

O exercício do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego – O caso dos adventistas do sétimo dia

Rafael Levino Dantas

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Mestrando em Direito Constitucional na UFRN. Advogado. Atualmente, ocupa o cargo público de provimento em comissão de Consultor da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte (CGE/RN).

Resumo: O presente artigo versa sobre a problemática pertinente ao exercício do direito fundamental à liberdade religiosa, na esfera da relação de emprego, por integrantes de um grupo social minoritário (os adventistas do sétimo dia) cuja prática de adoração à divindade envolve a guarda do sábado, sendo, por isso, potencialmente lesiva ao regular desenvolvimento da jornada de trabalho tal como concebida no Brasil. Compreendida a partir de seu desdobramento em liberdades como a de crença, a de culto e a de organização religiosa, a liberdade de religião é analisada, inicialmente, à luz de contornos traçados tanto na seara internacional como no âmbito das várias Constituições brasileiras, destacando-se, notadamente, a perspectiva que lhe foi dada a partir da Carta Política de 1988. O trabalho em apreço também se dedica a analisar brevemente alguns julgados acerca do problema colhido da jurisprudência trabalhista, bem como os principais aspectos relativos ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir de excertos doutrinários e de precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF). Conclui-se, ao final, dada a diminuta extensão da repercussão de tal medida na ordem pública e na órbita de interesses dos empregadores em geral, pela plena viabilidade da observância do rito da guarda do sábado em benefício de fiéis adventistas do sétimo dia que estejam inseridos em um contexto de relação de trabalho subordinado.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Relação de emprego. Adventistas do sétimo dia.

Sumário: 1 Introdução – 2 O direito à liberdade religiosa no âmbito internacional – 3 O direito fundamental à liberdade religiosa nas constituições do Brasil – 4 A guarda do sábado e a jurisprudência trabalhista – 5 A eficácia dos direitos fundamentais – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

A liberdade religiosa se situa entre os direitos fundamentais reconhecidos desde as primeiras declarações características da segunda metade do século XVIII, sendo homenageada, ao longo das últimas décadas, sem maiores embaraços, pode-se dizer, tanto no ordenamento jurídico-constitucional do Brasil como nos sistemas normativos da maioria dos países componentes do chamado mundo ocidental.

Desdobrada em outras liberdades, como a de crença, a de culto e a de organização religiosa, a liberdade de religião dos nossos dias, cujo fortalecimento se deu, principalmente, a partir do desfecho do processo de separação entre o Estado e a Igreja, já não se depara com maiores obstáculos, quanto ao seu gozo, na grande parte das dimensões da vida particular e comunitária dos indivíduos, ao menos em Estados democráticos como o nosso.

Em algumas esferas do convívio social, entretanto, entre as quais a da relação de emprego, o exercício do direito fundamental em comento ainda se defronta com algumas complicações, o que se torna claro, notadamente, quando se tem em mente a realidade de determinados grupos sociais cujas práticas de adoração à(s) divindade(s) têm, nitidamente, o condão de interferir no desenrolar da jornada de trabalho.

Para os fins do presente artigo, tomar-se-á o caso dos adventistas do sétimo dia — cujo culto envolve a guarda do sábado (por considerá-lo um dia sagrado, os adventistas se abstêm do trabalho no período compreendido entre o pôr do sol da sexta-feira e o pôr do sol do sábado) —, os quais, segundo dados do Censo Demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), constituem um contingente populacional de 1.561.071 pessoas no Brasil.¹

Considerada a atual circunstância de que a maioria dos que são qualificados como trabalhadores subordinados no Brasil cumpre jornada de trabalho de quarenta e quatro horas semanais, sendo, costumeiramente, oito horas de segunda a sexta-feira e quatro horas no sábado, torna-se quase que inevitável a interferência de hábitos religiosos como a guarda do sábado no funcionamento das empresas em geral.

Não obstante dotado desse potencial para suscitar controvérsia na órbita jurídica, o tema relativo ao exercício do direito fundamental à liberdade religiosa

¹ Fonte: Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013.

no âmbito da relação de emprego, por parte dos adventistas do sétimo dia, nem sempre tem recebido suficiente atenção dos estudiosos do Direito, agravando a incerteza que assola empregados e empregadores a respeito de como devem se portar diante dessa complexa colisão de interesses.

Por tais motivos, o trabalho em apreço se propõe a tratar da problemática em questão, dedicando-se, para tanto, ao longo do seu desenvolvimento, (i) à evolução da positivação do direito à liberdade religiosa na arena internacional (em ordens estatais e no Direito Internacional dos Direitos Humanos), (ii) ao tratamento dado à mencionada franquia por parte das Constituições brasileiras, de 1891 a 1988, (iii) à forma como os tribunais trabalhistas têm enfrentado o tema e (iv) à temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, tratar-se-á de ver o modo pelo qual a matéria foi delineada — entre outros — em documentos como (i) a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, (ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, (iii) a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, e (iv) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981.

Em seguida, volvendo-se o trabalho para o cenário jurídico brasileiro, cuidar-se-á de analisar as disposições contidas sobre o direito fundamental à liberdade religiosa nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, investigando-se, ato contínuo, e de forma mais acurada, a sistemática assumida pela ordem constitucional de 1988 para viabilizar a fruição de tal prerrogativa do indivíduo.

Feitos esses recortes, transportar-se-ão alguns arestos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) sobre o problema, a fim de se vislumbrar o que, em geral, tem sido posto pelos julgadores pátrios quando confrontados com demandas aforadas por patrões ou obreiros insatisfeitos, respectivamente, com a concretização ou com a inefetividade da liberdade religiosa nos liames empregatícios.

Por fim, já no quadro da eficácia dos direitos fundamentais, descrever-se-ão, de saída, as linhas mestras das chamadas eficácias vertical e horizontal, mencionando-se, quanto a esta última, (i) a doutrina norte-americana da *state action* e seus desdobramentos, (ii) as várias teorias afirmativas da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e (iii) os mais importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

2 O direito à liberdade religiosa no âmbito internacional

2.1 Aspectos históricos

Inicialmente, cabe asseverar que, no espectro dos documentos jurídicos, a temática religiosa começou a ser tangenciada no *Bill of Rights*, promulgado na Inglaterra no ano de 1689 e que permanece, segundo o magistério de Fábio Konder Comparato,² ainda hoje, “como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido”.³

O escrito em questão, contraditando a sua própria natureza de declaração de direitos, impôs a religião anglicana como oficial — obrigatória, portanto, para os seus destinatários, é dizer, para todos os súditos do Rei da Inglaterra —, estado de coisas cuja compreensão adequada não pode ocorrer sem que se tenha sob perspectiva o contexto histórico de oposição entre católicos e anglicanos dentro do qual o documento foi editado.⁴

Mais à frente na linha do tempo, bem como em outra dimensão de espaço, a dos Estados Unidos da América (EUA), a Declaração de Direitos da Virgínia, em 12 de junho de 1776, estatuiu, em um de seus parágrafos, que a religião só poderia ser dirigida “pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência”, deferindo, em consequência, o seu livre exercício a todos os homens, de acordo com os ditames da consciência de cada um deles.⁵

Ainda no ambiente jurídico estadunidense, vale ressaltar que, treze anos mais tarde, o primeiro artigo da Declaração de Direitos Norte-Americana, formada pelas dez primeiras emendas à Constituição Federal, votadas em 25 de setembro de 1789, trouxe vedação expressa quanto à edição, pelo Congresso, de “lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício”.

