



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

IGNEZ GUIMARÃES

**DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO:  
FORMAS DE NEUTRALIZAÇÃO E REPARAÇÃO**

---

LONDRINA  
2012

IGNEZ GUIMARÃES

**DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO:  
FORMAS DE NEUTRALIZAÇÃO E REPARAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

LONDRINA  
2012

*“A minha alma espera somente em Deus; dele vem a minha salvação.  
Só ele é a minha rocha e a minha salvação;  
é a minha defesa; não serei grandemente abalada.  
Até quando maquinareis o mal contra um homem?  
Sereis mortos todos vós,  
sereis como uma parede encurvada e uma sebe pouco segura.  
Eles somente consultam como o hão de derrubar da sua excelência;  
deleitam-se em mentiras;  
com a boca bendizem, mas nas suas entranhas maldizem.  
Oh minha alma, espera somente em Deus,  
porque dele vem a minha esperança.  
Só ele é a minha rocha e a minha salvação;  
é a minha defesa; não serei abalada.  
Em Deus está a minha salvação e a minha glória;  
a rocha da minha fortaleza, e o meu refúgio estão em Deus.  
Confiai nele, ó povo, em todos os tempos;  
derramai perante ele o vosso coração.  
Deus é o nosso refúgio.  
Certamente que os homens de classe baixa são vaidade,  
e os homens de ordem elevada são mentira;  
pesados em balanças, eles juntos são mais leves do que a vaidade.  
Não confieis na opressão, nem vos desvaneçais na rapina;  
se as vossas riquezas aumentam, não ponhais nelas o coração.  
Uma coisa disse Deus; duas vezes a ouvi: que o poder pertence a Deus.  
A ti também, Senhor, pertence a misericórdia;  
pois retribuirás a cada um segundo a sua obra.”*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, ao meu filho, Carlos Gabriel e a minha mãe, Beth, minhas forças espirituais.

Agradeço a Alessandra Gauza e a Mariana Schuster, minhas forças materiais.

GUIMARÃES, Ignez. **Discriminação religiosa nas relações de emprego: formas de neutralização e reparação.** 2012. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

## RESUMO

O empregador, no exercício de seu poder diretivo, em face da subordinação inerente ao vínculo trabalhista, pode praticar condutas discriminatórias relacionadas à crença ou descrença do empregado, em evidente abuso de direito, vilipendiando a dignidade do trabalhador e os demais princípios fundamentais inerentes à relação de trabalho. O problema da discriminação na sociedade brasileira enseja preocupação, devendo-se salvaguardar, sobretudo, o direito das minorias e dos vulneráveis. O cerne deste trabalho consiste em analisar os possíveis aspectos que levam à discriminação por motivos religiosos nas relações de emprego e aperfeiçoar mecanismos que preservem a dignidade daquele que labora, apresentado-se formas de neutralização e de reparação. Os abusos configurados em discriminação religiosa, por parte dos empregadores, podem ser dar nas fases pré e pós-contratual, bem como durante a relação de emprego. O tema é, simultaneamente, delicado e complexo, uma vez que aborda a colisão entre dois princípios fundamentais, quais sejam: o da liberdade religiosa do empregado/continuidade no emprego e o da livre iniciativa/propriedade consubstanciado no poder diretivo do empregador, e tomando por base esses princípios busca-se uma solução por meio da aplicação da técnica de ponderação dos interesses. Os postulados da dignidade da pessoa humana devem ser sempre observados, não podendo o empregador, mesmo sob a ótica de seu poder diretivo, atentar contra a liberdade do empregado e nas hipóteses em que houver a discriminação religiosa praticada pelo empregador é devida a reparação ao empregado do dano sofrido. E, mais, o poder público deve implementar medidas que visem neutralizar os efeitos nocivos da discriminação com base na religião.

**Palavras-chaves:** Liberdade religiosa. Dignidade do trabalhador. Discriminação. Poder diretivo. Abuso do direito. Reparação.

GUIMARÃES, Ignez. **Religious discrimination in employment relations: forms of neutralization and repair.** 2012. 202 fls. Dissertation (Master's Degree in Negocial Law) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

### **ABSTRACT**

The employer, in the exercise of his power, in the face of subordination inherent in labor link, can practice discriminatory conduct related to the belief or disbelief of the employee, in apparent abuse of rights, worker's dignity denigrating and the other fundamental principles inherent in the employment relationship. The problem of discrimination in Brazilian society envisaged concern, which must be safeguarded, especially, the rights of minorities and vulnerable. The core of this work is to examine the possible aspects that lead to discrimination on religious grounds in employment relationships and improve mechanisms to preserve the dignity of workers, presented themselves forms of neutralization and repair. The configured in religious discrimination, abuse on the part of employers, can be given in stages-pre and post contract, as well as during the employment relationship. The theme is both delicate and complex, since it discusses the collision between two fundamental principles, namely: the religious freedom of employee/continuity in employment and of free enterprise/steering power recalls property of the employer, and based on these principles spell – if a solution through the application of the technique of balance of interests. The postulates of human dignity must always be observed, not the employer, even in view of their power, infringe the freedom of the employee and the hypothesis that there is religious discrimination practiced by the employer shall be payable to the employee of the damage repair. And the public authorities must implement measures to neutralize the harmful effects of discrimination on grounds of religion.

**Keywords:** Religious freedom. Workers dignity. Discrimination. Abuse of power. Right. repair.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1 - LIBERDADE RELIGIOSA</b> .....	12
1.1 HISTÓRICO DA LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	14
1.2 LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	24
1.3 LIBERDADE RELIGIOSA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	28
1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	30
1.4.1 Estado Laico.....	33
1.5 LIBERDADE DE RELIGIÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS .....	35
1.5.1 Liberdade de Crença.....	37
1.5.2 Liberdade de Culto .....	40
1.5.3 Liberdade de Organização Religiosa .....	41
1.6 ESCUSA DE CONSCIÊNCIA.....	42
1.7 LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE RELIGIOSA .....	45
1.7.1 Teoria dos Limites Imanentes aos Direitos Fundamentais .....	53
1.8 CONCLUSÕES .....	55
<b>CAPÍTULO 2 – DISCRIMINAÇÃO NO EMPREGO</b> .....	58
2.1 CONCEITO .....	59
2.1.1 Preconceito .....	63
2.1.2 Estereótipo .....	70
2.1.3 Estigma .....	72
2.2 ESPÉCIES: DIRETA X INDIRETA, POSITIVA X NEGATIVA E VERTICAL X HORIZONTAL .....	76
2.3 CARACTERIZAÇÃO.....	79
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.....	80
2.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	85
2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	90
2.6.1 Princípio da não discriminação como corolário do princípio da igualdade .....	95
2.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE EM ASSOCIAÇÃO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	98
2.8 CONCLUSÕES .....	106

<b>CAPÍTULO 3 - DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b> .....	109
3.1 CONCEITO .....	111
3.2 CARACTERIZAÇÃO .....	112
3.2.1 Exceções: Organizações Religiosas e Empresas de Tendência.....	116
3.3 MOMENTOS DE OCORRÊNCIA .....	118
3.3.1 Antes da Contratação ou na Contratação .....	119
3.3.2 Na vigência da Contratação .....	121
3.3.3 Encerrada a Contratação .....	124
3.4 O CONFLITO ENTRE O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO .....	127
3.5 O ABUSO DO DIREITO PELO EMPREGADOR.....	129
3.6 TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DOS INTERESSES.....	130
3.7 APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	134
3.8 A CONFIGURAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA .....	137
3.8.1 Assédio Religioso .....	140
3.8.1.1 Conceito .....	141
3.8.1.2 Caracterização .....	142
3.8.1.3 Espécies.....	142
3.8.1.3.1 <i>Assédio religioso individual</i> .....	144
3.8.1.3.2 <i>Assédio religioso institucional</i> .....	144
3.8.1.3.3 <i>Assédio religioso nas organizações religiosas e nas empresas de tendência</i> .....	145
3.9 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR MOTIVOS RELIGIOSOS .....	146
3.10 CONCLUSÕES .....	149

<b>CAPÍTULO 4 – FORMAS DE NEUTRALIZAÇÃO E REPARAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b> .....	152
4.1 NEUTRALIZAÇÃO .....	154
4.1.1 Regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal .....	157
4.1.2 Criminalização das Práticas Discriminatórias na Relação de Emprego .....	162
4.1.2.1 Sanções penais.....	163



4.1.3 Ações Afirmativas.....	166
4.1.4 Suspensão da Atividade Religiosa .....	171
4.2 REPARAÇÃO .....	172
4.2.1 Indenização Pecuniária .....	172
4.2.1.1 Por danos morais .....	173
4.2.1.2 Por danos materiais.....	177
4.2.2 Retratação.....	179
4.2.3 Reintegração .....	183
4.2.3.1 A lei nº 9.029/1995 .....	186
4.2.4 Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho .....	188
4.2.5 Inversão do Ônus da Prova.....	190
4.3 CONCLUSÕES .....	192
<b>CAPÍTULO 5 – CONCLUSÕES.....</b>	<b>195</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>197</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade de crença consubstancia-se em um dos direitos da personalidade humana protegidos, em especial, pelo Código Civil Brasileiro e também pela Constituição Federal.

