese em que a teoria do dever da acomodação não seja aplicável por motivos jurídicos, sociais ou econômicos devidamente fundamentados, a determinado caso concreto, a solução vislumbrada é, infelizmente, a extinção do vínculo empregatício, iniciando-se aqui nova celeuma sobre a modalidade da dispensa, se com ou sem justa causa. Para Sonia Mascaro, citada por Rafael Sigollo²²³, a hipótese é de justa causa devendo o empregador arcar com a indenização decorrente.

Não há na doutrina ou jurisprudência entendimentos consolidados sobre o assunto. Porém, não se acredita possível observar a questão de forma tão resumida,

²²³ Cf. *Religiosidade no trabalho*, um teste para a diversidade, 2011.

atribuindo prontamente a responsabilidade ao empregador. Outra forma de procedimento deve ser considerada, avaliando-se a responsabilidade sobre os atos.

Inicialmente deve ser apurado se o empregador, quando tomou conhecimento da conversão religiosa do empregado, adotou as medidas necessárias a viabilizar a conduta de adequar razoavelmente as condições de trabalho e se assim o fez, e, entretanto, a adequação não se mostrou possível, entende-se que não lhe cabe exclusivamente o ônus do encerramento do vínculo, vez que agiu em observância às normas.

Em que pese não se tratar de dispensa por justa causa no caso em tela, entende-se que as indenizações decorrentes devem ser igualmente distribuídas entre empregado e empregador, por não soar justo que o tomador da força de trabalho seja penalizado por fato a que não deu causa e que só não contornou porque não encontrou condições para tanto.

Diametralmente oposta está a condução a ser dada ao caso em que cientificado da necessidade de alteração contratual em virtude da conversão religiosa do empregado, o empregador de imediato proceda a dispensa do funcionário ou crie impedimentos de qualquer ordem à incidência da teoria da acomodação razoável, pelo que deve arcar em absoluto com todas as verbas e indenizações rescisórias do vínculo empregatício.

Além disso, dita conduta perfaz, mediante discriminação e intolerância, afronta ao direito fundamental constitucionalmente previsto de liberdade religiosa, devendo, por isso, ser alvo de fiscalização pelo MPT, considerando que atinge diretamente o empregado e toda a religião por ele representada, em flagrante ataque a direito transindividual.

Constata-se, assim, que a reversibilidade da opção de fé é prerrogativa de qualquer empregado e mesmo ensejando alteração no contrato de trabalho, deve ser observada sob o prisma da necessidade de adaptação das novas condições de prestação da atividade laboral, sem que, contudo, essa prática promova desigualdades entre os vínculos de emprego relacionados.

Todos os entendimentos esposados se aplicam, por fim, aos casos em que não há a conversão religiosa do empregado, mas exsurge, entretanto, nova determinação do empregador para práticas de atos anteriormente não praticados pelo empregado. É o que ocorreu, por exemplo, no emblemático caso inglês da Sra. Lillian Ladele, citado no artigo *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age*:

The Issue of Conscientious Objection in the Workplace, de autoria de Patrick Parkinson²²⁴, que por ser de religião cristã se recusou a realizar no cartório que trabalhava casamentos homoafetivos, autorizados por advento de lei posterior ao transcurso de mais de quinze anos do seu vínculo empregatício, determinados por regra do empregador, fazendo com que lhe fosse imposta nova condição de trabalho no curso de uma relação laboral que já durava mais de quinze anos.

Sob o argumento de que a Sra. Ladele estava afrontando as normas do empregador e que a sua conduta poderia ser considerada negligência grave, ela foi demitida, mesmo após expor em carta o seu dilema representado pela escolha entre a obediência a seus preceitos religiosos ou seus deveres laborais. O deslinde do caso se deu junto a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²²⁵.

O que se propõe, por tanto, concernente à ocorrência dessa conversão religiosa ou determinação patronal de nova conduta, é a consolidação de entendimento doutrinário e jurisprudencial para que sejam afastadas a idiosincrasia e a insegurança jurídica, observando-se, em especial, a predisposição de boa-fé do empregador em acomodar os direitos e a apuração das responsabilidades caso a dispensa do empregador seja a última saída para solução do dilema.

A teoria estadunidense do dever da acomodação razoável vem sendo difundida muito aos poucos no Brasil e não possui menções constantes em julgados pátrios. No TST, por exemplo, não é encontrado qualquer resultado para a busca dessa expressão no campo de jurisprudências, o que demonstra que o Tribunal Superior ainda não utiliza tal técnica para resolução dos litígios que lhe são submetidos.

O que se observa da análise de alguns casos concretos é que a apreciação pelo Judiciário se restringe a ponderar os direitos colididos e eleger um deles para atribuir proteção maior naquela circunstância específica, o que certamente ocorreria de forma distinta se sobre o julgamento incidisse a aplicação da técnica do dever de acomodação, sendo nessa situação priorizada justamente a convivência entre

²²⁴ Cf. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace*, 2011.

²²⁵ A Corte entendeu que a manifestação religiosa de Lilian Ladele interferiria diretamente nas liberdades de outros indivíduos, que sofreriam eventuais discriminações em razão de sua orientação sexual a partir da omissão dos seus serviços. Sem valer-se da teoria da acomodação razoável, a CEDH preteriu o direito da apelante Ladele.

ambos direitos fundamentais por meio de ajustes que afastam a extinção do vínculo empregatício.

Em que pese a teoria ser marcada por expressões abertas que possibilitam diversas interpretações, como acomodação razoável e encargo excessivo, esse não pode ser um fator capaz de afastar sua aplicabilidade, porque a circunstância em específico disponibilizará os elementos que subsidiarão a fundamentação. Basta observar que o que pode representar encargo excessivo para o empregador 'A', sequer é sensível ao empregador "B".

Nos Estados Unidos, por exemplo, berço da teoria, a interpretação dessas expressões sofreu bastante regressão do ponto de vista dos direitos fundamentais, considerando que, após a *Americans with Disabilities Act of 1990* – ADA 1990 – a Suprema Corte Americana separou os termos razoável, qualificativo de acomodação, da locução ônus indevido, como afirma Letícia de Campos Velho Martel²²⁶, seguindo na contramão da interpretação que se fazia antes da ADA 1990, ou seja, contrariando sua própria história legislativa.

Assim, passou-se a construir a interpretação sobre o viés da escola *law and economics*²²⁷, para a qual a ideia da razoabilidade da acomodação não poderia passar despercebida da análise dos custos gerada por esse direito.

Segundo dispôs Letícia Martel, a decisão mais emblemática foi proferida por Richard Posner, no caso *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995, que, embora não envolva direito à liberdade religiosa, mas de deficiência física, tem como objeto central o dever da acomodação razoável na relação de emprego. Nessa decisão, Posner sugeriu que razoável fosse interpretado como uma adjetivação que enfraquece acomodação, uma conduta ordinária, sem significar a realização do máximo possível ou do máximo desejável.

Não se concorda em desconjecturar o dever da acomodação razoável com a análise econômica do direito, sendo ambas representativas de técnicas de

²²⁶ Cf. *Adaptação razoável*: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva, 2011, p. 95.

²²⁷ Tal estudo teve origem na Europa, mas foi na conhecida Escola de Chicago, sob a autoria de Ronald Coase (autor da obra *The problem of social cost*) e Richard Posner (autor da obra *Economic Analysis of Law*), que ganhou desenvolvimento e aceitação, vez que foram realizadas demonstrações da instrumentalidade dos princípios jurídicos da razoabilidade e proporcionalidade que conjuntamente à observância de institutos como reserva do possível, permitem a concretização da norma constitucional de forma equilibrada e efetivamente justa. A *law and economics* prega institutos jurídicos sob perspectivas econômicas para que as decisões sejam tomadas de modo a priorizar as escolhas coletivas e eficientes tanto no aspecto jurídico quanto econômico.

interpretação da lei e que nada impedem que sejam conjugadas simultaneamente, até mesmo porque acredita-se que a análise econômica auxiliará o julgador, e até o empregador, a apurar se haveria ou não encargo excessivo e se fosse o caso, quantifica-lo.

