

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

GEORGE SARMENTO LINS JUNIOR

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: George Sarmento Lins Junior; José Claudio Monteiro de Brito Filho; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-612-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UFBA - Universidade Federal da Bahia que ocorreu nos dias 13,14 e 15 de junho de 2018, em Salvador, cujo tema foi: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores George Sarmiento Lins Junior, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO
2. AS REDES SOCIAIS: O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS A LIBERDADE: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DESSES PRINCÍPIOS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
3. AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIMITE AO DISCURSO DE ÓDIO
4. DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTOLERÂNCIA OU DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?
5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DE JOHN STUART MILL
6. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, NORDESTE BRASILEIRO E DISCURSO DE ÓDIO
7. ESPORTE COMO ARTE: UM CONFRONTO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E A LIBERDADE IMPRENSA
8. O DIREITO DE IMPRENSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE
9. DEFICIENCIA COMO PRIVACAO DE LIBERDADES: EM BUSCA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA DEFICIENTE
10. A ATUAÇÃO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO REGULADOR NA SOCIEDADE: DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O TRANSEXUAL
11. PORNOGRAFIA E SEXUALIDADE: UMA DENÚNCIA DA CONDIÇÃO FEMININA
12. O BULLYING RELIGIOSO COMO OFENSA À DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA DO SUJEITO

13. A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

14. PROSELITISMO RELIGIOSO: UM DIREITO INCOVENIENTE

15. CULTURA CIGANA: A PRÁTICA DO NOMADISMO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

16. DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE DE GÊNERO

17. ENSAIO SOBRE UM VIGENTE DIÁLOGO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL TAL QUAL BALIZA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A UTILIZAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

18. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

19. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS INTERNAS

20. PRIORIDADE ABSOLUTA VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO DISCRUSO PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

21. REFLEXOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO INFANTO-JUVENIL

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. George Sarmento Lins Junior - UFAL

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA e CESUPA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

THE THEORY OF THE DUTY OF REASONABLE ACCOMMODATION AS AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP.

Jamille de Seixas Souza ¹

Resumo

A pretensão especial do artigo 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: Teoria do dever da acomodação razoável, Direito fundamental, Liberdade religiosa

Abstract/Resumen/Résumé

The article's special claim 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/Palabras-claves/Mots-clés: Duty theory of reasonable accommodation, Fundamental right, Religious freedom

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFBA; Pós-graduada em Processo Civil pela UNIDERP; Bacharel em Direito pela UESC.

1. INTRODUÇÃO

Uma vez assegurado pela Lei Maior, ainda que com eficácia de norma discutivelmente limitada, nos termos do seu art. 5º, VI e VIII, o direito ao exercício de religião e crença deve ser aplicado em sua amplitude, tanto como estímulo a salvaguarda concreta da liberdade do indivíduo, como a impedimento de atos preconceituosos ou discriminatórios.

É notável 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 de um empregado, surgem vários efeitos de ordem subjetiva e objetiva que merecem análise mais cuidadosa daquele que vai lhe aplicar a regulamentação jurídica, principalmente se for considerado que no Brasil inexistente teoria própria de fundamentação para solucionar conflito dessa natureza

Apesar de ainda pouco debatida, entende-se que essa afetação da relação de emprego é uma forma de descumprimento da lei, sendo abordado como ponto fulcral do trabalho a ser desenvolvido os efeitos de ordem material decorrente da ruptura do contrato com o empregado em razão do exercício do seu direito de religião.

Ao passo em que o exercício da religião do empregado pode gerar novas condições de trabalho, as quais o empregador não está obrigado a aceitar, surgem efeitos de natureza do direito privado e das relações civis.

Entretanto, não são apenas sob o enfoque das normas de cunho privado, representadas, por exemplo, pelas leis e princípios do direito do trabalho, que devem ser analisadas, 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 direitos fundamentais e na restrição do direito 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) na

fundamentação de decisões brasileiras de reafirmação de direito fundamental, bem como, distingui-la da teoria de ponderação dos princípios.

Dita teoria permite o sopesamento de interesses instaurado mediante a colisão de princípios, 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.

Se faz 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. OBJETIVOS

De modo geral o escopo do presente trabalho é difundir em solo brasileiro a teoria estadunidense *duty of reasonable accommodation*, no Brasil chamada de teoria da acomodação razoável, como instrumento capaz de atribuir efetividade à aplicação das normas constitucionais a dados casos concretos, salvaguardando o direito das minorias, em específico o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, principalmente quando revestida pela liberdade religiosa a ser exercida na relação de emprego. E de forma específica o objetivo esposado concentra-se em demonstrar que o dever da acomodação razoável é 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.