² *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 94.

³ A propósito, há quem credite o aparecimento dos demais direitos fundamentais à luta pela afirmação da liberdade religiosa. Nesse sentido, cf. Lourdes Lima Santos (Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 164); e Paulo Pulido Adragão (*A liberdade religiosa e o Estado*, p. 506-507). Em sentido contrário, cf. José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 383).

⁴ Nesse diapasão, veja-se o excerto adiante transcrito, da lavra de Fábio Konder Comparato (*op. cit.*, p. 95): “O *Bill of Rights* foi promulgado num contexto histórico de grande intolerância religiosa, iniciado em 1685 com a revogação por Luís XIV do edito de Nantes, de 1598, que reconheceu aos protestantes franceses a liberdade de consciência, uma limitada liberdade de culto e a igualdade civil com os católicos. A essa manifestação de intolerância católica correspondeu a reação violenta dos anglicanos”.

⁵ Paulino Jacques (*Curso de direito constitucional*, p. 460) informa que, sob a inspiração do racionalismo anglo-franco (Locke, Montesquieu, D’Alembert, Diderot e Rousseau), coube a tal Declaração o pioneirismo da aclamação legal da liberdade religiosa.

No mesmo ano de 1789, aliás, mas já como fruto da Revolução Francesa que inquietou o mundo de então e que continua a irradiar seus efeitos sobre a contemporaneidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreveu, em seu artigo 10, que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

2.2 No direito internacional dos direitos humanos

Em uma quadra histórica mais recente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por seu artigo XVIII, apontou que “todo homem tem direito à liberdade de [...] religião”, aí incluídas a liberdade de “mudar de religião ou crença” e a de “manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

Quanto ao documento ora enfocado, não é inoportuno lembrar que, por ter sido ele proclamado sob a forma de Declaração — o que lhe dava a natureza de mera recomendação da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aos Estados signatários —, foi necessária a edição, em 1966, de dois pactos internacionais para que os direitos já enumerados em 1948 pudessem, enfim, ser revestidos de força jurídica vinculante.⁶

Entre eles, interessa sublinhar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,⁷ cujo artigo 18 dispôs que “ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha”, devendo os Estados subscritores “respeitar a liberdade dos pais [...] de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Igualmente no contexto do sistema global, enfatize-se a aprovação, em 1981, pela Assembleia Geral da ONU, da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, em cujo artigo 3º se advertiu que “a discriminação entre os seres humanos por motivo de religião [...] constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas [...]”.

⁶ Sem embargo da existência de entendimento segundo o qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 possuía, sim, força jurídica obrigatória, a opinião dominante na comunidade internacional se consolidou no sentido de que o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela elencados dependeriam de sua conversão em tratado(s) internacional(ais). Nesse sentido, cf. Flávia Piovesan (*Temas de direitos humanos*, p. 97).

⁷ A recepção do Tratado em pauta pelo sistema normativo brasileiro se deu por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

Já direcionada a um sujeito de direito especificado, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1992, enunciou, em seu artigo 2º, 1 e 2, que “as pessoas pertencentes a minorias [...] religiosas [...] terão direito a [...] praticar sua própria religião [...]”, sendo-lhes assegurada participação efetiva “na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública”.

No campo do sistema regional de proteção dos direitos humanos, faz-se mister trazer a lume o artigo 12 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969,⁸ de acordo com o qual “a liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas 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”.^{9 10}

Para finalizar o presente tópico, registre-se que também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência das Nações Unidas vocacionada à promoção do trabalho decente, ao tratar das práticas discriminatórias em matéria de emprego e ocupação, por meio do artigo 1, 1, “a”, da Convenção nº 111, de 1960, classificou como discriminação “toda distinção, exclusão ou preferência fundada”, entre outros fatores, “na religião”.¹¹

Com efeito, é imperioso rememorar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Convenção nº 111 da OIT, sendo documentos humanitários regularmente internalizados no ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem a observância do procedimento de

⁸ A denominada Convenção Americana dos Direitos Humanos foi recepcionada no Brasil mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

⁹ Identifica-se na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos um único caso julgado a respeito do conteúdo do artigo 12 do Pacto de São José da Costa Rica: *A última tentação de Cristo v. Chile*. Sentença de 05 de febrero de 2001 (Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013).

¹⁰ Além do sistema interamericano, ao qual se sujeita o Brasil, a liberdade religiosa também se encontra tutelada no seio dos sistemas regionais africano (artigo 8º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos) e europeu (artigo 9º da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais) de proteção dos direitos humanos. Dentre os inúmeros casos existentes na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca da aplicação do sobredito artigo 9º, avultam em importância o *Otto-Preminger-Institut v. Áustria* de 23 de agosto de 2004 (Disponível em: <www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/otto%20preminger-institut%20v.%20austria.htm>. Acesso em: 24 abr. 2013), e o *Lautsi v. Itália* de 18 de março de 2001 (Disponível em: <www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013).

¹¹ No Brasil, a presente Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, passando a ter vigência nacional em 26 de novembro de 1966.

recepção inaugurado pós-Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004,¹² não só possuem força cogente no Brasil como se encontram num patamar de supralegalidade dentro do sistema normativo nacional.¹³

Tecido, sucintamente, o processo de consolidação da liberdade religiosa na arena internacional, impõe-se analisar agora a evolução histórica de sua afirmação enquanto direito fundamental dentro da ambiência jurídico-constitucional brasileira, bem como o tratamento a ela dispensado pela nossa atual Lei Maior.

3 O direito fundamental à liberdade religiosa nas constituições do Brasil

3.1 Nas constituições anteriores a 1988

Entre nós, a liberdade religiosa se reveste de dignidade superior desde a Constituição de 1824, cujos artigos 5º e 179, nº 5, já tratavam da matéria. A liberdade de culto — parte integrante da liberdade de religião, como se verá — restava por demais limitada, no entanto, no Texto Magno de 1824 para aqueles que professavam outra fé que não a defendida pelo Catolicismo Apostólico Romano, considerado, à época, a religião oficial do Império.¹⁴

A esses crentes, incontestavelmente minoritários no período, era negado o exercício de parcela considerável (talvez a mais importante) do respectivo direito de culto, haja vista a proibição de os ritos serem levados a efeito em espaços de circulação pública, restritos que estavam a recintos fechados e desprovidos de características exteriores que pudessem sugerir o funcionamento no local de um templo religioso.