Alguns aspectos relevantes sobre a teoria ora trabalhada devem ser tratados em destaque porque ressoaram no decorrer da pesquisa: a) dever da acomodação deve, acima de tudo, ser obediente e coerente com as normas existentes sobre a possibilidade de alteração do vínculo de emprego para preservar e manter a licitude contratual; b) o encargo excessivo só será configurado se representar custo elevado para o empregador, não podendo ser considerado como custo elevado aumento inexpressivo nas despesas do empregador; c) devem ser buscadas todas as alternativas de acomodação no fito de se considerar a extinção do vínculo a última solução ao conflito.

Outros aspectos discutidos por Letícia Martel²²⁸ também merecem ser retratados aqui e concernem à titularidade do direito à adaptação razoável e os sujeitos passivos do dever de acomodar. A abordagem da supracitada autora se refere aos portadores de deficiência, nessa oportunidade se faz o enquadramento do dever da acomodação no vínculo empregatício por questão religiosa, mantendo-se o corte epistemológico ao qual a presente pesquisa se propõe.

Afirma-se, à partida, que existe um direito fundamental à adaptação razoável. Isso se infere não apenas dos termos da CDPD/ONU, mas também da concepção de discriminação. Ora, se não houver ônus indevido, a ausência de adaptação razoável – se ela existir – configura discriminação. Há o direito de não ser discriminado, correlato ao dever de não discriminação. Via de consequência, direito fundamental à acomodação razoável, se existente, até o limite do ônus indevido.

Sobre a titularidade do direito à adaptação razoável no vínculo empregatício por questão religiosa desponta como sujeito o empregado. Inicialmente é ele quem vai sentir a discriminação ou perceber a incompatibilidade da sua atividade laboral com seus dogmas de fé, ademais, é o empregado que possui o maior interesse em que a acomodação se efetive, porque lhe é digno assumir seus preceitos religiosos, e mais ainda manter seu trabalho.

Quanto aos sujeitos passivos do dever de acomodar, entende-se que cabe precipuamente ao empregador em razão do seu poder diretivo. Sobre ele recai não

²²⁸ Ibidem, 2011, p. 104.

só o dever de promover alternativas para a acomodação do direito à liberdade religiosa do empregado e os interesses sociais e financeiros do seu empreendimento, como de analisar e aceitar ou não as alternativas possivelmente propostas pelo empregado.

O Estado também é sujeito passivo do dever de acomodar, tendo em vista que é seu papel fazer cumprir e proteger os direitos fundamentais, devendo, por isso, ser incentivador de políticas e campanhas para que adeptos de religiões de menor expressividade populacional discriminadas por qualquer motivo não sofram restrições por discriminação e preconceito.

Passada a exposição dos elementos teóricos que fundamentam o posicionamento que se forma à conclusão da problemática discutida, entende-se salutar expor casos brasileiros em que a liberdade religiosa no ambiente de trabalho foi objeto de celeuma judicial, buscando identificar em cada um possível incidência, ainda que de forma indireta, com a teoria da acomodação razoável.

3.2.2 Análise de casos concretos e o dever de acomodação razoável

A busca pelos casos concretos a serem debatidos adiante inicialmente partiu da indicação expressa ao termo “acomodação razoável”, que, sem êxito, principalmente no TST, reiterou a necessidade de difundir a teoria no Brasil.

Em seguida, a busca voltou-se ao campo da liberdade religiosa na relação de emprego, sendo selecionados alguns julgados para demonstrar que a dogmática abordada no presente trabalho tem aplicabilidade e distintas repercussões em casos concretos.

i. Escusa de consciência por motivo religioso (atuação discriminatória do Estado):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA SERVIDOR PÚBLICO MAGISTÉRIO LIBERDADE RELIGIOSA DISPENSA DE EXERCÍCIO AOS SÁBADOS ADMISSIBILIDADE. 1. O agente estatal pode invocar razões de convicção religiosa para se eximir de obrigação funcional. Exigência de prestação alternativa que depende de fixação em lei. Privação do direito que só cabe quando também se recusa à prestação alternativa. Inteligência do art. 5º, VI e VIII, CF. 2. Dispensa de servidor aos sábados durante período excepcional de reposição de aulas. Admissibilidade. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovidos. (TJ-SP - APL:

00057390420098260627 SP 0005739-04.2009.8.26.0627, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 03/09/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/09/2014)

Em razão de atrasos no início do ano letivo, o Governo do Estado de São Paulo estabeleceu que a reposição das aulas devesse ser realizada nos sábados e pelo turno matutino. A impetrante, professora da rede estadual de ensino, se opôs a dar aulas de reposição nos dias de sábado, fundamentando sua objeção de consciência por motivo religioso.

A judicialização ocorreu porque o Estado de São Paulo renegou à Impetrante o exercício do direito fundamental previsto no art. 5º, VI, da CF, alegando ainda a impossibilidade da acomodação porque a Impetrante já dava aula durante a semana no período da manhã e da tarde, porém, o acórdão, de forma acertada, reconheceu não só o inciso VI, como invocou também o inciso VIII do mesmo artigo constitucional, e aduziu que à Impetrada cabe o dever de indicar outras atividades a serem realizadas pela Impetrante, como, tarefas administrativas ou de planejamento pedagógico. O *decisum* sob a relatoria do Des. Décio Notarangeli tratou de vários aspectos da acomodação razoável, sem a ela se referir.

Se, ao empregador privado cabe o dever de acomodar o exercício religioso dos seus empregados, ao Estado esse dever é ainda mais pujante, porém, nem sempre é assim que ele se porta.

Em concursos públicos federais para o preenchimento de vagas na Polícia Federal e na Polícia Rodoviária Federal, o Estado tem agido de forma discriminatória e em flagrante descumprimento à Constituição, uma vez que promove o desligamento de alunos aprovados nas duas primeiras etapas do concurso, mas que se ausentam às aulas ministradas dias de sábado durante o curso de formação.

O Estado se nega a reconhecer o exercício à liberdade religiosa de alguns, ignorando também a escusa de consciência por motivo religioso, e pior, não se dispõe ao diálogo da acomodação dos seus interesses com o interesse do pretense empregado/servidor.

Toma-se como exemplo o caso do Sr. João Paulo Hartmann, brasileiro, aprovado no concurso de Agente da Polícia Federal realizado em 2014, adepto da religião Adventista do 7º Dia, excluído do concurso porque ausentava-se às aulas realizadas nos dias de sábado, sendo-lhe negada qualquer possibilidade de acomodação. Prática discriminatória que afetou profundamente sua vida, conforme

relato abaixo transcrito da entrevista realizada para essa pesquisa e apresentada na íntegra no anexo.

Já em termos de sentimentos, foi um dos momentos mais difíceis da minha vida. Sonhava em ser policial federal, foram anos de estudo, muito tempo dedicado a preparação física, além de todos os custos envolvidos em material de estudo, exames médicos, materiais e equipamentos exigidos pela ANP e deslocamento até Brasília. É contraditório que a mesma instituição que por um lado exige que seus servidores sejam moralmente inflexíveis para não caírem nas garras da corrupção, acaba indiretamente exigindo que eu pegue meus valores e ideais e os jogue na lata do lixo. Que pessoa confiável seria se fizesse isso? Além disso, sempre fui muito patriota e assim a decepção foi ainda maior, você se sente como um cidadão de segunda categoria, ou como se não fosse cidadão do país, não possuísse direitos. Não obrigamos as pessoas a seguirem a Bíblia, não podem nos obrigar a não segui-la, o mundo deve caminhar para o respeito à pluralidade. Até por que, mesmo que não nos coloquemos no lugar do outro, há uma previsão Constitucional.