Considerando-se a problemática da discriminação presente na sociedade brasileira, procura-se encontrar os motivos ensejadores da mesma, buscando, cada vez mais, extingui-la do relacionamento entre empregado e empregador, para que seja garantido àquele condições dignas de trabalho.

A discriminação consiste, em síntese, no tratamento diferenciado de determinada pessoa em situação igual ou semelhante à de outra, ferindo-se o princípio da igualdade material, sem que haja motivo justificável para tal prática e nas relações de trabalho ela pode ocorrer a qualquer momento, ou seja, na fase pré-contratual, durante o contrato ou mesmo após findar-se o contrato, possuindo reflexos no mundo jurídico, por ser situação relevante socialmente e que pode ser abordada por diversos aspectos.

A controvérsia em torno do tema gravita não só no fato de haver um conflito (aparente, diga-se) entre direitos assegurados constitucionalmente – propriedade versus liberdade – como também no fato de se viver em um país em desenvolvimento onde há extrema concentração de riquezas nas mãos de poucos conglomerados empresariais e, em contrapartida, muita oferta de mão-de-obra não qualificada disposta a sacrificar sua dignidade pelo próprio sustento.

Neste trabalho, tratar-se-á da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicada às relações de trabalho no que concerne a não discriminação pelo empregador em face da escolha religiosa do empregado. Tem-se em consideração, não só a tutela pelo nosso ordenamento jurídico da liberdade religiosa (art. 5º, VI, VII e VIII da CF), sendo que a mesma deve existir e ser assegurada também no âmbito das relações trabalhistas, como também o respeito à dignidade da pessoa humana.

Entende-se que no caso de se levar em consideração a relação de trabalho como uma relação de poder, na qual, regra geral, o empregador é quem o exerce, tal dominação, como critério para delimitar indignidades, torna-se muito ampla, afinal o poder diretivo é reconhecido ao empregador como lícito pelo

ordenamento jurídico e, nessa perspectiva, qualquer ordem do empregador poderia configurar atentado à dignidade do trabalhador.

Sendo assim, conclui-se, nesse aspecto, que somente o exercício abusivo do poder hierárquico ou do poder de direção é capaz de gerar discriminações negativas, reveladas ou não em forma de assédio, por parte daquele que emprega.

O poder que o empregador possui encontra limites impostos pelos direitos fundamentais do trabalhador, principalmente pelo da dignidade, o qual possui assento constitucional (art. 1º, III) e inegável primazia, devendo o empregador, ante a horizontalidade de tais direitos, promover melhorias nas condições de trabalho, como corolário do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF).

Ocorre abuso do direito (art. 187, do CC) cometido pelo empregador quando, utilizando-se de meios aparentemente lícitos, como os conferidos pelo poder diretivo e pela livre iniciativa, discrimina empregados, negativamente, fundado na crença religiosa destes.

Com relação à liberdade religiosa, inerente também ao trabalhador, necessário frisar que o mesmo, apesar de ter obtido um posto de trabalho, continua com suas convicções e preferências, estendendo-se para as de cunho espiritual e não pode ser obrigado, por motivos menos relevantes que o direito de crença, a se comportar de forma contrária ao seu credo, sob pena de se violar o art. 5º, VIII, da Constituição Federal, o qual assevera que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

O tema é complexo, haja vista que se faz necessário uma compreensão geral de como a liberdade religiosa é tratada em nossa sociedade; sobre qual é a importância de salvaguardar a dignidade da pessoa humana; e, principalmente, sobre como identificar as formas de discriminação religiosa existentes na relação de trabalho para, ao fim, buscar mecanismos de reparação e neutralização.

Importante mencionar as formas de neutralizar, ou seja, de combater a discriminação religiosa existente nas relações de emprego, bem como ressaltar que o ato discriminatório religioso confere à vítima a possibilidade da reparação pelo dano sofrido, que deve ser proporcional em relação ao prejuízo suportado.

A discriminação religiosa implica em desvirtuamento da finalidade social do direito que o empregador tem de deliberar sobre a condução de sua atividade econômica.

Por fim, o presente trabalho trata de um tema que envolve interesse transindividual, na modalidade difuso, afinal o direito à crença é de natureza indivisível, tendo por titulares pessoas indeterminadas e ligadas pela circunstância de que o Estado Democrático de Direito lhes permitem a escolha religiosa e, também, a ausência dessa escolha.

## CAPÍTULO 1 – LIBERDADE RELIGIOSA

Necessário ressaltar, primeiramente, que o Estado brasileiro é laico (separação entre Igreja e Estado) e, dessa maneira, permite ao indivíduo crer no que quiser (livre exercício de todas as religiões) ou, até mesmo, não possuir crença alguma, proporcionando a seus cidadãos um clima de “perfeita” compreensão religiosa. A partir dessa concepção de laicidade estatal, partir-se-à para uma tentativa de desdobramento de alguns aspectos que envolvem a liberdade de escolha da religião.

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto, o direito individual à liberdade religiosa é tripartite, ou seja, há a liberdade de crença, a liberdade de culto (estas amparadas pelo art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal) e a liberdade de organização religiosa<sup>1</sup>. Ademais, o mesmo autor contribui acerca do que é inerente à pessoa em termos de liberdade religiosa, mas também afirma ser reducionista tal compreensão<sup>2</sup>: “[...] a concepção generalizadamente aceita em termos de direito individual à liberdade religiosa está presa à prerrogativa conferida à pessoa de acreditar na existência de uma divindade e professar a fé respectiva.”

Ocorre que, por vezes, a liberdade religiosa não é integralmente respeitada e garantida, em razão de o humano ser, em determinados aspectos, intolerante com o diferente. Um caso que exemplifica tamanha intransigência com relação à crença, com repercussão internacional, é o do pastor evangélico americano Terry Jones que queimou uma cópia do Alcorão – livro sagrado do islamismo seguido pelos muçulmanos – julgando-o como culpado por assassinatos e ataques terroristas, sendo que tal ato acarretou diversas manifestações e protestos, principalmente no Afeganistão, gerando várias mortes. Confira-se a notícia:

O polêmico pastor Terry Jones, junto com o também pastor Wayne Sapp, voltou atrás e queimou uma cópia do Alcorão após julgá-lo como culpado por “assassinato, violação e responsabilidade por atividades terroristas”. A atitude de queimá-lo foi por diversas vezes adiada devido a um forte pedido da comunidade internacional e grande líderes por temerem mortes e ataques a ocidentais, mas há duas semanas Terry Jones resolveu de repente executar seu plano. Visite: Gospel +, Noticias Gospel, Videos Gospel, Musica G

---

<sup>1</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 28.

<sup>2</sup> Ibidem.

Na última sexta-feira, dia 1 de abril, manifestantes atacaram um dos prédios da ONU no Afeganistão. Protestando contra a atitude do Pastor e gritando palavras de ordem contra os Estados Unidos, invadiram o prédio e assassinaram 9 pessoas, duas decapitadas. Outras 73 ficaram feridas e 17 foram presas. Durante o protesto os manifestantes incendiaram carros e atacaram prédios ligados ao ocidente ou aos Estados Unidos, como os edifícios da ONU e do governo provincial.

No sábado houve mais protestos: duas mil pessoas foram às ruas e novamente queimaram carros e destruíram vidraças. Mais sete pessoas morreram e outras 46 ficaram feridas. A polícia teve que atirar contra os manifestantes para tentar dispersá-los.

No domingo, terceiro dia de protestos, três pessoas foram mortas, duas eram policiais. Conforme as notícias sobre a queima do Alcorão foram se espalhando, as manifestações se espalharam por todo o Afeganistão. Somando com as mortes ainda não confirmadas, o número de vítimas fatais até o domingo chega a 24.