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, todavia, o então Governo Provisório editou o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890,¹⁵ consagrando a plena liberdade de culto ao disciplinar que “a todas as confissões religiosas

¹² A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe nova redação ao artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, definindo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹³ Tal tese restou assentada no Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do julgamento, em 03 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso.

¹⁴ Ainda a título de ilustração da intensa imbricação existente no período imperial entre Estado e Igreja Católica Apostólica Romana, Pinto Ferreira (*Curso de direito constitucional*, p. 503) esclarece que “durante o Império os arcebispos e bispos eram nomeados pelo governo e faziam-se restrições políticas aos não católicos, eis que só os católicos eram elegíveis à Câmara dos Deputados”.

¹⁵ “Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências”.

pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos [...]”.

Seguindo o mesmo espírito renovador, a Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 72, §§3º e 5º, achou por bem assegurar a todos os fiéis, indistintamente, para além das manifestações de fé ocorridas nos ambientes domésticos, o exercício público e livre dos cultos, inclusive nos cemitérios quando dos funerais de seus companheiros de crença, desde que não se incorresse em ofensa à moral pública e às leis.¹⁶

Adiante, a Constituição da República de 1934, nos termos do artigo 113, 5º, declarou ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, condicionando o livre exercício dos cultos religiosos à garantia tanto da ordem pública¹⁷ como dos bons costumes¹⁸ — expressões semanticamente muito próximas de uma construção textual restritiva já empregada pelas Constituições de 1824 e 1891, qual seja, a da moral pública.

O condicionamento do exercício dos cultos religiosos aos ditados da ordem pública e dos bons costumes remanesceu integralmente preservado nos artigos 122, §4º, da Constituição de 1937; 141, §7º, da Constituição de 1946; 150, §5º, da Constituição de 1967, e 153, §5º, da Emenda Constitucional nº 1/69. Vale assinalar, em complemento, que, enquanto as Cartas Políticas de 1934 e 1946 afirmavam a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, as de 1967 e 1969 preferiram se ater à liberdade de consciência.¹⁹

¹⁶ Paulino Jacques (*Curso de direito constitucional*, p. 462) destaca como corolários dessa ampla liberdade religiosa inscrita na Constituição de 1891 “a secularização do casamento, a dos cemitérios e a do ensino, proibida a subvenção de qualquer culto ou igreja e as relações de dependência ou aliança com o poder público, mantida, contudo, a representação diplomática junto à Santa Sé (§§4º, 5º, 6º e 7º)”.

¹⁷ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira: emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*, p. 80), “A ordem pública é um estado que se caracteriza pela possibilidade de desempenho das atividades normais pelos membros da comunidade. Existe, pois, quando a vida dos indivíduos segue a rotina de trabalho, necessária para que todos possam cuidar de seus interesses. Tal estado ou resulta da força ou da paz. Aquela pode impô-lo transitória e eventualmente, apenas esta pode fazê-lo duradouro e permanente”.

¹⁸ Sobre bons costumes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*op. cit.*, p. 81) preleciona que “o conceito [...] é vago e fugidio. Recorre freqüentemente a doutrina para esclarecê-lo a uma abstração, o *bonus pater familias*, o que nada auxilia. Bons costumes seriam aqueles que uma comunidade, por sua maioria, assim considera, num dado momento”.

¹⁹ A distinção entre as liberdades de consciência e de crença será esmiuçada no tópico seguinte.

3.2 Na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Lei Fundamental de 1988, o núcleo principal da liberdade religiosa foi deslocado para o artigo 5º, VI,²⁰ segundo o qual “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Houve a exclusão, como se nota, ao menos expressamente, das contensões referentes à ordem pública e aos bons costumes.²¹

Considerado o propósito perseguido pelo trabalho, desprezar-se-á, aqui, o estudo do objeto de tutela da liberdade de consciência, haja vista se tratar de uma franquia pertinente a questões de foro íntimo sem natureza religiosa²² ou que, pelo menos, não se esgota no aspecto religioso,²³ privilegiando-se, assim, outras três liberdades suscetíveis de serem extraídas do citado artigo 5º, VI: as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa.²⁴

3.2.1 Liberdade de crença

Quanto à primeira dessas liberdades (a de crença), importa ressaltar, desde logo, que a proteção específica a ela assegurada pelo legislador constituinte originário de 1988 — dissociada do amparo conferido à liberdade de consciência, conforme modelo já preferido tanto pela Constituição de 1934 como pela de 1946

²⁰ A proteção da ordem constitucional de 1988 à liberdade de religião se efetiva, também, por meio de preceitos como os seguintes: artigo 5º, VII (assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva) e VIII (determina que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei); artigo 19, I (veda aos Entes da Federação estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público); e artigo 150, VI, “b”, c/c §4º (proíbe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de instituir impostos sobre templos de qualquer culto, protegendo tal restrição o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosas).

²¹ Em defesa da permanência implícita no texto constitucional vigente do dever de respeito a esses dois valores, cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 52).

²² Nesse sentido, cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 33).

²³ Nesse sentido, cf. Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes (*Curso de direito constitucional*, p. 506); Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, p. 125); Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição brasileira*, p. 69); Uadi Lammêgo Bulos (*Constituição Federal anotada*, p. 142); e Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (*op. cit.*, p. 49).

²⁴ Nesse sentido, cf. José Afonso da Silva (*Comentário contextual à Constituição*, p. 93).

— patenteia um avanço do nosso atual Texto Magno em relação à Constituição de 1967 e à Emenda Constitucional nº 1/69.

E diz-se avanço, aqui, porque, se à primeira vista não parecia haver dificuldades em deduzir a liberdade de crença do comando constitucional responsável pelo asseguramento da liberdade de consciência, a investigação mais minuciosa de ambas acabou por revelar inconvenientes nessa opção do legislador constituinte de 1967 e 1969 de tratá-las sem o mínimo distanciamento.²⁵

No que tange ao conteúdo propriamente dito da liberdade de crença, restam englobadas, sob um viés positivo, as liberdades de escolha, de aderência e de mudança de religião, assim como, sob uma vertente negativa, as liberdades de não aderência a credos religiosos, de descrença da existência de divindades e seres sobrenaturais (ateísmo) e de filiação ao agnosticismo.²⁶

Dada a liberdade de crença, não há como fugir, entretanto, da constatação de que o ser humano, em qualquer época e espaço, acaba sempre por demandar uma liberdade para externá-la na comunidade em que está inserido, donde se retirará a necessidade de acatamento de uma outra liberdade: a de culto.

3.2.2 Liberdade de culto

Se é fato que a liberdade de crença encontra no interior de cada indivíduo um espaço suficiente para se desenvolver, igualmente verdadeiro é afirmar que a liberdade de culto não se conforma, para a sua completude, com os recônditos da alma daquele que crer, exigindo, em consequência, um campo externo para que possa se manifestar.