Encontrando-se o Estado na condição de empregador, o seu dever da acomodação razoável deve ser inquestionável e tomado como exemplo, porque sendo também guardião da CF e agente de sua efetividade, em especial no que se refere aos direitos fundamentais como a escusa de consciência e a liberdade religiosa, não pode se eximir de tal dever e fundamentos não tem para isso²²⁹.

ii. Proselitismo religioso praticado pelo empregador (não abusivo e abusivo):

CONVIDAR EMPREGADOS PARA ORAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO - OFENSA À LIBERDADE RELIGIOSA - DIREITO FUNDAMENTAL (CF/88, Art. 5º, VI). O direito fundamental de liberdade de culto religioso assegurado pelo art. 5º, VI da Constituição é uma garantia de mão dupla. De sorte que a liberdade do seu exercício é assegurado tanto ao empregado como ao empregador e seus prepostos. Assim, o empregado evangélico não é obrigado a participar da prática de orações católicas que o empregador, chefe ou encarregado realizar.
(TRT-15 - RO: 43572 SP 043572/2011, Processo 0116400-57.2008.5.15.0137. Relator: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI, Data de Publicação: 15/07/2011)

²²⁹ O caso em comento se assemelha ao enredo do filme *Hacksaw Ridge* (Até o último homem) baseado em fatos reais e que conta a história de Desmond Thomas Doss, militar norte-americano e membro da Igreja Adventista do 7º dia. Ele trabalhou na II Guerra Mundial sem pegar em uma arma e sem matar pessoas por escusa de consciência religiosa. A princípio, ele foi negado de ir a campo de batalha em razão de sua religião, sofrendo bastante discriminação, mas ele não desistiu do seu dever cívico e tampouco fugiu das suas convicções religiosas. Por salvar várias vidas, Desmond Doss foi condecorado e ficou conhecido como o primeiro Objeto de Consciência da história norte-americana a receber a Medalha de Honra do Congresso durante a II Grande Guerra.

O julgado acima apreciou, entre outros pedidos da Reclamante, o de reparação por danos morais por violação à sua liberdade religiosa praticada pela gerente do estabelecimento, que era católica e realizava semanalmente reuniões durante o expediente com fins religiosos, submetendo os funcionários que não participavam das reuniões à perseguições.

Segundo o Relator do recurso, não foi comprovado no processo que havia obrigatoriedade aos empregados de participarem das reuniões religiosas nem que havia prática de discriminação ou da perseguição aludida pela obreira, afirmando ainda o Relator que poderia ser que a funcionária não se sentisse confortável com a participação nas orações, mas não provou que se não participasse, seria discriminada ou punida.

Concorda-se com o relator. Não restou configurada a conduta proselitista abusiva, eis que a não obrigatoriedade da participação do empregado na reunião afasta o interesse do discurso religioso persuasivo na tentativa de convencimento do outro. Enfraquecida a arguição da Reclamante no sentido de que a não participação nessas reuniões ensejava discriminação, porque disso ela também não fez prova.

Assim como a Reclamante se sentia ofendida, incomodada, com a reunião, pode ser que outros empregados prezassem por esse momento, por entendê-lo harmonizador no ambiente de trabalho.

Além disso, a Reclamante não comprovou que essas reuniões religiosas eram intolerantes ou discriminatórias, ou seja, que os empregados não pudessem manifestar suas convicções.

Por essas razões, não se enquadra como abusivo o proselitismo religioso tratado, característica que exige, no caso, a conjugação da obrigatoriedade da participação na reunião ou a prática discriminatória do empregador face ao empregado em caso de não comparecimento desse.

Tomam-se, agora, outros dois julgados para análise, também sobre proselitismo religioso:

DANOS MORAIS. LIBERDADE RELIGIOSA. Comprovado que o empregado era obrigado a participar de culto religioso realizado no estabelecimento da empregadora, sem respeito à sua crença, devida a indenização por danos morais postulada. (TRT-1 - RO: 00106980720155010222 RJ, Relator: JOSÉ LUIS CAMPOS XAVIER, Sétima Turma, Data de Publicação: 22/03/2017)

RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA. CONFIGURAÇÃO. O dano moral é aquele que causa lesão à esfera íntima da pessoa, aos seus valores, suas concepções e crenças, a sua integridade como ser humano. Essa ofensa traduz, em suma, uma violência aos direitos de personalidade do indivíduo. In casu, restou comprovado que o Empregador subtraiu do Empregado a liberdade de consciência e de crença, que repousa na faculdade de ter, não ter e deixar de ter religião; escolher livremente, praticar, mudar ou abandonar a própria crença religiosa. Maculado esse direito fundamental do Trabalhador, consagrado no artigo 5.º, inciso VI da Constituição da República, caracterizado está o dano moral, cabendo indenização respectiva. (TRT-6 - RO: 00015479720105060013. (01342-2008-009-06-00-7), Redator: Eneida Melo Correia de Araújo. Data de julgamento: 19/07/2011, Data de publicação: 01/08/2011. Segunda Turma)

Nos casos em concreto ficaram, comprovados que os empregadores, abusando do poder diretivo, obrigavam seus empregados a comparecerem ao culto religioso que realizava dentro do local de trabalho.

Diferentemente da situação anterior, nos casos em tela, realizavam-se cultos e havia a obrigação da participação, impelindo ao empregado situação mais que constrangedora, uma verdadeira imposição de abnegação das suas convicções religiosas, da sua livre manifestação de pensamento, a privação de sua crença, ocorrendo do empregado ser obrigado a ficar de joelhos e entoar hinos, além de ser sofrer constantes tentativas de conversão religiosa pelos empregadores.

Em ambos os casos, cabiam aos Reclamantes o direito de extinguir o vínculo empregatício, mediante rescisão indireta, em razão da afronta à liberdade religiosa, cabendo aos empregadores arcar com todas as verbas e multa rescisória. Da mesma forma, não cabia aos empregadores o direito de aplicar justa causa aos empregados que se recusassem a participar dessas reuniões e cultos, porque a recusa não configuraria descumprimento contratual.

iii. Organização de tendência e prática discriminatória:

LIBERDADE RELIGIOSA E NÃO DISCRIMINAÇÃO: BENS CAROS À REPÚBLICA DEMOCRÁTICA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE CRENÇA RELIGIOSA. PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA EM SEITAS RELIGIOSAS COMO CONDIÇÃO PARA MANUTENÇÃO DO EMPREGO. CONFIGURAÇÃO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER EMPREGATÍCIO. A Constituição da República Federativa do Brasil assegura uma esfera pessoal de liberdade individual que se espraia para todas as relações empregatícias e que deve ser garantida nos locais de trabalho. Em um mundo multicultural, não se admite a diferenciação de tratamento em virtude da conduta religiosa do empregado, e independentemente da vontade de discriminar ou não, são ilícitas todas as discriminações, sejam elas diretas ou indiretas, dolosas ou

culposas, sendo tais condutas vedadas pela Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e que integra nossa ordem interna com status supralegal. DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS DEVIDA. É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, bem como gênero, opinião política, sindical, religiosa, cultural, dentre outros. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um interesse não patrimonial) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação. No caso em tela, o acervo probatório não deixa dúvidas acerca da violação à liberdade de crença da autora, diante da obrigatoriedade de participação cotidiana de rituais religiosos impostos pela ré no horário de trabalho e como condição de manutenção do emprego. Houve ofensa não só a esfera extrapatrimonial da autora como também afronta à ordem internacional, bem como às disposições constitucionais e legais brasileiras. RESCISÃO INDIRETA. DIFERENÇAS DE FGTS E INSS. O art. 483, d, da CLT, prevê que pode o empregado considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando o empregador não cumprir suas obrigações, tais como os recolhimentos do FGTS, previsto nos termos do art. 15, da Lei nº 8.036/1990. Desta forma, comprovado o não recolhimento do FGTS, pode a obreira pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho. Recurso conhecido e provido no particular. (TRT-1 - RO: 00104267720155010039, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 10/05/2017, Sétima Turma, Data de Publicação: 13/06/2017)