Os protestos deste quarto dia já começaram, ainda não se sabe quando acabarão as manifestações de repúdio a atitude do pastor.

[...]

Por todo mundo líderes e anônimos reprovaram a atitude dos pastores de queimar o livro sagrado do Islã. O presidente do Afeganistão Hamid Karzai afirmou que a atitude foi um “crime contra uma religião”.

Barack Obama, presidente dos Estados Unidos, afirmou em comunicado oficial: “A profanação de qualquer livro sagrado, incluindo o Alcorão, é um ato de extrema intolerância e fanatismo”, mas defendeu: “no entanto, atacar e matar pessoas inocentes como resposta é atroz, e uma afronta à decência e à dignidade humanas”.<sup>3</sup>

Desta monta, resta claro que a intolerância religiosa configura-se pela não aceitação das convicções religiosas do outro, pelo desrespeito às opções dos demais, pondo em xeque a liberdade de escolha e a dignidade do ser humano, podendo, muitas vezes, resultar em perseguição que geram guerras, atrocidades e mortes de inocentes. Daí a importância de se combater, também nas relações de emprego, tal tipo de intransigência, visando à preservação de um ambiente laboral sadio, harmônico e pacífico.

Diante do exposto, essencial é para o ser humano a liberdade de pensar e de crer, a qual compreende, inclusive, a livre escolha da religião, sendo inadmissível, portanto, que uma pessoa seja forçada a professar sua crença desta ou daquela forma. A liberdade do homem deve acompanhá-lo independentemente do papel que esteja exercendo. Destarte, o trabalhador não deixa de ser homem quando exerce o seu ofício ou a sua profissão, por óbvio, e sendo livre para pensar e para ser crente ou ateu fora do trabalho, também o deverá ser neste ambiente, desde que respeite a opinião e a religião dos demais.

---

<sup>3</sup> Gnotícias (2011) “Após pastor queimar o Alcorão, dezenas morrem em ataques e protestos contra a atitude: Não me sinto responsável pelas mortes.” Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/dezenas-morrem-protestos-queima-alcorao-pastor-18519.html>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

Por isso mesmo, a presente dissertação visa esmiuçar, sem esgotar, o princípio da liberdade religiosa, percorrendo o seu histórico dentro das Constituições Brasileiras, em especial, na Constituição de 1988, associando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao Estado Democrático de Direito e ao Estado Laico, bem como diferenciando a liberdade de crença, da liberdade de culto e da liberdade de manifestação do pensamento, adentrando na escusa de consciência, nos limites constitucionais ao princípio da liberdade religiosa e, por fim, na teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais.

### 1.1 HISTÓRICO DA LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição Política do Império do “Brazil” foi promulgada em 25 de março de 1824 “em nome da Santíssima Trindade”, isto é, invocando o nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo. Já no artigo 5<sup>o</sup><sup>4</sup>, institui-se a religião católica como a oficial do Império, permitindo-se tão somente o culto doméstico ou particular das demais religiões, vedando-se a exteriorização das religiões não católicas fora dos templos destinados a esses cultos.

Nesse contexto, somente a religião católica poderia ser professada dentro dos órgãos públicos e nos espaços públicos, tais como ruas, praças ou estádios, denotando uma forte restrição da liberdade religiosa pelo Estado. A liberdade religiosa era direito conferido integralmente apenas aos católicos. Os não católicos deveriam professar a sua fé quase que na clandestinidade, reservadamente em suas casas ou nas igrejas destinadas aos cultos, não lhes apetecia que se manifestassem publicamente.

Ademais, segundo o art. 6<sup>o</sup>, V, da Constituição de 1824<sup>5</sup>, eram considerados cidadãos brasileiros, os estrangeiros naturalizados de qualquer religião. Sendo assim, a religião não seria propriamente um empecilho ao reconhecimento da cidadania aos estrangeiros, o que havia era uma restrição à liberdade religiosa dos que não professassem a fé instituída pelo Estado. Mas, quanto à aquisição da naturalidade brasileira, a escolha religiosa não seria um

---

<sup>4</sup> Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.

<sup>5</sup> Art. 6. São Cidadãos Brasileiros [...]

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

limitador. A limitação parecia estar presa mais à liberdade de manifestação dos não católicos em lugares públicos.

Não bastasse, somente poderiam ser eleitos deputados os que tivessem renda maior que quatrocentos mil réis líquidos, os brasileiros natos e os que professassem a religião do Estado, no caso a católica, requisitos estes cumulativos<sup>6</sup>. Como se vê, os não católicos eram, sob a égide da Constituição de 1824, cidadãos de segunda categoria, pois sequer poderiam ser eleitos deputados.

Inclusive, a própria Constituição de 1824 versava, no bojo do art. 103<sup>7</sup>, o juramento a ser feito por aquele que viesse ser o Imperador, nele se deveria assumir a manutenção da religião oficial como a Católica Apostólica Romana, a integridade e a indivisibilidade do Império, bem como fazer observar a Constituição e as leis, promovendo o bem geral do país.

O herdeiro presumido do Império, ao completar 14 (quatorze) anos, teria que prestar juramento no sentido de manter a religião católica como a oficial do Império, segundo constava do art. 106, da Carta Imperial de 1824<sup>8</sup>. Os conselheiros do Estado, nomeados pelo Imperador, deveriam prestar juramento no mesmo sentido<sup>9</sup>.

Apesar de não poderem professar publicamente a sua fé, aos não católicos era extensível o direito de não serem perseguidos por motivos religiosos, desde que respeitassem a religião do Estado e não ofendessem a moral pública. Pode-se dizer que esse “direito de não ser perseguido” era quase que ineficaz na prática, pois era definido com base em critérios subjetivos e no caso concreto, afinal o que seria um desrespeito à religião do Estado? O que é moral pública? São

---

<sup>6</sup> Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se:  
I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na fôrma dos Arts. 92 e 94.  
II. Os Estrangeiros naturalizados.

III. Os que não professarem a Religião do Estado.

<sup>7</sup> Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

<sup>8</sup> Art. 106. O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

<sup>9</sup> Art. 141. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de - manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação.



conceitos fluídos, abertos e indeterminados, que dependem do arbítrio de quem os interpretam.

Mesmo assim, considera-se o art. 179, V, da Constituição de 1824<sup>10</sup> um embrião com má formação do que vem a ser a liberdade religiosa da qual se dispõe hodiernamente na Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 representou um grande avanço em termos de liberdade religiosa, porque estabeleceu o Estado Laico e a República, como a seguir se verá. A Constituição de 1824 não mencionou Deus ou a Santíssima Trindade em seu preâmbulo.

Vedou-se, tanto para a União quanto para os Estados, o estabelecimento, a subvenção ou embaraço ao exercício de cultos religiosos (art. 11, 2º)<sup>11</sup>.

O art. 72<sup>12</sup> assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, a igualdade de todos perante a lei (§ 2º)<sup>13</sup>, a liberdade de exercício público de todas as crenças (§ 3º)<sup>14</sup>, o direito de culto nos cemitérios para todas as religiões (§ 5º)<sup>15</sup>, o ensino leigo nos estabelecimentos públicos (§ 6º)<sup>16</sup> e, por fim, o laicismo (§ 7º)<sup>17</sup> e a liberdade de associação e reunião (§ 8º)<sup>18</sup>. O casamento religioso não possuía efeitos civis (§ 4º)<sup>19</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

<sup>11</sup> Art 11 - É vedado aos Estados, como à União:

[...]

2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; [...]

<sup>12</sup> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>13</sup> § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

<sup>14</sup> § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

<sup>15</sup> § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

<sup>16</sup> § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

<sup>17</sup> § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

<sup>18</sup> § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a

O mesmo art. 72 rezava no § 28<sup>20</sup> que nenhum cidadão brasileiro poderia ser privado de seus direitos civis ou políticos nem poderia se eximir dos seus deveres por motivo de crença ou função religiosa. Já o § 29<sup>21</sup> não admitia a escusa de consciência, pois aqueles que alegassem motivos de ordem religiosa para se isentarem de ônus impostos a todos ou que aceitassem títulos ou condecorações nobiliárquicos estrangeiros perderiam seus direitos políticos.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 já em seu preâmbulo mencionava o nome de Deus<sup>22</sup>. Muito se discute sobre se a menção ao nome de Deus no preâmbulo da Constituição ofenderia ou não o princípio democrático representado no Estado laico. Particularmente, entende-se que a inclusão do nome de Deus no preâmbulo não viola a liberdade religiosa, nem tampouco a laicidade estatal, pelo que não restringe, não ofende, não diminui, não determina uma religião, apenas menciona Deus como ser supremo e protetor.