Tal ocorre porque, sendo o homem um ser gregário, uma vez entregue a ele uma ínfima liberdade que seja para formar suas próprias convicções, entre os seus primeiros e naturais comportamentos, certamente, estará o de tentar influenciar

²⁵ Nesse prisma, não se pode olvidar a emblemática lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 49): “[...] a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. [...] De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa”. No mesmo tom, note-se o magistério de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*: com a emenda nº 1, de 1969, p. 119): “A liberdade de consciência e a de crença são inconfundíveis. O descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”.

²⁶ Cf. José Afonso da Silva (*Comentário contextual à Constituição*, p. 93); e Uadi Lammêgo Bulos (*Constituição Federal anotada*, p. 142). A respeito da proteção conferida pela liberdade de crença aos ateus e agnósticos, cf. Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, p. 126).

seus semelhantes, carreando, por conseguinte, mais e mais adeptos às opiniões que acredita serem as verdadeiras (proselitismo).

Nessa toada, cabe dizer que a área de proteção da liberdade de culto²⁷ compreende atos exteriores como sacrifícios, procissões, cantos sagrados, adorações, súplicas, oferendas, donativos,²⁸ ritos, cerimônias, manifestações, reuniões, hábitos, tradições,²⁹ homenagens e venerações prestadas a forças superiores,³⁰ desde que a consecução destas atitudes não contrarie a legislação vigente, a ordem social, a tranquilidade, a moral e o sossego públicos.³¹

Ocorre, todavia, que, sendo o ser humano social por essência, além das liberdades que lhe são outorgadas para crer e cultuar, há de ser reverenciada, outrossim, a sua liberdade para realizar tais ações (crer e cultuar) em conjunto com tantos quantos compartilhem da mesma fé — em suma, a liberdade de organização religiosa de que se tratará a partir desse momento.

3.2.3 Liberdade de organização religiosa

Em verdade, a exata delimitação do objeto da referida liberdade de organização religiosa só pode ser satisfatoriamente apreendida se vista, no nosso caso, simultaneamente com a dicção do artigo 19, I, da Constituição Federal de 1988, mandamento por meio do qual a Assembleia Nacional Constituinte fez opção, dentre os três modelos clássicos de interação Estado-Igreja, pelo mais avançado deles, o da separação/colaboração,³² afastando-se dos sistemas da confusão e da união.³³

²⁷ É oportuno pontuar que o Código Penal brasileiro, nos moldes do seu artigo 208, tipifica o ultraje ao culto e o impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, cominando-lhes pena de detenção, de um mês a um ano, ou multa, devendo a pena ser aumentada de um terço caso haja emprego de violência, sem prejuízo da aplicação da sanção penal correspondente a esta violência.

²⁸ Cf. José Cretella Júnior (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 218).

²⁹ Cf. José Afonso da Silva (*Comentário contextual à Constituição*, p. 93).

³⁰ Cf. Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, p. 127).

³¹ Cf. Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*, p. 42); e Kildare Gonçalves Carvalho (*Direito constitucional*, p. 520).

³² Dentro do sistema de separação/colaboração, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 49) ensinam que “[...] reconhece-se a liberdade de cultos com o Estado recusando-se a intervir no funcionamento das igrejas, não importando sob que pretextos. É conhecido este regime como de tolerância”. Em igual sentido, Melina Alves Tostes (*Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos*, p. 80) encerra: “[...] o Estado brasileiro não possui religião oficial, bem como há uma separação entre religião e Estado. A laicidade do Estado representa uma garantia de mão dupla, tanto para as religiões que ficam livres de qualquer perseguição ou tratamento discriminatório pelo Estado, quanto para o cidadão, que tem respeitada a sua liberdade de crença, em um Estado pluralista”.

³³ Caracterizando os modelos da confusão e da união, José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 250) indica que “[...] Na confusão o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático,

De todo modo, no que respeita ao cerne da liberdade de que goza o indivíduo para se associar aos seus pares na crença e no culto ao sobrenatural, pode-se pontificar, na esteira de José Afonso da Silva,³⁴ que “essa liberdade diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das Igrejas e suas relações com o Estado”.³⁵ São esses os apontamentos imprescindíveis a respeito das liberdades de crença, de culto e de organização religiosa.

4 A guarda do sábado e a jurisprudência trabalhista

Como se depreende da leitura da Introdução, um dos traços mais marcantes do culto prestado à divindade pelos adventistas do sétimo dia se relaciona com a guarda sabática,³⁶ ou seja, com a interrupção, no período compreendido entre o pôr do sol da sexta-feira e o pôr do sol do sábado, de atividades seculares como participação em festas, prática de esportes, realização de viagens e, o que interessa mais de perto ao presente artigo, exercício de atos profissionais.

Trata-se de rito a respeito do qual — como não poderia deixar de ser, pelo seu grande potencial de causar prejuízos ao ritmo normal das atividades coordenadas pelos empregadores e, dessa forma, de suscitar conflitos entre estes e os empregados que eventualmente encampem aquele hábito religioso — podem ser colhidas interessantes decisões na jurisprudência dos tribunais trabalhistas.³⁷ Vejamos.

como o Vaticano e os Estados Islâmicos. Na hipótese da união verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração”.

³⁴ *Comentário contextual à Constituição*, p. 94.

³⁵ Para Arnaldo Moraes Godoy (*A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil*, p. 157), “A liberdade de organização religiosa indica os qualificativos da personalidade jurídica das igrejas, de modo saibamos se são (ou seriam) pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado (e a questão é particularmente complexa no Islã e no Vaticano). Também é decorrente da liberdade de organização religiosa o ensino religioso em escolas públicas, no ensino fundamental, ou mesmo como disciplina facultativa”.

³⁶ A guarda do sábado está inserida no conjunto das vinte e oito crenças fundamentais dos adventistas do sétimo dia sob os seguintes fundamentos teológicos: “O bondoso Criador, após os seis dias da Criação, descansou no sétimo dia e instituiu o Sábado para todas as pessoas, como memorial da Criação. O quarto mandamento da imutável Lei de Deus requer a observância deste Sábado do sétimo dia como dia de descanso, adoração e ministério, em harmonia com o ensino e prática de Jesus, o Senhor do Sábado (Gên. 2: 1-3; Êxo. 20:8-11; 31:12-17; Lucas 4:16; Heb. 4:1-11; Deut. 5:12-15; Isa. 56:5 e 6; 58:13 e 14; Lev. 23:32; Mar. 2:27 e 28” (Disponível em: <<http://www.portaladventista.org/portal/quem-somos/5-crencas-fundamentais>>. Acesso em: 24 abr. 2013).