A Reclamada, no caso dos autos acima, é a LBV (Legião da Boa Vontade), entidade brasileira de assistência social que, frise-se, não é religião e tem uma forte influência do espiritismo, sendo considerada, por isso, uma organização de tendência religiosa, porque age sob princípios e diretrizes religiosos.

A Reclamante pleiteou danos morais sob a alegação de ter sofrido restrição na sua liberdade religiosa ao ser obrigada a participar de reuniões com cunho religioso e realizadas cotidianamente, sob pena de sofrer expressivas represálias do empregador.

Em sede de primeiro grau, a sentença não reconheceu o direito da Reclamante sob o fundamento de que a empregadora é manifestamente religiosa e suas práticas não traduziam discriminação ou desrespeito à religião da empregada. A sentença foi reformada justamente sob o fundamento constitucional de liberdade de crença, sendo que a imposição da participação em atos religiosos com forma de manter o emprego é ato flagrantemente perverso à saúde mental do trabalhador. Assim, foi reconhecida a incidência da rescisão indireta da empregada e a indenização por danos morais face ao transtorno sofrido pela prática abusiva do empregador.

iv. Discriminação religiosa na pré-contratação

DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. No caso concreto ficou robustamente comprovado que a reclamante só não foi contratada pela empresa ré, após realizar algumas etapas do processo seletivo, por causa de crença religiosa, sem qualquer motivo plausível, pois professar a sua fé religiosa não traria qualquer implicação no exercício da função a que se submetia no processo seletivo nem às atividades desempenhadas pela empresa ré. Esses fatos evidenciam, no seu conjunto, que houve discriminação injustificada e injustificável atentatória à garantia constitucional de isonomia no trato (inciso VIII do artigo 5º da Lei Maior), pelo que a autora tem direito à indenização para reparar o dano moral sofrido. (TRT 23ª - PROCESSO: RO 861201000923000 MT 00861.2012.009.23.00-0. Relator: Desembargador Edson Bueno; Órgão julgador 1º turma. Divulgado em 23/03/2011).

O julgado colacionado demonstra que a pergunta em fase pré-contratual quanto à religião exercida pelo pretense empregado deve ser ato abominável porque presume conduta discriminatória, além de colocar o candidato à vaga de emprego em situação conflituosa na expectativa de responder uma religião que não cause estranheza ou preconceito ao empregador. Só cabe ao empregador fazer essa triagem em caso de tratar-se de organização de tendência e cuja vaga a ser preenchida é de cargo que exige a identidade religiosa com o empregado. Nessa situação específica, a pergunta deve ser realizada de modo indireto, como já sugerido aqui.

v. Empresa privada e a acomodação razoável

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE CRENÇA RELIGIOSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não incorreu em prática discriminatória a credo religioso, capaz de desencadear a obrigação de indenizar por dano moral, a empresa que impôs a todos os seus empregados e à diretoria, o uso de camiseta com estampa da imagem de Nossa Senhora de Nazaré, na época das festividades do Círio, se facultou à reclamante o direito alternativo à licença remunerada no período, em alusão ao que dispõe o art. 5º, VIII, da CF/88. Na hipótese, o uso dessas camisetas tem a conotação de estratégia de marketing, pois esse evento ultrapassa as fronteiras da manifestação de cunho estritamente religioso, alcançando a condição de patrimônio cultural da Cidade de Belém, atraindo para cá milhares de turistas, o que implica em investimento por parte do empresariado em mídia e propaganda. (TRT-8 - RO: 02055005620045080008. 0205500-56.2004.5.08.0008, 2ª Turma. Relatora Elizabeth Martins Newman. Data de Publicação: 07/06/2005)

Em que pese passar mais de dez anos do julgado em análise, seu trato é relevante considerando que demonstra a aplicabilidade da teoria do dever da acomodação razoável pelo empregador, mesmo que, mais uma vez, não ocorra de forma expressa, mas suas caracterizações contornam a prática.

Uma empregada, sentindo-se agredida em sua convicção religiosa ao ser obrigada a usar uma farda de campanha promocional com imagem de santo de credo diverso do seu, escusou-se de tal ato perante o empregador, em manifesto exercício do seu direito de crença e de liberdade religiosa.

Em resposta a objeção apresentada, a empresa acomodou os seus interesses ao direito religioso da empregada ao lhe propor que tirasse licença remunerada durante o período de uso da farda em comento. Essa foi uma medida louvável de cumprimento aos preceitos constitucionais por parte do empregador, que, inclusive, poderia conceder férias à empregada objetora, agindo de forma consciente e exemplar com tal prática de acomodação razoável.

A peculiaridade do caso em questão reside também no fato de ser circunstancial a obrigação do uso da farda com a imagem de santo, o que justifica o direito da escusa da empregada em relação ao uso dessa farda, por ser ato superveniente ao contrato de emprego. Caso a farda da empregadora sempre fosse assim com referência à imagem ou nome de santo, não poderia a empregada se opor ao uso porque tais componentes já integram a marca da empregadora, a não ser que por ajuste pré-contratual a empregadora concordasse em renunciar esse direito junto à empregada.

3.2.3 O panorama judicial brasileiro de proteção à liberdade religiosa nas relações de emprego

Os julgados trabalhados no tópico anterior demonstram que o panorama judicial brasileiro de proteção à liberdade religiosa nas relações de emprego ainda é bastante sombrio, tendo em vista que a intolerância religiosa nesse tipo de relação privada ainda é comum.

Os casos judicializados se resumem, em sua maioria, em pedidos de reparação por danos morais por práticas discriminatórias, não devendo ser esse o instrumento de conscientização e mudança, tendo em vista que certamente essas

pequenas indenizações não mudarão a prática do empregador intolerante para com os demais empregados.

As pessoas não creditam importância à liberdade religiosa e essa, quando confrontada na relação de emprego, se reveste de ainda menor significância, sendo preterida como se a necessidade humana material fosse mais fundamental que a necessidade espiritual.

No Brasil, são pouquíssimas as judicializações quanto à discriminação religiosa na relação de emprego, em que pese ser facilmente encontrados casos dessa prática injustificável, principalmente envolvendo adeptos de religiões não ocidentais, sendo limitada as oportunidades de emprego dessas pessoas.

Ainda assim, mesmo junto ao Ministério Público do Trabalho, não se encontram registro de muitas ações ou inquéritos tendo por objeto à prática da discriminação religiosa, reforçando a necessidade de maior empenho do MPT na fiscalização e combate à discriminação. No quadro em referência obtido junto à referida instituição, a quantidade registrada de procedimentos é ínfima e muito aquém do necessário ²³⁰.