Entende-se que essa menção genérica também não ofende o ateísmo, pois se ser ateu é não crer na existência de Deus, tanto faz que o nome de Deus esteja ou não no preâmbulo da Constituição, acredita-se que para o ateu isso seria insignificante ou irrelevante, motivo pelo qual não o ofenderia nem lhe determinaria a crença em Deus só porque o seu nome consta do preâmbulo constitucional. Ademais, os direitos dos ateus não são diminuídos ou aumentados no bojo do texto constitucional porque o seu preâmbulo faz referência a Deus e o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preâmbulo não possui força normativa, outra razão para se entender que não há ofensa ao direito dos ateus.

Mas, essa discussão será mais bem analisada no item “1.2 Liberdade Religiosa na Constituição de 1988”. O art. 17, II da Constituição de 1934<sup>23</sup> reproduz o art. 11, 2º da Constituição de 1891 com a referência também ao Distrito

---

polícia senão para manter a ordem pública.

<sup>19</sup> § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

<sup>20</sup> § 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

<sup>21</sup> § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

<sup>22</sup> Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte...

<sup>23</sup> Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; [...]

Federal e aos Municípios. O art. 111, “b” assim como o art. 72, § 29 da Constituição de 1891 estabelece a perda dos direitos políticos pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política.

O art. 113, 1, da Carta de 1934 elasteceu a igualdade formal insculpida no art. 72, § 2º da Carta de 1891 preceituando que não haveria privilégios ou distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

O art. 113, 5, por sua vez, garantiu a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não ofendessem a ordem pública e aos bons costumes, além de emprestar personalidade jurídica às associações religiosas nos termos da lei civil<sup>24</sup>.

O art. 113, 6 inovou permitindo a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, no entanto restringiu a assistência religiosa nas expedições militares aos sacerdotes brasileiros natos<sup>25</sup>. Esta seria a fonte do art. 5º, VII da atual Constituição.

Assim como o art. 72, § 5º, da Constituição de 1891, o art. 113, 7, da Constituição de 1934<sup>26</sup> assegurou o direito de culto nos cemitérios para todas as religiões, o que foi suprimido pelo constituinte de 1988, afinal a inviolabilidade da liberdade de consciência, de crença e do livre exercício dos cultos religiosos abrange a liberdade dos ritos religiosos, principalmente em cemitérios.

Quanto ao ensino, a Constituição de 1934 permitia a educação religiosa facultativa de acordo com a manifestação dos pais ou responsáveis no art. 153<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

<sup>25</sup> 6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

<sup>26</sup> 7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

<sup>27</sup> Art 153 - O ensino religioso será de freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

O Estado passou a reconhecer o casamento religioso com efeitos de civil, desde que o rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes e de que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, fossem observadas as disposições da lei civil e houvesse a inscrição do casamento no Registro Civil, de acordo com o art. 146 da Constituição de 34.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 surgiu em meio a um ambiente de violência como uma forma militar de conter as aspirações dita comunistas. O seu preâmbulo não contempla o nome de Deus. O art. 32 desta Constituição<sup>28</sup> reproduziu o art. 17, II da Constituição de 1934, porém sem fazer menção ao Distrito Federal.

O art. 119, “b”, praticamente reproduz o art. 111, “b”, da Constituição de 34 ao estabelecer o perdimento dos direitos políticos pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros.

O art. 122, 4º garantia o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade e a todos os indivíduos e confissões religiosas o direito de exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes, em nada avançando com relação ao art. 113, 5, da Constituição de 1934.

Com relação à liberdade de praticar os ritos religiosos em cemitérios, a Constituição de 1937 foi omissa, somente estabelecendo no art. 122, 5º que os cemitérios tinham caráter secular e seriam administrados pela autoridade municipal.

O art. 133 facultava a frequência dos alunos e, também, facultava a obrigação dos professores quanto ao ensino religioso que, no entanto, era previsto como matéria curricular<sup>29</sup>.

A única inovação trazida no bojo da Constituição de 1937 em matéria de liberdade religiosa foi a previsão no art. 137, “e”, no sentido de que o operário poderia gozar dos feriados religiosos de acordo com as exigências técnicas

---

<sup>28</sup> Art 32 - É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

[...]

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; [...]

<sup>29</sup> Art. 133 – O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

da empresa e das tradições locais<sup>30</sup>. No mais, a Constituição de 1937 representou um retrocesso, pois deixou de garantir expressamente a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos; a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais; a ausência de privilégios por motivo de crença religiosa e o casamento religioso com efeitos civis.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 veio para inaugurar uma nova ordem democrática. Foi promulgada “sob a proteção de Deus” e reproduziu a maioria das disposições da Constituição de 1934 em termos de liberdade religiosa.

O art. 31, II<sup>31</sup> trouxe de volta o art. 17, II da Constituição de 1934. O art. 141, § 7<sup>o32</sup> repetiu o art. 113, 5 da Constituição de 34. O § 9<sup>o</sup> do mesmo art. 141 restabeleceu a prestação de assistência religiosa às forças armadas e em todos os estabelecimentos de internação coletiva<sup>33</sup> ampliando a redação do art. 113, 6 da Constituição de 1934 que restringia tal assistência aos estabelecimentos oficiais. O art. 141, § 10<sup>o</sup> foi no mesmo sentido do art. 113, 7 da Constituição de 34<sup>34</sup> permitindo a todas as confissões religiosas as práticas de seus ritos nos cemitérios, no entanto, delegou à lei a fiscalização dos cemitérios particulares constituídos por associações religiosas.

O art. 157, V é cópia do art. 137, “e”, da Constituição de 1937 e estabelecia o gozo dos feriados religiosos conforme as necessidades técnicas do empregador e as tradições locais. Voltou-se a reconhecer o casamento religioso com efeitos de civil nos §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 163<sup>35</sup>. O ensino tinha como um dos seus

---

<sup>30</sup> Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: [...]

d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; [...]

<sup>31</sup> Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...]

II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício; [...]

<sup>32</sup> § 7<sup>o</sup> - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

<sup>33</sup> § 9<sup>o</sup> - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, n<sup>o</sup> 5 I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

<sup>34</sup> § 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

<sup>35</sup> § 1<sup>o</sup> - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2<sup>o</sup> - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a

princípios a facultatividade da matrícula em educação religiosa nas escolas oficiais, conforme o art. 168, V<sup>36</sup>.

A mais representativa inovação da Constituição de 1946, quando se fala em liberdade de religião, foi a escusa de consciência preconizada no § 8º do art. 141 estabelecendo que “por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência”<sup>37</sup>. Entretanto, esse aspecto da liberdade religiosa será melhor desenvolvido no tópico “1.8 Escusa de consciência”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi promulgada “invocando a proteção de Deus” e dizia no art. 9º, II que era vedado aos entes federativos estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar. Tal redação é semelhante à encontrada atualmente na Constituição de 1988 (art. 19, I).

Quanto à escusa de consciência, a Constituição de 1967 representou um retrocesso, afinal previu a suspensão dos direitos políticos pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral, no art. 114, I, “b”, sendo complementado nesse sentido pelo art. 150, § 6º<sup>38</sup>. Ressalte-se, porém, que embora as Constituições de 1891, 1934 e 1937 trouxessem como sanção para a escusa de consciência o perdimento dos direitos políticos, a Constituição de 67 trazia a suspensão desses mesmos direitos como sanção à escusa representando um

---

requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

<sup>36</sup> Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

[...]

V - o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável; [...]

<sup>37</sup> Sublinhou-se.

<sup>38</sup> § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

avanço, no entanto não tão substancial quanto o trazido pela CF de 1946 e pela CF de 1988 – o que será mais bem analisado oportunamente em tópico específico.

O art. 150, § 1º trazia expressamente a vedação à desigualdade formal em razão de credo religioso<sup>39</sup>, o que também era feito pelo art. 113, 1 da Constituição de 1934. Já o § 5º do art. 150 assegurava a liberdade de consciência e garantia o exercício dos cultos religiosos, que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes, redação semelhante apresentava-se no art. 72, § 3º da Constituição de 1891; no art. 113, 5 da Constituição de 1934 e no art. 124, 4º da Constituição de 1937. O § 7º do art. 150 previa a prestação de assistência religiosa por brasileiros às Forças Armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva, indo na mesma direção do § 9º do art. 141 da CF de 1946.