³⁷ Percebe-se na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 808806-97.2001.5.02.5555, publicado em 12 de maio de 2003, por intermédio do qual se pretendia reformar decisão denegatória de segurança postulada por candidato ao ingresso na Magistratura do Trabalho que, sendo adventista do sétimo

Do repertório do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 24ª Região, extrai-se o Recurso Ordinário nº 1278/2001-001-24-00-9-RO.1, interposto por Reclamante carteiro e adventista do sétimo dia que, contratado via concurso público para ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não teve o seu contrato de experiência renovado porque faltou a dois dias (sábados) de treinamento ministrado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Julgada improcedente em primeira instância a pleiteada caracterização da demissão como derivada de discriminação religiosa, a rescisão contratual foi considerada legítima pela Corte, sobretudo, porque restou comprovado que o Reclamante, no momento em que se inscreveu no concurso público, sabia da possibilidade de laborar aos sábados, haja vista a existência de cláusula expressa constante no edital do certame.

Já a 10ª Turma do TRT da 2ª Região, apreciando o Recurso Ordinário nº 00213-2007-472-02-00-1, se debruçou sobre sentença de origem que deixou de acolher pedido de reversão de justa causa aplicada em dispensa imotivada, em razão de as faltas ao trabalho (nos dias de sábado) terem se dado, segundo a Reclamante, por sua conversão, no curso do contrato de trabalho, ao adventismo do sétimo dia.

Tendo sido demonstrado que a Reclamante só veio a requerer as folgas aos sábados muito depois de deflagrado o contrato de trabalho, o Colegiado entendeu que a empregada não poderia se eximir do cumprimento de uma obrigação livremente assumida, devendo, caso quisesse atender às orientações de sua nova religião, encerrar o pacto que lhe impunha o labor nos dias proibidos.

No Recurso Ordinário nº 00351-2006-012-20-00-5, o TRT da 20ª Região reformou decisão *a quo* para excluir da condenação da empresa pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aplicação de suspensões a um obreiro que, uma vez filiado ao adventismo do sétimo dia, se negara a trabalhar aos sábados, mesmo tendo recebido do empregador uma tolerância provisória de cento e oitenta dias em relação a essas ausências.

O Tribunal de segunda instância afastou a ocorrência de qualquer ilicitude na conduta da empresa e reconheceu como indevido o ressarcimento de danos morais a ela imputado, ao argumento de que, sendo o Estado Brasileiro laico,

dia, almejava realizar a prova em horário diferente do fixado pelo respectivo edital. Ao fim, o Ministro Relator, Rider de Brito, negando seguimento ao Recurso, se pronunciou no sentido de que “o Impetrante, no exercício da magistratura, não ficaria isento da prática de atos processuais, que, segundo o Código de Processo Civil, podem atingir o período que, em razão da fé professada, deve ser consagrado a Deus”.

ele conforma as suas próprias leis, não as subordinando às leis ou ditames de qualquer igreja ou religião, inclusive a dos adventistas do sétimo dia.

Em sentido contrário às decisões colacionadas acima, o TRT da 21ª Região negou provimento ao Recurso Ordinário nº 51400-80.2009.5.21.0017, apresentado por empresa que fora condenada em primeiro grau de jurisdição a fixar o repouso semanal remunerado de um de seus obreiros (adventista do sétimo dia) no horário compreendido entre 17h30min da sexta-feira e 17h30min do sábado.

No mérito, o Tribunal assentou que, uma vez caracterizada na espécie a colisão de normas constitucionais com natureza de princípio (poder diretivo do empregador³⁸ v. liberdade de crença religiosa titularizada pelo empregado), era a prerrogativa do patrão de estabelecer a disciplina intestina da empresa³⁹ que deveria recuar proporcionalmente, sem que isso implicasse alteração contratual indevida.

Interessante observar que em todos os julgados selecionados, mesmo naquele que reconheceu o direito do obreiro de descansar no decorrer do intervalo sabático, a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais passou ao largo dos debates, razão pela qual, a partir deste instante, serão envidados esforços no sentido de descortiná-la, por se enxergar nas alterações que a envolvem elementos essenciais à elucidação da problemática aqui posta.

5 A eficácia dos direitos fundamentais

Os chamados direitos fundamentais surgiram, com as Revoluções Americana e Francesa, tendo por objetivo precípuo limitar a atuação estatal em face da liberdade do indivíduo, incidindo, portanto, nesse lance inicial, exclusivamente, em relações caracterizadas por uma verticalidade que colocava, de um lado, no polo superior, o Estado e, de outro, no polo inferior, o particular.

³⁸ O TRT da 21ª Região sublinhou que o poder diretivo do empregador, mesmo não estando expresso na Constituição Federal de 1988, defluiria dos postulados da livre iniciativa (artigo 1º, IV), do direito de propriedade (artigo 5º, XXII) e da livre concorrência (artigo 170, IV).

³⁹ Consoante o ensinamento de Maurício Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*, p. 631), “Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. [...] A concentração do poder de organização faz-se na figura do empregador. Isso se explica em face do controle jurídico, sob diversos ângulos, que o empregador tem sobre o conjunto da estrutura empresarial e em face também do princípio de assunção dos riscos do empreendimento que sobre ele recai”.

Falava-se, à época, nessa fase que se convencionou denominar de constitucionalismo liberal (da segunda metade do século XVIII até o início do século XX, aproximadamente) — marcada pela positivação, sobretudo, de direitos civis e políticos, cujos preceitos veiculadores estavam a exigir condutas omissivas dos entes estatais —, que os direitos fundamentais possuíam como destinatário ou sujeito passivo, tão somente, o Estado.⁴⁰

Avançou-se no tempo e, mais recentemente, tanto a doutrina como a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais, com especial destaque para a dogmática e para o Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha, passaram a se referir, para além daquela vinculação clássica do Estado às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, a uma produção de efeitos, por parte destes, em relações privadas marcadas por uma horizontalidade entre os sujeitos.

A partir de então, foram muitas as obras que se debruçaram sobre a matéria, buscando perquirir se, de fato, tais direitos teriam o condão de obrigar os particulares e, em caso positivo, em que medida e de que forma se daria essa vinculação, ocasião em que foram construídos vários argumentos a favor e contrários à designada eficácia privada, externa ou horizontal dos direitos fundamentais (ou efeitos perante terceiros, para a dogmática alemã).

Atualmente, mesmo não havendo maiores dúvidas de que os direitos fundamentais, de algum modo, se estendem a ponto de alcançar os liames jurídicos formados entre os particulares, parece restar à literatura especializada, nacional e estrangeira, se desincumbir totalmente da complexa tarefa de compatibilizar essa realidade, sobretudo, com a necessidade de conservação de valores como o da autonomia privada.

Dito isso, volta-se a atenção, de agora em diante, para as principais teorias edificadas, mormente na doutrina comparada, sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

⁴⁰ Esta é a interpretação oferecida por José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, p. 242) para tal crença: “Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado”.

5.1 Teoria negativa da eficácia horizontal

Não obstante o arrazoado no tópico anterior, deve-se anotar, de saída, que o entendimento da doutrina e da jurisprudência da Suprema Corte norte-americanas, no que concerne à aceitação da eficácia privada dos direitos fundamentais, se encontra, em grande medida, desagregada do posicionamento assumido pelos países do sistema do *civil law*.