No cenário internacional, a preocupação também é latente no que se refere ao combate a todos os tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Relatório da OIT revela que ainda cresce pelo mundo casos envolvendo discriminações não só envolvendo religiões, como incluindo questões tradicionais com base no sexo e raça,

230

Tabela. Número inquéritos civis, ações ajuizadas e TACs firmados referentes a discriminação por motivo de orientação política, religiosa ou filosófica, segundo anos selecionados.			
Atividades procedimentais	Ano		
	2015	2016	2017*
Inquérito Civil	31	37	33
Ação Ajuizada	1	3	2
TAC firmado	10	10	6
Fonte: MPT/MPT Gaia Elaboração: APGE			
* 2017 não pode ser comparado aos anos anteriores, pois se refere ao período de 1º de janeiro a 25 de setembro de 2017.			

e também novas formas relacionadas com a idade, a orientação sexual, o VIH/SIDA e a deficiência.²³¹

Em março de 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia, por exemplo, julgou dois casos envolvendo discriminação religiosa em relação de trabalho, tratando-se da demissão de duas mulheres, Samira Achbita e Asma Bougnaoui, que se recusaram a tirar os véus que usavam na cabeça, a primeira, na Bélgica, e a segunda, na França²³².

Em relação a Samira, o Tribunal não considerou a dispensa por parte da empresa belga discriminatória, entendendo que se tratou de descumprimento da parte da obreira de norma interna que proíbe os funcionários de usarem símbolos religiosos por querer passar uma imagem pública de neutralidade, agindo na legalidade.

Já em relação ao caso de Asma, foi reconhecida a conduta discriminatória da empresa francesa, que a despediu porque ela se recusou a remover o seu *hijab*, partindo essa determinação da remoção do símbolo religioso não por conta de norma interna da empresa, mas por oposição de um determinado cliente.

3.2.4 Questões sociais que preterem o direito à liberdade religiosa à possibilidade de alteração contratual

O Brasil, dado seu histórico de colonização europeia e escravidão negra, engessou-se na supervalorização da cultura branca, e, no campo religioso, nos deixou o limitado legado da adoração cristianocentrista, fincando nas raízes brasileiras as sementes da discriminação, do preconceito e do racismo que hoje dão os frutos que amargamente a sociedade vem saboreando. Apesar de tudo isso, a sociedade brasileira continua fechando os olhos para o processo retroalimentar que a engendra.

Realmente o Brasil é etnocultural, é um Estado laico, politicamente democrático, mas os negros continuam ocupando, em sua grande maioria, as

²³¹ CRINU. *Discriminação no local de trabalho persiste e assume novas formas*. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/10407>>. Acesso em: 31 out. 2017.

²³² Tribunal de Justiça da União Europeia deliberou sobre dois casos de duas mulheres que foram despedidas por usarem *Hijab*. Disponível em: <<http://visao.sapo.pt/actualidade/mundo/2017-03-14-Tribunal-europeu-de-justica-decide-que-empregadores-podem-proibir-simbolos-religiosos>>. Acesso em: 31 out. 2017.

estatísticas mais infames e tristes, expostos ao descaso das desigualdades sociais e ao descalabro do racismo.

O racismo existe, e, o que é pior, é estrutural, impedindo que as pessoas percebam como agravam esse crime com comportamentos comuns no cotidiano, tomados como normais, o que não são. Segundo a ONU, em estudo realizado no Brasil em 2013, aqui se nega o racismo ao mesmo tempo em que se pratica, sendo necessário que o país “desconstrua a ideologia do branqueamento que continua a afetar as mentalidades de uma porção significativa da sociedade”²³³.

A subjugação a que foram submetidos fizeram dos negros vítimas, conforme aponta Vagner Gonçalves da Silva²³⁴, que afirma ainda que “O europeu não teria feito a colonização só por meio de armas. Estado e Igreja eram braços da colonização, e serviam para desumanizar os povos sequestrados, tornando aceitável a sua escravização”.

Essa dominação europeia e católica refletem na discriminação que os adeptos de religiões afro-brasileiras e não cristãs sofrem atualmente, principalmente no mercado de trabalho, sendo alvos de constantes preconceitos. Nesse sentido, fica contextualizado o dramático relato da filha de santo, pessoa adepta do candomblé, que teve tinta preta jogada sobre sua roupa branca por uma colega de trabalho, justificando ser uma brincadeira para saber se a candomblecista iria trocar de roupa já que não poderia usar roupa preta dia de sexta-feira²³⁵.

O preconceito não diminui e o que se tem presenciado nos noticiários é o constante ataque aos terreiros de candomblé e umbanda por adeptos de outras religiões sob o único objetivo de destruição, com discursos intolerantes e discriminatórios. Por isso, são necessárias implementações de políticas públicas de combate à intolerância conjugadas com ações afirmativas e de conscientização, sendo a educação instrumento maior para esse fim.

²³³ Cf. CHADE, Jamil. Racismo é estrutura e institucionalizado no Brasil, diz a ONU. *Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,racismo-e-estrutural-e-institucionalizado-no-brasil-diz-a-onu,1559036>>. Acesso em: 31 out. 2017.

²³⁴ Cf. D'ANGELO, Helô. As origens da violência contra as religiões afro-brasileiras. *Revista Cult*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-religiosa-candomble-umbanda/>>. Acesso em 31 out. 2017.

²³⁵ Entrevista realizada para esta pesquisa e apresentada na íntegra no anexo.

CONCLUSÃO

O discorrer dessa dissertação trouxe duas primeiras conclusões latentes e que partem, metodologicamente, do social para o jurídico, ou seja, conclusões que apontam a necessidade de adequação da atividade hermenêutica da norma a conflitos cuja origem reside substancialmente em questões sociológicas, pesadas de carga histórica.

A primeira é que os brasileiros, em sua grande maioria, não reconhecem o exercício da liberdade religiosa como direito constitucional fundamentalmente equiparado ao direito à saúde e à educação, por exemplo. Expressam com cega e absoluta convicção que é absurdo alguém por o emprego em risco por causa da religião que exerce. Pior! Desprezam ou ridicularizam o colega de trabalho convicto e guardião da sua própria fé, deixando de ser solidários ao cumprimento da norma fundamental que a todos assiste sobre a liberdade de consciência e crença.

A segunda conclusão é que a preterição do direito à liberdade religiosa advém de questões inerentes à formação da sociedade brasileira, arraigada em valores euro e cristianocentristas, que permanecem não só sustentados em pleno século XXI, como ostentados em uma supervalorização de elementos materiais e dissociada da consciência crítica capaz de reverter essa estrutura piramidal e antiquada prevalecente no país.

Não obstante o discurso de defesa e proteção das minorias sejam bandeiras levantadas, a prática ainda é tímida quanto às políticas afirmativas tanto do poder público quanto do indivíduo comum, agente em potencial de transformação da sociedade.

Nesse contexto, religiões minoritárias e que navegam na contramão da corrente aqui implantada pelo período colonial sofrem discriminação a todo tempo, e de forma ainda mais profunda sofrem aquelas que não são cristãs e cujos seguidores compreendem a parcela socialmente marginalizada em razão do racismo estrutural incrustado no Brasil.

A discriminação e o preconceito racial não se limitam ao campo das convicções religiosas, extrapolando até atingir, por exemplo, as relações de emprego, restringindo direitos e impondo a cultura massificada também no ambiente laboral. Dessa forma, percebeu-se que muitas vezes de um simples exercício

religioso decorrem conflitos que não são reconhecidos como conflitos de direitos fundamentais.

Sendo esse um objetivo central dessa pesquisa, a conscientização e a demonstração de que é inegável o caráter constitucional e fundamental da liberdade religiosa, mesmo que tratada em relação privada. E no ambiente de trabalho o homem precisa ter incólume sua dignidade humana para que não se enxergue como mero vendedor de si mesmo através da alienação da sua força de trabalho.