O art. 158, VII apresentou uma novidade e uma melhoria nas condições de trabalho ao permitir o repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local, excluindo a exigência das necessidades técnicas da empresa para que o gozo destes ocorresse, além de o caput preceituar que os direitos dos trabalhadores eram em rol exemplificativo, sendo-lhes assegurados outros que, nos termos da lei, visassem à melhoria de sua condição social.

O art. 167, §§ 2º e 3º reproduziu a redação do art. 163, §§ 1º e 2º da Constituição de 1946 no que diz respeito ao casamento religioso<sup>40</sup>. O ensino religioso era de matrícula facultativa e constituía disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio<sup>41</sup>.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, promulgada pelos então Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar invocou a proteção de Deus em seu preâmbulo e, em se tratando

---

<sup>39</sup> § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

<sup>40</sup> § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

<sup>41</sup> Art 168 - § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: [...]

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

de liberdade religiosa, manteve a redação dos dispositivos da Constituição de 1967, trazendo algumas mudanças e retrocessos.

O art. 9º, II manteve-se intacto. O art. 153, § 1º é reprodução do art. 150, § 1º. O mesmo paralelo faz-se com os §§ 5º, 6º e 7º; entre o art. 165, VII e o art. 158, VII; entre o art. 173, §§ 2º e 3º e o art. 167, §§ 2º e 3º e entre os arts. 176, §3º, V e 168, § 3º, IV.

O art. 30, parágrafo único, “b”, com redação dada pela EC nº 22 de 1982, vedava nas Casas do Congresso Nacional a publicação de pronunciamentos que envolvessem ofensas às Instituições Nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, que configurassem crimes contra a honra ou contivessem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza. O art. 149, § 1º, “b” determinava a perda dos direitos políticos do Presidente da República pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral. O art. 153, § 8º<sup>42</sup> dizia ser livre a manifestação de pensamento, no entanto, em contrassenso, também pregava que não seriam toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Percebe-se pelos conteúdos dos três dispositivos acima mencionados que a EC de 1969 foi a mais retrógrada em termos de liberdade religiosa desde a Constituição do Império de 1824, afinal tolhia manifestações e discursos religiosos sob o manto do “incitamento ao crime”, da “moral” e dos “bons costumes”. Ao que parece, o exercício das liberdades religiosas deveria ser silencioso e íntimo, o que com certeza reverberava no ambiente laboral, no qual o indivíduo não teria possibilidade de se expressar contrário ao que o empregador entendesse por “moral” ou por “bons costumes”.

A Constituição Federal de 1988, promulgada sob a égide do Estado Democrático de Direito, veio para romper com esse paradigma de intimidação e de privação da manifestação do pensamento, também na seara religiosa. A liberdade

---

<sup>42</sup> § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.



não está na lei, nem tampouco nas Constituições. A liberdade é uma construção racional de âmbito individual e social de se determinar de acordo com as suas convicções sem impô-las aos outros como uma verdade absoluta. E, por ser antropocêntrica<sup>43</sup>, a liberdade é contemplada pelo Direito e, no Brasil, em especial pela Constituição de 1988.

## 1.2 LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Já no seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 traz a importância da discussão acerca da liberdade religiosa, pois ao citar o nome de Deus deu origem a ADI 2076/AC em que se intentava a reprodução da invocação da proteção de Deus também na Constituição Estadual do Acre. Veja-se o preâmbulo da CF de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

Os argumentos do Partido Social Liberal, autor da ação, eram no sentido da ocorrência de ofensa ao preâmbulo da Constituição Federal c/c os arts. 25 da mesma Carta e 11 do ADCT, consubstanciada no fato de a Lei Estadual omitir a súplica preambular “sob a proteção de Deus”, por se tratar de “ato normativo de supremo princípio básico com conteúdo programático e de absorção compulsória

---

<sup>43</sup> Nesse contexto, utiliza-se o termo liberdade antropocêntrica para expressar que é o homem quem está no cerne do Direito e, portanto, é o homem quem está no centro dos princípios que emanam do Direito. O Direito é uma construção racional, social, filosófica, histórica, econômica e cultural para organizar a vida em sociedade e, nesse aspecto, é arquitetado pelo homem e para o homem. Se os princípios são vetores interpretativos que modelam o ordenamento jurídico e, por óbvio, o Direito, pode-se dizer que se o Direito é antropocêntrico, também o é os princípios. E se a liberdade é um princípio de Direito ela também é antropocêntrica, justamente porque coloca o ser humano como núcleo e como destinatário de sua existência e não a figura divina, o que se diz em contraposição ao teocentrismo. O livre arbítrio, numa visão bíblica, seria a capacidade que Deus concedeu ao humano de escolher entre o bem (frutos do espírito) e o mal (frutos da carne) após o cometimento do pecado (desobediência original aos mandamentos divinos) e, desse modo, revela-se ainda mais coerente a atribuição da liberdade ao ser humano – e não aos outros seres e animais – porque até mesmo Deus, repita-se numa visão bíblica, atribui-a à condição humana.

pelos Estados”, mormente porque o preâmbulo integraria o conteúdo constitucional, sendo que suas disposições teriam valor jurídico<sup>44</sup>.

Embora a ADI 2076/AC tenha sido julgada improcedente porque o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o preâmbulo não seria norma de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais por não ter força normativa, abriu-se um precedente para reflexões.

Em seu voto o Ministro Carlos Velloso entendeu que a invocação de Deus no preâmbulo constitucional “reflete, simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado Brasileiro é laico [...]” e conclui que “A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”<sup>45</sup>.

E é nesse mesmo sentido que se interpreta a liberdade religiosa no âmbito das relações laborais. O direito ao trabalho, à permanência nele e à ascensão profissional é de todos devendo, para tanto, considerarem-se critérios mais objetivos possíveis de seleção, de promoção e de dispensa. O mercado de trabalho deve ser acessível a todos, não se diferenciando entre deístas, agnósticos ou ateístas como razão única ou especial para exclusão.

O Ministro Sepúlveda Pertence votou que a invocação “sob a proteção de Deus” não era norma jurídica, “até porque não se teria pretensão de criar obrigação para a divindade invocada”, ela seria uma afirmação de fato e pretensiosa “de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do Brasil”<sup>46</sup>.

O Ministro Marco Aurélio entendeu que o preâmbulo teria força política e não normativa e, por isso, não poderia repercutir no campo do princípio da simetria entre a Constituição Federal e as Constituições Estaduais<sup>47</sup>.

Note-se que, embora técnicos, os Ministros supracitados, no exercício de suas profissões tiveram que se manifestar sobre um aspecto que envolve a vida de todo e qualquer ser humano: Deus, mesmo que seja para negá-lo. Para tal afirmação, parte-se da premissa de que se o legislador constituinte originário proclamou que a nossa Constituição estava sendo promulgada “sob a

---

<sup>44</sup> ADI 2076/AC. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

proteção de Deus” é porque se acreditou “nesse Deus” e “nessa proteção”. E se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da nossa Constituição, segundo o art. 102, caput, a proteção de Deus emanada do preâmbulo chegou até os seus guardiões de forma a se pronunciarem sobre isso e eles o fizeram sem agredir qualquer credo ou religião.

Da mesma forma, no exercício de qualquer outro trabalho, ofício ou profissão, as pessoas podem ser instadas a se manifestarem sobre Deus ou sobre religião, seja pelo empregador, seja pelos colegas de trabalho. E é nesse ponto crucial que a liberdade religiosa toma corpo e forma, embora cada um se posicione em sentidos diversos ou totalmente opostos, o respeito à opinião do outro, sem se valer da força para prevalecer a sua, é o sinal da tolerância e de que o ambiente laboral está sadio. Nesse ínterim, tenta-se demonstrar que a questão religiosa, quando afeta o ambiente de trabalho do STF, espaço técnico onde laboram os Ministros, não deveria diferir muito dos demais ambientes laborais.

Metaforicamente, é mais fácil de enxergar quando se trata de futebol. Cada trabalhador tem o seu time preferido ou não tem nenhum. Não é de bom alvitre que os empregados trabalhem vestidos com a camiseta do time. Mas, quando perguntados sobre para qual time torcem, podem e devem responder sem medo de sofrerem represálias dos colegas ou do empregador porque isso está dentro de sua liberdade de escolha e estarão se posicionando sobre um aspecto que envolve a vida. Parece loucura admitir que o empregador possa desconsiderar um bom profissional porque ele torce pelo time rival. Mas, não parece tanto devaneio assim admitir que o empregador desconsidere um bom profissional em razão de sua crença religiosa.