Essa não recepção, nos Estados Unidos da América (EUA), decorre, em primeiro lugar, de uma ainda fortemente privilegiada interpretação literal da Constituição estadunidense, inequivocamente ratificadora da ideia de que, com exceção da 13ª emenda (referente à proibição de escravidão), os direitos fundamentais somente sujeitam o Poder Público.

Outrossim, tributa-se a indiferença do direito norte-americano às teorias afirmativas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais — cujas raízes convergem para a dogmática alemã — ao fato de ser o ordenamento jurídico em pauta profundamente calcado na liberdade-autonomia,⁴¹ tendo sido esse, inclusive, o grande valor a inspirar o nascedouro do constitucionalismo que ali se ergueu.⁴²

Ultimamente, contudo, a doutrina da *state action*, sintetizadora desse pensamento de que só os atos estatais estão subordinados às normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais, vem sendo mitigada, especialmente, pela denominada *public function theory*, a qual pugna pela submissão, a tais franquias, também daqueles que eventualmente exerçam atividade própria do Estado.

Para os críticos da corrente acima exposta, entre os quais se inclui Daniel Sarmiento, não se pode alcançar por meio dela “um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas”,⁴³ sem embargo da constatação de que “ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana”.⁴⁴

⁴¹ Cf. Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 197).

⁴² Relativamente a essa constatação fática, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 27) aduzem: “Por isso, o documento jurídico chamado ‘Constituição’ que deveria fundamentar o poder soberano e limitar o legislador, isto é, a maioria parlamentar, surgiu nos Estados norte-americanos, declarados independentes em 1776, com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de *todos* os poderes estatais, ou seja, também em face do legislador ordinário”.

⁴³ Cf. Daniel Sarmiento (*op. cit.*, p. 196).

⁴⁴ Cf. Daniel Sarmiento (*op. cit.*, p. 196-197).

Esboçada, ainda que concisamente, a linha teórica tendente a divisar nos direitos fundamentais uma exclusiva eficácia vertical (relação Estado-indivíduo), compete traçar doravante as principais notas distintivas das doutrinas elaboradas em sentido contrário, dando-se relevo para aquelas que versam sobre a eficácia horizontal (i) indireta ou mediata, (ii) direta ou imediata e (iii) decorrente dos deveres de proteção ou deveres estatais de tutela.

5.2 Teorias afirmativas da eficácia horizontal

5.2.1 Teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata, surgida e hoje majoritária na doutrina e na jurisprudência da Alemanha, se situa a meio caminho entre a que nega a produção de efeitos por parte dos direitos fundamentais na seara privada (já vista) e a que, posta no outro extremo, simplesmente defende a incidência direta — independentemente, portanto, de interposição da legislação infraconstitucional — daquelas franquias nas relações entre particulares.

Em suma, a teoria em evidência propõe que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais se irradiam no Direito Privado por intermédio das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, categorias aptas a oferecer somente o início de sua significação e cuja complementação de sentido depende impreterivelmente de uma atividade criativa do intérprete.

Nesse compasso, uma vez confrontados com expressões como boa-fé, bons costumes e ordem pública, por exemplo, juízes e tribunais deveriam conformá-las à luz dos direitos fundamentais, o que acaba por transformar aquelas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados em verdadeiras portas de entrada do Direito Constitucional nos diversos ramos do Direito Privado (Direito do Trabalho, Direito Civil etc.).⁴⁵

⁴⁵ Nessa direção, José Carlos Vieira Andrade (Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 245) descreve a essência do pensamento dos seguidores dessa teoria: “É certo que o Estado, precisamente enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, tem também o dever de proteger esses direitos contra os ataques que lhe sejam movidos (mesmo) por entidades privadas. Só que essa protecção deveria fazer-se através do direito privado. A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediatemente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quanto muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do ‘espírito’ do direito privado”.

Repassando ao Parlamento a atribuição de levar a cabo a disciplina dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a presente teoria, inegavelmente, tem a vantagem de possibilitar que o legislador ordinário efetue o indispensável sopesamento entre a aplicação daqueles e o resguardo da autonomia privada, homenageando, ademais, princípios como o democrático e o da separação das funções estatais.

De outra sorte, entretanto, cabe realçar que tal construção dogmática vem sendo criticada “por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário”,⁴⁶ bem como por se reconduzir, em determinadas situações, “inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição”.⁴⁷

Mas, poderiam os direitos fundamentais recair de forma direta ou imediata nas relações entre os particulares? Não provocaria isso um caos social e um feroz atentado, por exemplo, à liberdade de contratar? Prossigamos para o subtópico posterior.

5.2.2 Teoria da eficácia horizontal direta ou imediata

Os propagadores da teoria da eficácia direta ou imediata propugnam, sinteticamente, que, diferentemente da segunda metade do século XVIII (quadra histórica em que os direitos fundamentais irromperam), quando o Estado — dotado de poder absoluto — detinha com exclusividade o potencial de lesar a esfera da liberdade individual, nos dias de hoje, vários são os atores sociais cujas atuações trazem o mesmo risco de causar danos às pessoas físicas e jurídicas.⁴⁸

Além do mais, aduzem aqueles teóricos que, consubstanciando os direitos fundamentais o cerne das Constituições modernas — as quais, a seu turno, ocupam o centro dos sistemas normativos contemporâneos —, os seus correspondentes efeitos devem ser irradiados por todo o ordenamento jurídico, aí incluído o domínio do Direito Privado, sob pena deste remanescer insulado.⁴⁹

⁴⁶ Cf. Daniel Sarmento (*Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 204).

⁴⁷ Cf. Daniel Sarmento (*op. cit.*, p. 204).

⁴⁸ Nesse sentido, cf. Ingo Wolfgang Sarlet (*Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*, p. 23); e José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, p. 245).

⁴⁹ Na literatura jurídica brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet (*op. cit.*, p. 25), entre outros, argumenta favoravelmente à eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas também com fundamento no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário do que possa parecer, no entanto, os defensores da teoria ora apresentada não deixam de verificar que a aludida aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais traz em seu bojo particularidades em relação à tradicional incidência daqueles em face do Estado, tampouco ignoram a necessidade de o Poder Judiciário, caso a caso, efetivar um juízo de ponderação entre a franquia a ser concretizada e o princípio da autonomia privada.⁵⁰

O reconhecimento de vários pontos positivos na teoria da eficácia direta ou imediata, porém, não afastou a estruturação de outros modos de enxergar a aplicação do conjunto dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, sendo um dos mais sólidos aquele advogado pela teoria dos deveres de proteção ou dos deveres estatais de tutela.