É daí que surge a importância real da difusão da teoria do dever da acomodação razoável, ou seja, diante desses conflitos decorrentes do exercício da liberdade religiosa, necessário apurar a sua limitação e a limitação do poder patronal.

É desse equilíbrio entre as limitações dos direitos postos em questão que trata a teoria do dever da acomodação razoável, é o ajuste dos interesses de modo que o empregador não tenha ônus excessivo e o empregado não precise negar sua crença para poder trabalhar em alguma atividade ou estabelecimento.

Como se infere do desenvolvimento da pesquisa, a teoria da acomodação razoável não se confunde com a ponderação, mas se assemelha, principalmente no que se refere a solução que dispõe caso a caso, a depender das circunstâncias envolvidas e das percepções dispensadas.

Foi diante da análise de casos concretos judicializados e de situações hipotéticas levantadas sobre o exercício da liberdade religiosa na relação de emprego, caracterizados pelo proselitismo, objeção de consciência e comportamento das organizações de tendência, além da conversão religiosa com efeitos sobre o vínculo empregatício, obviamente sobre aspectos religiosos, que se buscou estabelecer alguns parâmetros.

Assim, observou-se que o proselitismo religioso por ser uma manifestação de pensamento, uma liberdade de expressão, pode ser exercitado no ambiente de trabalho, porque não se pode excluir do homem sua convicção religiosa. E qual limite desse exercício? A apuração da abusividade, tomando-se por abusiva a conduta que altera o ambiente ou afeta a produção empresarial.

Do mesmo modo que o empregado não pode separar de si a prática religiosa, o empregador não age equivocadamente ao fazer preleções em seu empreendimento, desde que os empregados não sejam obrigados a participarem delas e que a duração e a frequência dessas reuniões sejam curtas.

Reconheceu-se ainda a prerrogativa das organizações de tendência religiosa contratarem para seu quadro de empregados apenas pessoas da mesma religião propagada pelo empregador, mas essa identidade religiosa se restringe em função do cargo que a pessoa vai ocupar. Não é, pois, a atividade fim condição da identidade, mas a natureza do cargo que vai justificar a predileção.

Fez de bom alvitre ainda esclarecer que a teoria da acomodação razoável não se confunde com a singela ponderação dos princípios, haja vista a finalidade de ambos os institutos serem divergentes, pelo que, quando se busca a proteção ao direito da minoria, direitos transindividuais, a teoria da acomodação razoável se revela melhor acolhedora.

Discutiu-se ainda de que modo essa predileção pode ocorrer durante a contratação, já que o ordenamento pátrio veda qualquer discriminação, e então se percebeu que uma alternativa é submeter o pretense candidato à vaga à responder questões interpretativas a ponto de identificar-se se ele exerce ou não alguma religião. Ainda que se façam as críticas a esse método, alegando ser ele bastante subjetivo e arriscado porque o candidato pode transparecer realidade distinta da sua, ora, mas esse é um risco latente em todas as categorias sociais.

Quanto à escusa de consciência, vários foram os exemplos trabalhados, sob as perspectivas contraditórias, inclusive, no que se refere a esse tipo de direito poder ser exercido na relação de emprego, coadunando-se com os entendimentos esposados que atribuíram à escusa de consciência norma fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Destacou-se também que se o particular tem o dever de promover a adequação, por maior razão esse dever também tem o Estado por seu titular, sendo inadmissível sua recusa injustificada.

Outro aspecto que se considera bastante relevante apurado na pesquisa se refere à penalidade da justa causa, a qual deve ser dividida entre empregado e empregador, caso a acomodação dos direitos não possa ser implementada por motivos alheios à vontade das partes, ou seja, por expressa incompatibilidade mesmo.

Nos casos em que ocorre a reversibilidade da opção, que é a mudança de crença do empregado, e essa nova crença lhe atribui novas práticas que desafiam a atividade laboral, é necessária, presumindo-se a boa-fé do empregado, a prática da acomodação razoável, sendo razoável a alteração contratual mais eficiente e sob o

menor custo, aquela que impõe uma atividade ou modificação de jornada do empregado para compensar a atividade não realizada por objeção de consciência.

A limitação entre direitos fundamentais na relação privada se dá com o sopesamento e a preservação do núcleo essencial de cada um desses direitos, de modo que nem a religião possa ser preterida, nem o empregador seja demasiadamente onerado, tudo deve ocorrer de forma equilibrada.

Percebeu-se que tanto os Tribunais inferiores quanto os superiores não trabalham a teoria da acomodação razoável, e, quando o fazem, não a citam, e esse é um comportamento que precisa ser modificado, sendo um dos pressupostos deste trabalho: a difusão da teoria.

Ademais, os julgados selecionados apontam que, em regra, a tendência do Poder Judiciário e do empregador é reduzir a ação trabalhista, que tem como objeto discriminação por motivo religioso, a pedido de indenização por danos morais, como se isso bastasse em solucionar o problema, mas, na verdade, é só um estaque passageiro.

Todas essas práticas serão em vão se não forem conjugadas a medidas socioeducativas de respeito e tolerância à religiosidade das pessoas. Seja na relação privada ou pública, a efetividade do direito deve partir também do homem, do seu reconhecimento quanto força normativa e esse é um movimento que precisa se dar em relação ao direito à liberdade religiosa, antes mesmo de se pensar na sua aplicabilidade à relação privada.

Certo é que a religião é um elemento essencial para convivência, ainda mais nesses dias em que os homens estão cada vez mais duros, a prática do respeito passa pela espiritualidade e por mais hierarquizada que seja sua positivação normativa, de nada adianta se não houver sua internalização nos homens.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A liberdade religiosa e o empregador de tendência ideológica. *Revista Fórum Trabalhista-RFT*, Ano 3, n. 14, setembro-outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.facefaculdade.com.br/arquivos/revistas/LiberdadeReligiosa.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos humanos fundamentais - estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho. [18 de novembro, 2012]. *Secretaria de Comunicação Social, TST*. Entrevista concedida a Carmem Feijó e Ricardo Reis. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci B. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos

fundamentais do trabalhador. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BEZERRA, Paulo César dos Santos. *Temas atuais de direitos fundamentais*. Ilhéus: Editus, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *TJ-SP - APL: 00057390420098260627 SP 0005739-04.2009.8.26.0627*, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 03/09/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/09/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI00001V30000>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT-1 - RO: 00104267720155010039*, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 10/05/2017, Sétima Turma, Data de Publicação: 13/06/2017. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=141389&p_grau_pje=2&p_seq=10426&p_vara=39&dt_autuacao=09%2F01%2F2017&cid=20734>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT-1 - RO: 00106980720155010222 RJ*, Relator: JOSÉ LUIS CAMPOS XAVIER, Sétima Turma, Data de Publicação: 22/03/2017. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=123014&p_grau_pje=2&p_seq=10698&p_vara=222&dt_autuacao=13%2F09%2F2016&cid=20623>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT-15 - RO: 43572 SP 043572/2011, Processo 0116400-57.2008.5.15.0137*, Relator: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI, Data de Publicação: 15/07/2011. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESOESOCNJ&n_idv=1140363>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT-6 - RO: 00015479720105060013. (01342-2008-009-06-00-7)*, Redator: Eneida Melo Correia de Araújo. Data de julgamento: 19/07/2011, Data de publicação: 01/08/2011. Segunda Turma. Disponível em: < <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/420959362/recurso-ordinario-ro-15479720105060013>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT 23ª - PROCESSO: RO 861201000923000 MT 00861.2012.009.23.00-0*, Relator: Desembargador Edson Bueno; Órgão julgador 1º turma. Divulgado em 23/03/2011. Disponível em: < <https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19148409/recurso-ordinario-trabalhista-ro-861201000923000-mt-0086120100092300-0>> Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *TRT-8 - RO: 02055005620045080008. 0205500-56.2004.5.08.0008*, 2ª Turma. Relatora Elizabeth Martins Newman. Data de Publicação: 07/06/2005. Disponível em: < <https://trt-8.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294200082/recurso-ordinario-ro-2055005620045080008-0205500-5620045080008/inteiro-teor-294200090>> Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Proc. 842007920075040802 84200-79.2007.5.04.0802*, TST, Ac. 4ª turma. Relator Ministro Fernando Eizo Ono, Publicação DEJT 02/12/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0084200&digitoTst=79&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0802&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Proc. RR 1771009020085150042 177100-90.2008.5.15.0042*, TST, Ac. 1ª Turma. Relator Ministro Lélío Bentes Correa. DEJT 18/11/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0177100&digitoTst=90&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0042&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *TST - RR: 194007320105160003 19400-73.2010.5.16.0003*, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 02/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=>