É nesse contexto que se insere o art. 5º, VI que salvaguarda a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Também se assegura no art. 5º, VII a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, justamente porque nos hospitais, nos presídios, nos internatos e em outros tantos espaços as pessoas tem a necessidade natural de expressarem o seu credo, seja como válvula de escape para as mazelas diárias, seja como forma de agradecimento ao sobrenatural pelo simples fato de estarem vivas.

O art. 5º, VIII consagra a chamada escusa de consciência segundo a qual ninguém deve ser privado de seus direitos por motivo de crença religiosa, filosófica ou política, exceto se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O art. 19, I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, em uma clara demonstração de que o constituinte originário intentou alcançar a laicidade estatal e a dissociação entre o Estado e a Igreja, lógico que ressaltando a colaboração de interesse público, porque é óbvio que não se pode em nome de um Estado laico fechar as portas ao que é socialmente relevante. O ordenamento jurídico, com já se afirmou, foi construído pelo homem e para o homem; por exemplo, em caso de catástrofes, de calamidades públicas ou de guerras o Estado e a Igreja podem estabelecer uma cooperação em prol do interesse social.

O art. 143 preceitua que o serviço militar é obrigatório, porém no § 1º estabelece que compete às Forças Armadas atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar, sendo uma extensão da escusa de consciência do art. 5º, VIII. O § 2º, por sua vez, isenta do serviço militar obrigatório em tempo de paz às mulheres e os eclesiásticos.

O art. 150, VI, “b” veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de imposto sobre templos de qualquer culto, isto é, estabelece a conhecida imunidade tributária aos templos de qualquer culto. Podem-se enxergar duas nuances da liberdade religiosa dentro desta imunidade: 1ª) o livre exercício da espiritualidade e do culto como manifestação importante para a sociedade brasileira a ponto de ser contemplada pela imunidade ao lado dos partidos políticos, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, bem como dos livros, dos jornais, dos periódicos e do papel destinado a sua impressão e 2ª) a laicidade do Estado, consubstanciada na não distinção entre os templos, ou seja, todos os templos de quaisquer cultos serão imunes aos impostos e não somente templos desta ou daquela religião.

O art. 210, § 1º preleciona que o ensino religioso será de matrícula facultativa e constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O art. 226, § 2º confere efeitos civis ao casamento religioso, nos termos da lei.

Situada a liberdade religiosa na atual Constituição, será traçado um paralelo entre esta e o princípio da dignidade da pessoa humana com o intuito de demonstrar que a violação da liberdade de religião constitui-se, também, em violação da dignidade. Veja-se.

### 1.3 LIBERDADE RELIGIOSA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A violação da liberdade religiosa constitui-se em afronta à dignidade da pessoa humana, afinal o livre exercício da fé e da crença é um direito fundamental insculpido no art. 5º, VI, da CF de 1988 e tem aplicação direta e imediata, segundo o § 1º do mesmo artigo. Para comprovar a ligação umbilical entre a liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana emprestar-se-á uma decisão do Supremo Tribunal Federal que a seguir se sintetiza.

Trata-se do RE 92.916-9/PR<sup>48</sup> em que Angélica Ávila Capela foi condenada a 07 (sete) meses de detenção por crime de maus tratos em face dos filhos menores e sofreu, como sanção, perda do exercício do poder familiar. Ao se conceder a suspensão condicional da pena estabeleceram-se as seguintes condições: (1) não ficar mais de uma semana por mês sem trabalhar; (2) não se embriagar; (3) não frequentar, nem auxiliar ou desenvolver cultos feitos em residências ou locais não destinados especificamente a esse fim; (4) apresentar-se uma vez a cada dois meses perante o juízo; (5) não se dedicar ao meretrício e (6) carregar, para a cadeia pública local, seis latas de água um domingo em cada mês, trazendo água da mesma mina onde seus filhos a carregavam.

O RE foi julgado sob a égide da EC nº 01 de 1969, em 19 de maio de 1981, situação em que ainda estava vigente o art. 153, § 5º o qual dispunha que era plena a liberdade de consciência e assegurava ao crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes.

---

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186454>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

O Ministro Antônio Neder, então Relator, entendeu que a proibição da beneficiária do *sursis* de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos feitos em residências ou locais não destinados especificamente a esse fim violava a liberdade religiosa, princípio inscrito no art. 153, § 5º da Constituição à época vigente, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento com o fim de excluir tal condição do *sursis*, bem como a de carregar latas de água para cadeia pública, pena esta que considerou humilhante.

Tomando por base tal julgado, a supressão da liberdade religiosa é uma pena ou uma sanção para quem a sofre. Impedir alguém ou discriminar alguém por crer em algo diferente do que se crê é impor ao discriminado penitência moral por ser quem é ou por acreditar no que acredita. Fere-se a dignidade da pessoa impedida de exercitar o livre direito de crer e de professar a sua fé.

O cristianismo, por exemplo, tem como pilar a *Teoria do Universalismo Cristão*, ou seja, a salvação e o reino de Deus não seriam privilégios de um grupo determinado, mas objetos extensíveis a todos os seres humanos pela fé em Jesus Cristo, independentemente de raça, de cor ou de situação econômico-financeira, donde se extrai a sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todo homem tem dignidade, basta nascer. A dignidade não é (não deveria ser) privilégio dos ricos, dos brancos ou dos heterossexuais. A dignidade é um valor e, portanto, se todo homem tem dignidade, todo homem tem valor. E, nessa vertente, exemplificadamente, o cristianismo prega que, para Deus, todo ser humano tem o mesmo e igual valor. Daí uma das demonstrações de que a liberdade religiosa associa-se, diretamente, à dignidade do ser humano.

Correlaciona-se, também, com o princípio da dignidade humana, na visão de Manoel Jorge e Silva Neto, a todo e qualquer segmento religioso, afinal “a exortação do amor a Deus acima de todas as coisas e o reconhecimento do poder meramente temporal do ser humano foi responsável pela instalação de ambiente propício para a sedimentação das ideias dos direitos humanos”<sup>49</sup>.

A dignidade humana será mais bem analisada no Capítulo II em que se abordará a discriminação, mais especificamente no item “2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana”. Assim sendo, passa-se a algumas considerações

---

<sup>49</sup> Obra citada, p. 77.

acerca do Estado Democrático do Direito com a finalidade de incluir a laicidade estatal como um de seus pilares.

#### 1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De forma resumida e perfunctória, existiram, historicamente, três modelos estatais: a) Estado Despótico; b) Estado Absoluto e c) Estado de Direito. De acordo com Carlyle Popp “no Estado despótico, os indivíduos singulares só tem deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”<sup>50</sup>.

Nessa visão, o Estado de Direito é aquele construído em prol dos indivíduos e para alcançar o bem-estar social; a sua finalidade não é apenas diplomática e soberana – ligada à delimitação de território e ao exercício do poder político – mas também social, com vistas a trazer aos cidadãos que ali residem melhorias nas suas qualidades de vida. O Estado de Direito visa não só dividir o território (em Estados, em Municípios, etc.) e descentralizar o poder; busca não só dividir o poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário); almeja não só editar as leis, executá-las e dizer como elas devem ser aplicadas; intenta não só estabelecer relações internacionais com os demais Estados, expedir certidões, registrar óbitos, entre tanto outros trâmites legais mas, precipuamente, o Estado de Direito é aquele que oferece dignidade aos seus habitantes; é aquele que procura implementar não só os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos e difusos.

Afinal, qual o sentido do sigilo das correspondências para quem não tem onde morar? Qual a finalidade da propriedade para quem não tem como sobreviver? Qual o valor da proteção à propriedade artística e intelectual para aquele que nunca estudou? Qual a razão de ser da elegibilidade para aquele que é analfabeto?

---

<sup>50</sup> LOTUFO, Renan (Org.). *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro*. Direito civil constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 153.