3. METODOLOGIAS

O artigo foi elaborado utilizando-se a metodologia de pesquisa do tipo teórica, dogmática, bibliográfica e qualitativa, sendo o objeto da pesquisa cunho predominantemente escrito, baseado na análise de diversos textos, em sua maioria de fontes jurídicas, fazendo-se uso de interpretações hermenêuticas.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1 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 dogmático¹, como o que ora se propõe, tendo em vista 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.

a) Origem

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

¹ A pesquisa realizada na elaboração desse trabalho foi a pesquisa bibliográfica, que segundo Antonio Carlos Gil, em sua obra *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*, 4ª Ed. da editora Atlas, 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.

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 o autor Aloisio Cristovam dos Santos Junior², 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 EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*) 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 timidamente, em julgados para adequar interesses de grupo religioso minoritário³, 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 Leticia de Campos Martel 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.

²SANTOS JUNIOR. Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Ed. Impetus. 1ª ed. Niterói-RJ. 2013. Pág. 226.

³ 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.

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,”⁴

Em 1990 os Estados Unidos reforçaram seu pioneirismo na concepção da teoria da acomodação através da promulgação da lei *Americans with Disabilities Act* – ADA⁵, 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 2006, vinculando a expressão ao campo dos direitos humanos, o que reforça sua finalidade de proteção aos direitos das minorias.

b) 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 buscar adequar o exercício de um 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.

⁴ MARTEL. Letícia de Campos Velho. **Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva.** Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed. nº 8, nº 14, 2011. <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 10/03/2018.

⁵ “O Americans with Disabilities Act de 1990 (42 U.S.C. § 12101) 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 a Lei de Direitos Civis de 1964, que tornou a discriminação baseada na raça, religião, sexo, origem nacional e outras características ilegais. Além disso, ao contrário da Lei de Direitos Civis, a ADA também exige que os empregadores cobertos providenciem acomodações razoáveis para funcionários com deficiências e imponha requisitos de acessibilidade em acomodações públicas.”

Dada a relevância da conceituação da expressão *acomodação razoável* para o trabalho em tela, mostra-se pertinente transcrever a ideia conceitual proposta por Jayme Weingartner Neto, o qual se debruça sobre a aplicabilidade da teoria no âmbito da proteção à liberdade religiosa no ambiente 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”.⁶

Já o autor Aloisio Cristovam dos Santos Junior 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”.⁷

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.

⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Livraria do Advogado editora. 1ª Ed. Porto Alegre. 2007. Pág. 236.

⁷ SANTOS JUNIOR. Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Ed. Impetus. 1ª ed. Niterói-RJ. 2013. Pág. 226.

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.

4.2 Contexto jurídico brasileiro para acolhimento da teoria da acomodação razoável.

Inicialmente registra-se que o Brasil ao ratificar a aprovar o 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 acepção 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 jurisprudência⁸.

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 enseja 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

⁸ Consulta realizada no site do TST em data de 15/03/2018.

difusão de ideia e por ser o direito do exercício da religião perquirido em detrimento a outros, se apegue 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 Cristovam 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 econômica, sobretudo numa época marcada pela forte competição entre emp. Exigir que o empregador atenda às necessidades religiosas de seus empregados pode implicar redução dos lucros e perda de competitividade.”⁹

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.”

10

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 arcabouços de fundamentação jurídica deve estar atrelada à definição do termo encargo excessiva, 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 excessivo. Esse é um dos melhores métodos de fomentar a igualdade entre os desiguais. No Brasil, contudo, se costuma 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.

⁹ SANTOS JUNIOR. Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Ed. Impetus. 1ª ed. Niterói-RJ. 2013. Pág. 239

¹⁰ *Idem*. Pág. 239

4.3 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 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 Neto¹¹ 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 o citado autor Manoel Jorge e Silva Neto 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...”¹²

¹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2013. Pág. 117.

¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2013. Pág. 122

Para Atalá Correia, no artigo intitulado “*Estado Laico e Sociedade Plural. Investigação sobre a Liberdade Religiosa no Âmbito do Direito do Trabalho*”¹³ de sua autoria, 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.

Ao tratar sobre a distinção entre regras e princípios, o mais relevante são os efeitos que essa distinção faz repercutir. Diante da resolução jurídica de um caso concreto, se as regras invocadas não forem capazes de dar uma resposta certa, os princípios, na teoria de Dworkin, devem promover o encontro da solução.