Consultar&conscsjt=&numeroTst=0019400&digitoTst=73&anoTst=2010&orgaoTst=5 &tribunalTst=16&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em: 03 nov. 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMPOS, José Ribeiro de. O contrato de trabalho e sua alteração. *Revista IMES*. Julho-dezembro, 2013, p. 62–69. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/758/622>. Acesso em: 02 out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT: legislação complementar: jurisprudência*. 39. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 415.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

CHARON, Joel M. *Sociologia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação Constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*; v. 211 (1998); Editora FGV e Editora Fórum. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47131/45707>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. *Revista do TST*. Brasília, vol. 78, n. 1, jan/mar 2012. Disponível em <<http://www.academia.edu/3228393/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DICIONÁRIO etimológico. <http://www.dicionarioetimologico.com.br/religiao/>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIADE, Mircea. *Tratado de história das religiões*. Tradução: Fernando Tomaz e Natália Nunes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREUND, Julian. *Sociologia de Max Weber*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

GARCEZ, Gabriela Soldano. Direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 314-339, jul./dez. 2011, p. 323.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Antonio Baptista Gonçalves. O estado democrático de direito laico e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa. *Revista Direito Mackenzie*, v. 6, n. 1, p. 30-56.

HARRIS, Sam. *Despertar: um guia para a espiritualidade sem religião*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

HUME, David. *História natural da religião*. Tradução, apresentação e notas: Jaimir Conte. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A tutela dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho: ação civil coletiva ou ação civil pública? *Publicado no Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano I, nº 3, abr./jun., 2002, p. 09-20.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região – nº 03-2010*. Disponível em: <www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/9013/CadernoEJ-03.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARSHALL, Paul. Liberdade Religiosa em questão. *Cadernos Adenauer*, V (2004), n. 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, fevereiro 2005.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Edição V. 8 - N. 14 - Jan/2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/14/1000400-adaptacao-razoavel-o-novo-conceito-sob-as-lentes-de-uma-gramatica-constitucional-inclusiva>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do Estado: aspectos relevantes. In: _____ (Org.). *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 157-182.

MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio moral no emprego*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 106-124.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.). *Ministério Público do Trabalho: coordenadorias temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Arilson. Secularização e mercado religioso em Peter Berger. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*. Vol. 4 Nº 7, Julho de 2012.

PARKINSON, Patrick. Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 34, n. 1, p. 281-299. 03/08/2011. Sydney Law School Research Paper n. 11/44. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1904135>>. Acesso em: 03 out. 2017.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: Uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

ROCHA, Matheus Petrolli Gomes da. Hannah Arendt: Espaço público e secularização. *Anais do Congresso ANPTECRE*, v. 05, 2015, p. ST0912. Disponível em: <www2.pucpr.br/reol/index.php/5anptecre?dd99=pdf&dd1=15477>. Acesso em: 23 out. 2017.

RODRIGUES, Isabelle Cristina. Princípio da igualdade e a discriminação positiva. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38099&seo=1>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.

_____. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIGOLLO, Rafael. Religiosidade no trabalho, um teste para a diversidade. *Valor Econômico*, 28/09/2011. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=7901>. Acesso em: 03 out. 2017.

SILVA, Ênio Moraes da. Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competências em matéria ambiental. *Teses aprovadas de SP no XXVIII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO*, 01 a 05 de setembro de 2002, em Gramado/RS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/teses/enio%20moraes.htm#_ftnref18>. Acesso em: 31 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4(2006): 23-51. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4Conteudo_essencial.pdf> . Acesso em: 31 ago. 2017.

SILVEIRA, Hendrix Alessandro Anzorena. *Não somos filhos sem pais: história e teologia do batuque do Rio Grande do Sul*. Dissertação (Mestrado em Teologia) - Escola Superior de Teologia, São Leopoldo, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOALDO, Adriane Medianeiro. Notas sobre a constitucionalização do direito civil: da individualidade à socialidade. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11323>. Acesso em: 04 set. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução: M. Irene de Q. F. Szmrecsányi. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2003.

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

ANEXOS

ANEXO I - Entrevista com informante João

Nome: João Paulo Hartmann

Idade: 34 anos

Escolaridade: Superior Completo

Profissão: Servidor Público Federal

Religião: Adventista do 7º Dia

Exerce a religião desde quando?

2007.

O exercício da sua religião lhe impõe alguma limitação (de horário, vestimenta ou estética) para a atividade no emprego?

Sim. Sou cristão adventista do sétimo dia e acredito na validade de todos os mandamentos, incluindo o quarto mandamento que diz que o sábado deve ser um dia de repouso a ser dedicado a Deus. Nos baseado em passagens bíblicas diversas tais como Êxodo 20:3-17 que nos traz os dez mandamentos e em Mateus 5:17-20 que confirma a validade dos mesmos até o tempo presente. Assim sendo, nós adventistas não trabalhamos do por-do-sol de sexta-feira ao por-do-sol de sábado, que é a forma bíblica de determinar os dias. Procuramos não dedicar esse dia ao trabalho e outras atividades seculares, sendo um dia religioso e de dedicação a família.

Alguma vez sua religião já foi empecilho para sua contratação ou manutenção empregatícia?

Sim. Foi fator determinante para limitar meu acesso aos quadros da Polícia Federal. Fui aprovado na primeira etapa do concurso de Agente de Polícia Federal/2014. A segunda

etapa consistia de curso de formação de 4 meses e meio realizado na Academia Nacional de Polícia (ANP). Entretanto durante o curso, ao não participar das aulas aos sábados, vim a ser desligado do mesmo, junto com outro colega adventista.

Alguma vez já presenciou ou se sentiu discriminado em seu ambiente de emprego em decorrência do exercício da sua religião?

Sim.

Se já sofreu preconceito ou discriminação religiosa no emprego, pode relatar como ocorreu?