A efetividade da grande maioria dos direitos individuais – civis e políticos – pressupõe a implementação de direitos sociais. Explica-se: o direito social à educação, à saúde, ao labor, à alimentação é que trouxe a quem escreve uma dissertação de Mestrado, por exemplo, a oportunidade de fazê-la, dentre tantos outros aspectos que envolvem a vida como, por exemplo, talento natural. Sem o social (moradia, alimento, saúde, educação, lazer) não é possível desenvolver o individual (propriedade, intelectualidade, capacidade de escolha, votar e ser votado) integralmente. E é aí que entra o Estado de Direito, na função social de proporcionar aos seus cidadãos o mínimo de dignidade – também atrelada aos recursos materiais mínimos necessários para desenvolvê-la – para que tenham uma vida com condições de titularizar os direitos fundamentais de forma plena.

Nos dizeres de Sérgio Alves Gomes, “a pretensão do Estado Democrático de Direito consiste em se opor à descartabilidade do ser humano no mundo cada vez mais reduzido aos interesses puramente mercantis, mundo este que substitui as pessoas pelo lucro”<sup>51</sup>.

A democracia estabelecida no Estado de Direito, por sua vez, trata-se de uma afirmação onde não só a vontade da maioria é a que prevalece, vai, além disso; configura-se, também, na possibilidade de se expressar livremente e fazer escolhas pessoais contrárias ao modelo “padrão” estabelecido por essa mesma sociedade democrática; exterioriza-se, também, pelo respeito às minorias dissidentes e, principalmente, pela proteção dos grupos vulneráveis (crianças, mulheres, idosos, homossexuais, entre outros) quando em situação de vulnerabilidade<sup>52</sup>.

Quanto à escolha religiosa, viver em um Estado Democrático de Direito significa a possibilidade de expressar livremente a sua crença ou descrença, comportar-se conforme ela e ser respeitado por acreditar nela. A democracia é, dentre outras nuances, liberdade e respeito. Liberdade de adotar o comportamento “padrão”, de divergir dele, de criticá-lo ou de ser indiferente a ele, merecendo

---

<sup>51</sup> GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito - possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 393, nota de rodapé.

<sup>52</sup> Para José Afonso da Silva, “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes” (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 130).



respeito pela posição adotada e, também, respeitando quem adota o comportamento “padrão”, quem diverge dele, quem o critica e quem é indiferente a ele. Basicamente, a democracia estabelece possibilidades de interação dialógica em que as posições dominantes não são frutos somente daqueles que detém o poder (econômico, social, estatal ou cultural), mas também daqueles que demonstram, pelos argumentos, que as suas posições são importantes ou relevantes para o equilíbrio do organograma social.

Pode-se comparar a democracia com uma cadeia alimentar. O equilíbrio de um ecossistema relaciona-se à realização de todas as etapas dessa cadeia. Caso alguma das espécies, pertencentes a uma determinada cadeia, venha a ser extinta, as outras não resistirão, uma vez que todas possuem uma relação de interdependência, ou seja, uma depende da outra para sobreviver. Por esse ângulo, na sociedade democrática tanto a maioria, quanto os detentores de poder dependem da minoria e dos grupos vulneráveis para legitimarem as suas decisões e posições e vice-versa.

Nesse contexto, um Estado que se diz Democrático e de Direito deve ser laico e/ou, no mínimo, deve respeitar a opção religiosa de cada um, permitindo que o indivíduo a exerça plenamente sem qualquer retaliação, seja moral, seja física, seja psíquica. E, por tal razão, inaugura-se o tópico acerca do Estado Laico tentando situá-lo dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito.

#### 1.4.1 ESTADO LAICO

Existem três formas de relação entre o Estado e a Religião: (1) confusão, (2) união e (3) separação.

A confusão entre o Estado e a Igreja ocorre quando a religião é o Estado e o Estado é a religião como no caso do Vaticano e do Irã em que a própria Constituição determina que o chefe de Estado é a autoridade eclesiástica, trata-se do chamado *Estado teocrático*. A união é quando o Estado faz uma opção por uma religião oficial, como o fez a Constituição Imperial de 1824, trata-se do *Estado confessional*. E a separação entre o Estado e a Igreja constitui o *Estado laico* em que a autoridade estatal não é a mesma pessoa da autoridade religiosa e a Constituição não determina uma religião oficial, permitindo aos cidadãos o livre exercício de sua fé.

O Estado laico, parece, deu sinal de vida como um levante contra os abusos cometidos pela Igreja Católica, no período medieval, através do “Tribunal da Santa Inquisição”. Tal Tribunal surgiu como tentativa de manutenção do poder do clero perante a nobreza e a burguesia dos séculos XII e XIII e tinha por fim a perseguição e condenação dos hereges – todos aqueles que contrariassem os dogmas da Igreja Católica –, os quais eram considerados bruxos<sup>53</sup>.

Em contestação à doutrina da Santa Inquisição surgiram o luteranismo e o calvinismo, onde se enxergam rumores que levaram à separação entre o Estado e a Igreja. O luteranismo consistia nas ideias de Martin Lutero, um padre agostiniano, que afixou na porta da Igreja de Wittenberg as 95 teses, dentre elas estavam as da falibilidade do papa e rejeição das suas ambições, a sustentação da criação de igrejas nacionais e o fim do celibato eclesiástico. O calvinismo, doutrina de João Calvino, pregava a separação entre o Estado e a Igreja, a organização de uma sociedade balizada em princípios cristãos e o consistório – órgão que visava manter a disciplina religiosa e moral do povo<sup>54</sup>.

Mas, a origem do Estado laico está no racionalismo burguês, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto “o Estado burguês era fundamentalmente *laico*, desde que não admitia qualquer tipo de relacionamento entre a sociedade

---

<sup>53</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Obra citada. p. 23.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 23-24.

política estatal e segmento religioso”<sup>55</sup>. A menção a Deus no preâmbulo da Constituição de 1988 e a aposição de crucifixos em órgãos públicos denota que o Estado Brasileiro não é assim tão laico, na opinião de Manoel Jorge e Silva Neto<sup>56</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 389/MG<sup>57</sup> em que foi agravante o Centro de Educação Religiosa Judaica e agravada a União, o qual tratava da possibilidade de por volta de 20 (vinte) alunos judeus realizarem a prova do ENEM 2009 em data e horário alternativo ao período do *Shabat* (do pôr do sol de sexta-feira ao pôr do sol de sábado), manifestou-se sobre a laicidade estatal no sentido de que “não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização das entidades religiosas.

Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscriita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição”.

No mesmo julgamento, o Ministro pondera que “o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé”<sup>58</sup>.

Isso significa que ao Estado laico não cabe somente um dever de abstenção ou uma omissão no que diz respeito à opção religiosa de cada um e à forma de estruturação das associações religiosas, mas também uma obrigação de propiciar a todos os seus cidadãos o exercício amplo da liberdade religiosa que pode se consubstanciar na facilitação da profanação de determinados credos minoritários<sup>59</sup>.

Deriva da laicidade estatal, o princípio da neutralidade do Estado em face dos segmentos religiosos, de acordo com o art. 19, I, da CF, pois é vedado à

---

<sup>55</sup> Obra citada, p. 26.

<sup>56</sup> Obra citada, p. 2.

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995>>. Acesso: 21 dez. 2011.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> A possibilidade de ações afirmativas para garantir a liberdade religiosa será mais bem explanada no Capítulo IV.

União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal estabelecer cultos religiosos ou igrejas, patrociná-los ou impedir-lhes o funcionamento<sup>60</sup>.

Disto conclui-se que o Estado Laico é aquele que não só permite a liberdade de religião e seus desdobramentos e não interfere nos segmentos religiosos, seja para estabelecer cultos ou igrejas, seja para subvencioná-los ou para impedir-lhes o funcionamento, como também é aquele que fomenta (adoção de comportamentos positivos) o livre exercício da fé por intermédio de mecanismos que facilitem esse exercício, principalmente em relação aos credos considerados minoritários.

Isto posto, passa-se à análise, mais aprofundada, das liberdades de crença, da liberdade de culto e da liberdade de organização religiosa, todos os ramos do direito individual à liberdade religiosa.

#### 1.5 LIBERDADE DE RELIGIÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O art. XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, preceitua que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

No mesmo sentido é o art. 18. 1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença,

---

<sup>60</sup> Sobre a neutralidade estatal em relação aos segmentos religiosos, observem-se as considerações de Manoel Jorge e Silva Neto: “Deveras, quando o art. 19, I, da Constituição salienta que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, significa que o Estado brasileiro está proibido de organizar segmento religioso de qualquer ordem; quando impede subvencioná-los, restringe a destinação de recursos públicos para o fim de manutenção da fé religiosa; ao impedir que o Estado embarace-lhes o funcionamento, implica a proibição de realizar todo e qualquer ato que resulte em restrição à liberdade de crença, culto e, principalmente, no caso, de organização religiosa, salvo regular exercício de poder de polícia; quando, por fim, proscree o dispositivo a manutenção de aliança ou qualquer forma de dependência entre o Estado e os segmentos religiosos ou seus representantes, persegue a Constituição de 1988 a necessária isenção que deve ter a nossa sociedade política relativamente a todas religiões e/ou seitas existentes na atualidade”. Obra citada, p. 125-126.

individual ou coletivamente, tanto pública quanto privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino”.