5.2.3 Teoria dos deveres de proteção

Pela teoria dos deveres de proteção ou dos deveres estatais de tutela, o Estado, principalmente no desempenho da função legiferante, se compromete não só a se abster de condutas que possam implicar violação aos direitos fundamentais de um determinado titular, mas, também, a atuar de maneira a protegê-los contra ameaças ou agressões provenientes, inclusive, de ações comissivas ou omissivas praticadas por outros particulares.⁵¹

Próxima da teoria da eficácia indireta ou mediata, haja vista a íntima ligação de ambas com o mister institucional do Poder Legislativo, a teoria dos deveres de proteção ou dos deveres estatais de tutela parece padecer, todavia, a exemplo da primeira, de uma insuficiência derivada diretamente da ampla discricção outorgada ao legislador.⁵²

Vistas, mesmo ligeiramente, as principais teorias volvidas à temática da eficácia privada dos direitos fundamentais, impende agora ver como o Supremo Tribunal Federal (STF) a tem enfrentado, ou seja, se o Pretório Excelso vem se inclinndo para a teoria negativa alicerçada no direito norte-americano ou, ao revés,

⁵⁰ Nesse sentido, cf. Ingo Wolfgang Sarlet (*op. cit.*, p. 29).

⁵¹ Cf. José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, p. 247).

⁵² Conforme expõem Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 128), “Se o legislador tem diversas formas de cumprir o dever estatal de tutela e não se tem como delimitar a intensidade necessária ao seu cumprimento, isso só pode significar que faz parte de sua discricionariedade legislativa definir de qual meio se valerá para cumprir seu dever de tutela. A única coisa que se pode racionalmente exigir e justificar é um exame de adequação mais apurado por parte do legislador, diminuindo um pouco sua discricionariedade e aumentando a possibilidade de controle”.

se tem demonstrado identificação com uma das teorias afirmativas importadas da dogmática alemã.

5.3 A teoria da eficácia horizontal na jurisprudência do STF

Nesse propósito, cumpre dizer que os Recursos Extraordinários nºs 158.215-4/RS, 161.243-6/DF, 251.445/GO e 201.819/RJ vêm sendo considerados pela doutrina brasileira como os quatro arestos emblemáticos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), da discussão afeta à eficácia externa dos direitos fundamentais, motivo pelo qual serão eles explanados em seções individualizadas, de maneira que, ao fim, se possa afirmar com razoável segurança qual a teoria hoje preponderante na Suprema Corte brasileira.

5.3.1 Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS

Em resumo, o caso em apreço cingiu-se a um litígio entre a União Brasileira de Compositores (UBC) e um de seus membros, excluído dos quadros da mencionada entidade associativa sem que tivesse sido lhe dada oportunidade de defesa, vindo a aflorar pela primeira vez na seara do Supremo Tribunal Federal (STF), de uma forma mais clara, a questão da incidência de cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ao final, embora não tenha havido alusão expressa a qualquer das teorias antes explicitadas (da *state action*, da eficácia direta ou imediata, indireta ou mediata, ou decorrente dos deveres de proteção ou deveres estatais de tutela), o Excelso Pretório acabou por decidir que se fazia imprescindível, *in casu*, a obediência ao princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

5.3.2 Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF

No Recurso Extraordinário em exame, a controvérsia prendeu-se à incidência ou não do princípio constitucional da isonomia a uma relação de trabalho subordinado cujas partes eram, de um lado, empregado brasileiro e, de outro, empresa francesa de aviação civil possuidora de um Estatuto de Pessoal só aplicável — no que diz respeito às vantagens — aos seus trabalhadores franceses.

Mais uma vez, afinando-se com a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal (STF) houve por bem deliberar no sentido de impor, à empregadora, a observância do artigo 5º, *caput*,

da Constituição Federal de 1988, coibindo, portanto, a discriminação da qual fora vítima o obreiro brasileiro em virtude de sua nacionalidade.

5.3.3 Recurso Extraordinário nº 251.445/GO

No Recurso Extraordinário em foco, cuidou-se de saber se a regra constitucional proibitiva do manejo, no processo penal, de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988) seria dotada de imperatividade também quando a hipótese versasse sobre persecução penal lastreada em colheita probatória feita por outro particular, sem qualquer participação do aparelho estatal.

O Ministro Celso de Mello, em extensa decisão monocrática, julgou inadmissíveis os elementos probantes utilizados pelo Ministério Público, argumentando que, “se [...] a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico [...], remanescerá caracterizada a situação configuradora da ilicitude da prova”.

5.3.4 Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ

O debate promovido por ocasião da apreciação da lide em comento em quase tudo se assemelhou⁵³ àquele travado quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, eis que relacionado igualmente a um caso de exclusão de membro de entidade associativa sem garantia da ampla defesa e do contraditório gizados no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, não tendo o Supremo Tribunal Federal (STF), ao término, como era de se esperar, abandonado a linha de raciocínio antes construída.⁵⁴

⁵³ A exceção ficou por conta dos registros feitos expressamente pelos Ministros à doutrina da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

⁵⁴ Opinando sobre o julgado em inspeção, Ingo Wolfgang Sarlet (*Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*, p. 30) deduziu: “Na hipótese em exame, recuperando a orientação já traçada em julgados anteriores, mas desenvolvendo de modo significativo a argumentação em prol de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exclusão de associado da União Brasileira de Compositores, sem a observância das exigências essenciais da ampla defesa e do contraditório foi tida como constitucionalmente ilegítima, ainda mais — como enfatizado na argumentação deduzida na decisão, em especial no alentado voto do Ministro-Relator, Gilmar Mendes — quando se trata de associações privadas que exercem função preponderante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relação de dependência econômica e/ou social, de tal sorte que tais associações integram o espaço público não estatal”.

De tudo, pode-se proclamar com boa dose de firmeza que o Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, vem se colocando manifestamente em defesa de uma eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais.

6 Conclusão

Em retrospecto, viu-se, ao longo do presente artigo, a trajetória de ascensão da liberdade religiosa no plano internacional, desde a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, até a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981 — processo de afirmação cujas influências não passaram despercebidas no ordenamento constitucional brasileiro.

Tanto é assim que, da Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988, a liberdade de religião, além de ser sucessivamente disposta no rol dos direitos fundamentais, veio a receber uma proteção cada vez mais ampla na nossa ordem interna, sem embargo da reforçada cobertura jurídica oferecida pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Sob outra vertente, observou-se, no desenvolvimento do trabalho, um fenômeno igualmente alvissareiro no tocante ao tema da eficácia dos direitos fundamentais, cuja evolução teve como divisor de águas, sem dúvida, o reconhecimento do fato de que tais franquias devem incidir não só nas relações verticais entre o indivíduo e o Estado, mas, também, ainda que em uma medida não totalmente pacificada, nos vínculos entre os particulares.

Quanto à forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, constatou-se, cristalinamente, a propensão do STF e de parcela qualificada da doutrina nacional a defenderem uma incidência direta ou imediata *a priori*, a qual, muito embora prescindida de mediação do legislador, não abre mão de uma atuação do Poder Judiciário tendente a também preservar, no caso concreto, valores como o da autonomia privada.