Primeiramente gostaria de deixar claro que ao me referir ou responder ao conceito de “preconceito ou discriminação religiosa” nessa ou em outras perguntas, refiro-me exclusivamente ao meu sentimento pessoal em relação ao caso, até porque formalmente fui desligado do curso de formação não por motivo religioso, e sim devido a faltas, conforme o regimento interno da ANP. Entretanto as faltas e o direito à liberdade religiosa estão intrinsecamente ligados. Com relação ao caso já mencionado acima, era aluno da Academia Nacional de Polícia e vim a ser desligado devido a faltas ocorridas no sábado. Entretanto precisamos lembrar que o regimento interno da ANP está muito abaixo da Constituição Federal e do Pacto de San José da Costa Rica, que asseguram a liberdade de crença e preconizam a não privação de direitos por motivo religioso. De igual forma, a Constituição prevê que ao tratar-se de obrigação a todos imposta, deveria haver prestação alternativa fixada em lei, prestação essa nunca estabelecida pelos nossos legisladores depois de quase trinta anos da Constituição. Além disso, havia precedente anterior de alunas da ANP, que hoje são policiais federais, e que geraram jurisprudência favorável aos sabatistas visando a justificação das faltas aos sábados (TRF 1ª Região - 6ª Turma - AMS 1997.01.00.040137-5/DF - Relator Juiz SOUZA PRUDENTE DJ 28.09.2001 P. 223). Assim, eu e meu colega também adventista solicitamos administrativamente a justificativa das faltas e a aplicação de provas em data distinta ao sábado bíblico, dispondo-se a ficar confinados nesse período (buscando manter a isonomia) e a se sujeitar a prestação alternativa caso possível. Os pedidos administrativos foram negados e assim viemos a ser desligados da ANP na terceira semana de curso. Desde o início dos pedidos o monitor da turma (que era o servidor que

fazia a ligação dos alunos com a divisão de ensino) mostrou claramente sua opinião negativa e totalmente parcial em relação ao meu caso. De igual modo, não houve diálogo com a direção de ensino. Tivemos dois recursos administrativos negados em respostas que ignoravam completamente nossos argumentos jurídicos e os casos precedentes. No dia do desligamento, fui conduzido a divisão de ensino para assinar a notificação de desligamento, tentei entregar um segundo recurso, agora para o Diretor da ANP, o que me foi negado dizendo que não era mais aluno para poder recorrer e que seria acompanhado para pegar minhas coisas no alojamento e ir embora. Pedi para falar pessoalmente com o servidor que negou o primeiro pedido e também me foi negado. Por fim assinei a notificação e fui acompanhado pelo monitor até o alojamento, exigindo-se pressa, já que queriam que eu não entrasse em contato com outros alunos. Logo após juntar minhas malas com meu material e equipamento, fui conduzido até a portaria da ANP. Era o fim de um sonho que começou anos atrás.

Quem praticou a discriminação religiosa? (Empregador. Colegas. Ambos.)

A falta de diálogo e de uma tentativa de conciliação dessa colisão de direitos (o meu direito fundamental a liberdade religiosa em conflito com os “interesses da administração pública”) veio por parte de alguns servidores específicos da instituição. Já por parte de outros houve extremo profissionalismo, cito as equipes de instrução, os quais além da excelência das instruções ministradas, nunca demonstraram qualquer aversão ao caso. Talvez até desconhecem o caso dado a quantidade de alunos. Já por parte dos colegas de turma, até hoje levo a boa lembrança do apoio recebido pelos mesmos.

Quando se sentiu discriminado, qual sua reação? E qual foi a reação do empregador?

Como supracitado, tentamos recorrer administrativamente, mas não houve abertura para diálogo. Por fim já desligados da ANP impetramos Mandado de Segurança cuja liminar foi primeiramente negada, entretanto no agravo o colegiado reverteu a decisão e determinou a ANP que nos reintegrasse ao curso e justificasse nossas faltas. Entretanto isso ocorreu só em janeiro de 2016 e o curso havia acabado em dezembro de 2015. A Polícia Federal recorreu e nosso advogado trabalha para usar a decisão para um futuro concurso que não

há previsão de ocorrer. O resultado final é imprevisível devido a esse não ser um assunto ainda pacificado.

Já em termos de sentimentos, foi um dos momentos mais difíceis da minha vida. Sonhava em ser policial federal, foram anos de estudo, muito tempo dedicado a preparação física, além de todos os custos envolvidos em material de estudo, exames médicos, materiais e equipamentos exigidos pela ANP e deslocamento até Brasília. É estranho a mesma instituição que exige que seus servidores sejam sempre fiéis a lei e que sejam moralmente inflexíveis para não caírem nas garras da corrupção, sendo contraditória e exigindo que eu pegue meus valores e ideais e os jogue na lata do lixo. Sempre fui muito patriota e assim a decepção foi maior ainda, você se sente como um cidadão de segunda categoria, ou como se não fosse cidadão do país. Não obrigo as pessoas a seguirem a Bíblia, mas não podem me obrigar a não segui-la. Até por que mesmo que não nos coloquemos no lugar do outro, há uma previsão Constitucional.

A discriminação religiosa sofrida contribuiu para sua saída do emprego?

A falta de conciliação entre o suposto “interesse da administração” e o direito à liberdade religiosa foram fatores determinantes para o não ingresso no emprego.

Algum momento você percebeu do empregador uma conduta na tentativa de buscar acomodar sua religião no vínculo empregatício?

De maneira nenhuma. Muito pelo contrário, não notei esforço nenhum. Na verdade trouxeram uma série de objeções, algumas das quais até fugiam ao escopo dos pedidos administrativos, alegando que teria que trabalhar em escala entre outras coisas, argumentos bastante superficiais que ignoraram o fato de já existirem policiais federais adventistas que a princípio conseguem conciliar sua fé e a profissão de policial federal. Também parece que não observaram minha ficha pregressa ao usarem esse tipo de argumento, uma vez que me converti ao adventismo quando era oficial do Exército Brasileiro, função essa em que se concorre a escala e que envolve missões aos finais-de-semana, buscando conciliar o

interesse da força e a minha nova fé. Além disso, em emprego posterior, trabalhei mais de 2 anos em regime de escala que envolvia contínuo serviço nos finais de semana e sempre consegui conciliar a fé e os interesses da autarquia.

Você acredita que o empregador poderia ter conduzido a situação de maneira diferente?

Não só acredito que poderia, mas que deveria, baseado na Constituição Federal e na jurisprudência anterior que envolvia inclusive a própria ANP.

ANEXO II - Entrevista com informante Rita

Nome: Rita Moreira

Idade: 41

Escolaridade: Mestra em Genética

Profissão: Bióloga/Professora

Religião: Candomblecista

Exerce a religião desde quando?

2007.

O exercício da sua religião lhe impõe alguma limitação (de horário, vestimenta ou estética) para a atividade no emprego?

Sim.

Alguma vez sua religião já foi empecilho para sua contratação ou manutenção empregatícia?

Não.

Alguma vez já presenciou ou se sentiu discriminado em seu ambiente de emprego em decorrência do exercício da sua religião?

Sim.

Se já sofreu preconceito ou discriminação religiosa no emprego, pode relatar como ocorreu?

Colegas pregando o cristianismo como verdade absoluta questionamento de roupa branca na sexta-feira e jogaram tinta em minha roupa. Certa feita quando estava de cabeça raspada, queriam que eu tirasse o turbante de minha cabeça p mostrar como estava. Fui chamada de seguidora do diabo p pai de aluno...

Quem praticou a discriminação religiosa? (Empregador. Colegas. Ambos.)

Colegas de trabalho, pais de alunos, alunos, professores em ambiente de faculdade.

Quando se sentiu discriminado, qual sua reação? E qual foi a reação do empregador?

Por ter informação e fazer parte de grupos de comunidade de matriz africana e grupo de estudo, deixei claro o estado que o país exerce segundo a constituição e mostrei a lei. A reação foi o silêncio.

A discriminação religiosa sofrida contribuiu para sua saída do emprego?

Não, pois sou funcionária pública.

Algum momento você percebeu do empregador uma conduta na tentativa de buscar acomodar sua religião no vínculo empregatício?

Não.

Você acredita que o empregador poderia ter conduzido a situação de maneira diferente?

Claro! Curiosidades todos tem, mas ignorância conduz ao preconceito e falácias.