Cabe destacar aqui que Alexy aderiu em quase a sua totalidade à teoria de Dworkin e para ela contribuiu ao tratar dos mandados de otimização, que nada mais são do que o raciocínio no sentido de que os princípios são aplicados ao caso concreto satisfazendo-o à medida que atende tanto as possibilidades fáticas como jurídicas. Ou seja, os princípios devem ser utilizados em sua profundidade de modo a ser adequado a circunstância a que se socorre.

Nesse contexto, segundo as teorias de Dworkin e Alexy, o critério de diferenciação entre regras e princípios quando da solução de um problema, valem-se das técnicas do tudo ou nada e da ponderação, aplicando-se o 1º aos conflitos entre regras e o 2º aos conflitos entre princípios. No embate entre duas regras, somente uma é aplicável, tornando a outra imediatamente inválida. Já no que se refere ao conflito de princípios, a técnica utilizada é a da ponderação, sendo que um princípio não descarta nem invalida o outro, sendo aplicável aquele que mais se aproxima de uma resposta certa ao caso concreto.

Essa ponderação de princípios trazida por Dworkin 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.

O que Dworkin não soube determinar é como se pode identificar qual o tipo de norma que melhor resolverá o caso dado, se mediante a aplicação de uma regra ou mediante

¹³ 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 15/03/2018.

aplicação de princípio, dilema esse que gera preocupações, vez que, como já dito, os efeitos da resolução de conflito de regras é distinto dos efeitos da resolução de colisão de princípios.

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 distinção reside na matéria qualitativa e não de grau e ambas tem 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 Alexy, a qual atrai a técnica da ponderação para resolução dos conflitos entre princípios.

Assim, embora ambas façam uso do sopesamento, a teoria da acomodação razoável e a técnica de ponderação de princípios não são institutos que se confundem, dada não só a finalidade a que se propõem, como aos métodos de suas aplicabilidades.

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 dos métodos deve ser utilizado 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 Popper, para o qual a ciência é feita através de uma permanente construção de hipóteses e de seu cotejamento com a realidade.

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 concreto.

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 minoritários.

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 incontestes 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.

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. Constatação essa também reforçada pelo método de pesquisa desenvolvida por Popper no campo da ciência jurídica.

Ademais, e por fim, conforme os argumentos alhures apresentados, restou demonstrado que inibir o dever do empregador de tentar adequar o interesse do empregado no que tange ao uso da teoria da acomodação razoável sob o fundamento de que os custos não devem ser suportados, é ensejar a intolerância e negar o reconhecimento aos direitos transindividuais da minoria.

5. CONCLUSÕES

Realizadas as análises e enfrentado o tema proposto, permite-se concluir, e de logo, 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, conforme razões alhures expostas.

Ademais, a teoria do dever da acomodação razoável tem o condão de atribuir efetividade aos direitos fundamentais e sociais, em especial quando confrontados com direitos de esfera individual, como ocorre com a liberdade religiosa na relação de emprego, seja ela do empregado ou do empregador, tendo ambos limitados entre si o exercício da liberdade de crença de modo que o exercício de um não sufoque o exercício do outro.

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, como pressupõe a aplicabilidade da teoria da acomodação razoável.

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.

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 em comento.

Ademais, assim como obteve êxito em relação à política de inclusão à sociedade e ao mercado de trabalho da minoria representada pelos portadores de deficiência, a teoria da acomodação razoável também se mostra uma prática necessária para reduzir a discriminação e a intolerância por motivo religioso.

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. E seu exercício, na qualidade de direito fundamental, ainda padece de instrumentos jurídicos eficazes a garantir sua efetividade.

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 Santos¹⁴ 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 e nesse contexto a teoria da acomodação razoável de mostra como meio eficaz de efetividade desse direito fundamental.

6. REFERÊNCIAS

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/>>.

MARTEL. Leticia de Campos Velho. **Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva**. Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed. nº

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed., 2014, p. 101.

8, nº 14, 2011. <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/14/1000400-adaptacao-razoavel-o-novo-conceito-sob-as-lentes-de-uma-gramatica-constitucional-inclusiva>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Ed. Impetus. 1ª ed. Niterói-RJ. 2013. Pág. 226.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2013. Pág. 117.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Livraria do Advogado editora. 1ª Ed. Porto Alegre. 2007. Pág. 236.