Meditando concretamente sobre a problemática posta, sabe-se que, apesar de nunca ter enfrentado diretamente a questão do exercício da liberdade religiosa no âmbito específico da relação de emprego, o STF já apreciou, por diversas vezes, ainda que mediante decisões monocráticas, outras demandas envolvendo o citado direito fundamental e revestidas de grande potencial de repercussão na rotina da sociedade.⁵⁵

⁵⁵ Cumpre anotar, por exemplo, que o STF já admitiu a repercussão geral da questão constitucional atinente aos múltiplos pedidos de alteração, fundados em motivo de crença religiosa, de datas

Ora se inclinando em defesa de valores como a isonomia para declarar a improcedência dos pleitos de discriminação positiva,⁵⁶ ora assegurando aos requerentes o direito de se submeterem a regime integralmente compatível com a sua crença religiosa,⁵⁷ o fato é que o STF, claramente, tem levado em conta, nos seus pronunciamentos, para deferir ou não os pedidos, a extensão dos reflexos de tais concessões individuais na ordem pública como um todo.

Pois bem. Consoante se expôs na Introdução, segundo dados do Censo Demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, existem atualmente no Brasil 1.561.071 pessoas que se declaram adventistas do sétimo dia,⁵⁸ contingente a representar menos de um por cento da população total do país (190.755.799 pessoas).⁵⁹

Considerando que — ainda de acordo com os subsídios do Censo Demográfico de 2010 —⁶⁰ é de 53,3% o percentual de brasileiros (de dez anos ou mais de idade) com algum tipo de ocupação e de 68,2% o índice de trabalhadores subordinados dentro desse conjunto, o número de adventistas do sétimo dia suscetíveis de serem beneficiados com uma eventual outorga de descanso aos sábados não alcançaria sequer 570.000 pessoas.⁶¹

Aliado a essa circunstância, há de ser destacado o fato de ser justamente nos estabelecimentos comandados por adeptos da mesma fé (ou seja, por outros adventistas) que se encontra a maior concentração daqueles que poderiam reivindicar o direito de realizar ritos como a guarda sabática, o que corrobora ainda

de provas em concursos públicos (cf. RE nº 611.874/DF), estando o assunto, todavia, pendente de julgamento. Também se encontram pendentes de decisão definitiva as ADIs nºs 3.901 e 3.714. Na primeira, se discute a constitucionalidade das Leis Estaduais nºs 6.140, de 24 de junho de 1998, e 6.468, de 19 de julho de 2002, ambas do Estado do Pará, as quais vedam a realização de concursos públicos e exames vestibulares no período compreendido entre 18h00 da sexta-feira e 18h00 do sábado, além de determinarem o abono das faltas dos alunos das redes pública e privada que, por motivo religioso comprovado, não possam frequentar aulas e atividades acadêmicas no período já discriminado. Na segunda ADI, o debate diz respeito à constitucionalidade da Lei Estadual nº 12.142, de 8 de dezembro de 2005, do Estado de São Paulo, cujo teor praticamente se confunde com o das Leis do Estado do Pará acima comentadas.

⁵⁶ Cf. STA nº 389, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.11.2009 e publicado em 01.12.2009.

⁵⁷ Cf. SS nº 2144/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18.04.2002 e publicado em 25.04.2002.

⁵⁸ Fonte: Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf](http://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁵⁹ Fonte: Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf](http://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁶⁰ Fonte: Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁶¹ Atente-se para o fato de que tal quantitativo ainda admitiria outros recortes mais restritivos, como, por exemplo, aquele destinado a revelar a quantidade de adventistas do sétimo dia efetivamente praticantes, e não apenas nominais.

mais o posicionamento segundo o qual o acolhimento de tais hábitos dentro das empresas não produziria conflitos de grande monta.

Longe de ter desfigurado o seu poder de direção sobre a empresa, o empregador, ao conformar o repouso semanal remunerado dos minoritários obreiros adventistas do sétimo dia ao preceito inserto no art. 5º, VI, da Constituição Federal de 1988, poderia, entre outras possibilidades, firmar com eles acordo individual de trabalho visando à compensação, no horário que melhor lhe convier (durante os dias da semana ou até mesmo aos domingos), das horas concedidas entre o pôr do sol da sexta-feira e o pôr do sol do sábado.

Demais disso, dentre os credos seguidos majoritariamente pelos brasileiros, nenhum deles requer prática de culto relacionada direta e inflexivelmente com algum dia ou horário da semana, quedando-se insubsistente o argumento de que poderia haver nos espaços laborais desordem provocada por fiéis de outras vertentes religiosas que, sentindo-se discriminados, viessem a também exigir a configuração da respectiva jornada de trabalho em conformidade com os ditados de sua crença.

A par de todos esses aspectos, acredita-se, ao fim, poder-se falar, sim, da viabilidade de uma eficácia horizontal direta ou imediata *a priori* do direito fundamental à liberdade religiosa na moldura das relações de emprego, em prol dos adventistas do sétimo dia, sem prejuízo, evidentemente, de uma atuação casuística do Poder Judiciário que venha a prevenir riscos ou a reparar danos à autonomia privada dos empregadores que pontualmente se sintam prejudicados.

The Exercise of the Fundamental Right to Religious Freedom in the Employment Relationship – The case of the Seventh-Day Adventists

Abstract: This article focuses on the problems pertinent to the exercise of the fundamental right to religious freedom in the sphere of employment, by members of a minority social group (the Seventh-day Adventists) whose practice of worshiping the deity involves keeping the Sabbath, and therefore potentially harmful to the development of regular working hours as conceived in Brazil. Understood from their deployment in freedoms as belief, worship and religious organization, religious freedom is analyzed, initially, in the light of contours drawn both in international party and within the ambit of various Brazilian Constitutions, especially, notably the perspective rendered from Charter Policy 1988. The work in question is also dedicated to briefly examine some judgements about the problem harvested from the labor jurisprudence, as well as the main aspects related to the topic of the effectiveness of fundamental rights in private relations, from doctrinal excerpts and precedents of the Supreme Federal Tribunal (STF). It was

concluded, at the end, given the tiny extent of the impact of such action on public order and the orbit of interests of employers in general, the full viability of the observance of the rite of Sabbath for the benefit of the faithful Seventh-day Adventists who are inserted in a context of employer-employee relationship.

Key words: Religious freedom. Employment Relationship. Seventh-day Adventists.

Referências

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 241-261.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex, 1989.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 34, p. 155-167, jan./mar. 2001.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SANTOS, Lourdes Lima. Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 13, n. 51, p. 120-170, abr./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-36.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOSTES, Melina Alves. Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Brasileira*, ano 2, v. 3, p. 77-94, jul./dez. 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DANTAS, Rafael Levino. O exercício do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego: o caso dos adventistas do sétimo dia. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 143-168, mar./abr. 2013.