Nesse espeque, a liberdade de religião possui três desdobramentos: (1º) o da liberdade de crença<sup>61</sup>; (2º) o da liberdade de culto e (3º) o da liberdade de organização religiosa. O primeiro – liberdade de crença – configura-se na escolha, ou na ausência de escolha religiosa, na possibilidade de mudança da religião ou da crença e na possibilidade da descrença. O segundo – liberdade de culto – consubstancia-se na possibilidade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática ou pela observância de sua liturgia. E o terceiro – liberdade de organização religiosa – aparece como a possibilidade de associação para fins religiosos como um dos instrumentos hábeis a explicitar a liberdade de culto coletiva sem interferências estatais indevidas.

A Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 - Resolução 36/55, em seu art. VI, enumera exemplificadamente algumas formas de manifestação do exercício da liberdade religiosa, vejam-se:

- a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins.
- b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas.
- c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção.
- d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas.
- e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins.
- f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições;
- g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção.
- h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção.
- i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional.

---

<sup>61</sup> Observe-se a liberdade de crença é espécie da qual é gênero a liberdade de consciência. A liberdade de consciência seria, assim, o núcleo do qual emanam as demais liberdades de pensamento.

A alínea “h” configura-se como exercício da liberdade de crença; as alíneas “a”, primeira parte, “c”, “d”, “e” e “i” consubstanciam-se em exercício da liberdade de culto; enquanto que as alíneas “a”, parte final, “b”, “f” e “g” demonstram desdobramentos da liberdade organização religiosa. José Afonso da Silva, entretanto, considera como aspecto da liberdade de culto a possibilidade de recebimento de contribuições (alínea “f”)<sup>62</sup>. Mas, o exercício de tais liberdades não é de rol taxativo, mas meramente exemplificativo, por isso segue-se na decomposição das liberdades de crença, de culto e de organização religiosa.

### 1.5.1 Liberdade de Crença

A religião está ligada ao existencialismo, ou seja, à própria existência do ser humano. Está vinculada à busca pela origem humana. De onde viemos? Quem nos criou? E à busca pela afirmação da própria vida. O que estamos fazendo aqui na Terra? Qual é a nossa missão? E à busca pela explicação sobrenatural dos fenômenos da vida. Deus existe? E, enfim, à busca por desvendar os mistérios da morte. Para onde vamos?

Perguntas tão caras ao homem não poderiam ser esquecidas pelo Direito. E, no intuito de tutelar o livre exercício de buscas e respostas espirituais ou não, é que se protege o direito de crer e o direito de não crer no sobrenatural porque há quem julgue desnecessárias respostas espirituais para os anseios humanos, mas estes também se encontram protegidos pela liberdade de não ter religião alguma ou de não acreditar no sobrenatural.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, a insegurança humana pode ser reputada como causa eficiente do surgimento da religião<sup>63</sup>.

A religião também é vista como fuga ou válvula de escape para o sofrimento humano. São as preocupações com os fatos da vida, o medo e a incerteza que fazem o homem buscar na religião e em Deus a força para a transposição e o entendimento das coisas que não se veem materialmente falando. No entanto, há quem entenda que a religião é causa de grandes tragédias e fanatismos e opta por buscar uma explicação puramente racional para os anseios humanos.

---

<sup>62</sup> Obra citada, p. 252.

<sup>63</sup> Obra citada, p. 8.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a liberdade de crença configura-se positivamente, quando exercida através da escolha de uma religião, ou da opção de acreditar em uma divindade ou de cultuar até mesmo um objeto, a natureza, o sol, as estrelas ou extraterrestres e negativamente<sup>64</sup>, quando exercida pela decisão de ser agnóstico (somente crer no que é explicável cientificamente), ou de ser ateu (não aceitar a existência divina) ou de ser cético (acreditar na impossibilidade de se conhecer a verdade).

A liberdade de crença é compatível com o Estado Democrático de Direito e pode ser harmônica, desde que haja respeito às limitações constitucionais do seu exercício.

É possível a harmonização social no contexto da liberdade de crença. Empréstase, por paradigma, a família em metáfora ao Estado monárquico. Faz-se, a seguir, uma construção idealista, utópica e em tese. A família é um dos primeiros e dos mais antigos modos de vida em sociedade. A família é um pequeno Estado, onde os pais são o rei e a rainha com poderes iguais, porém limitados às necessidades materiais e emocionais da própria família. A casa é o reino. Os filhos são os príncipes, educados pelos pais para se tornarem reis e rainhas. Neste reino, cada um dos componentes pode torcer por diferentes times de futebol. A rivalidade, certamente, não passará das chacotas, porque cada um respeitará a escolha do outro, embora todos acreditem piamente que o seu time é o melhor. Se o mesmo ocorrer com a religião, certamente a mesma harmonia irá se seguir.

No entanto, muitas vezes a religião dos filhos é imposta pelos pais, diferentemente da escolha do time de futebol que é mais incentivada do que imposta. Mesmo porque se, de repente, o filho resolve mudar de time, dificilmente será punido, recriminado ou expulso de casa. Mas, quando se fala em religião, a tolerância não é, mas deveria ser a mesma. Quanto mais livre o indivíduo for para eleger as suas preferências dentro do reino, mais respeito ele terá pelas preferências dos outros fora do reino. Isso também envolve a auto-realização que é a capacidade humana de escolher livremente um objeto cultural, social, econômico,

---

<sup>64</sup> A Constituição Cubana reconhece, expressamente, a vertente negativa da liberdade religiosa, veja-se: “artículo 55° - El Estado, que reconoce, respeta y garantiza la libertad de conciencia y de religión, reconoce, respeta y garantiza a la vez la libertad de cada ciudadano de cambiar de creencias religiosas o **no tener ninguna**, y a profesar, dentro del respeto a la ley, el culto religioso de su preferencia. La ley regula las relaciones del Estado con las instituciones religiosas”. (grifo nosso) Também o fazem a Constituição da Rússia no art. 18, a Constituição da Ucrânia no art. 35 e a Constituição do Vietnã no art. 70, item 1.

material ou espiritual e conseguir determinar-se de acordo com ele ou alcançá-lo ou, simplesmente, é ter uma meta de vida e cumpri-la. Se a pessoa se comporta de acordo com as vontades do outro, a tendência natural é a revolta e a intolerância<sup>65</sup>.

A liberdade de crença encontra-se ou, deveria encontrar-se, nesse contexto: de eleição de uma crença espiritual ou negação a todas elas e respeito pela escolha ou ausência de escolha dos demais.

O Estado Norte-Americano decidiu, inclusive, que a garantia do livre exercício da liberdade religiosa não estava limitada às crenças compartilhadas por todos os membros da seita religiosa, quando julgou a controvérsia entre *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, no qual um funcionário deixou o emprego para evitar que fosse transferido para o setor responsável pela produção de tanques militares e torres blindadas rotatórias. O Estado negou-lhe o seguro desempregando alegando que ele tinha deixado o emprego voluntariamente, ao que o ex-empregado ingressou com ação judicial argumentando que havia deixado de laborar por convicções religiosas. Mesmo o Estado provando que outro adepto da seita Testemunha de Jeová não eram proibidos de laborar no setor de produção de artigos bélicos, a Corte entendeu a conduta do empregado foi lícita<sup>66</sup>.

Diante disso, percebe-se que a extensão da liberdade de crença vai muito além da escolha de qualquer religião, ela acoberta também o ceticismo, o ateísmo e o agnosticismo, bem como a possibilidade de crer em objetos materiais (anãos, sol, lua, estrela, natureza etc.) e imaterias (duendes, extraterrestres, anjos etc.) e a possibilidade de crer em dogma ou doutrina diferente da professada pelo credo eleito.

---

<sup>65</sup> Manoel Jorge e Silva Neto entende que a causa principal da intolerância religiosa seria a conversão da religiosidade politeísta para monoteísta. De acordo com o autor, para o monoteísmo a adoração de outras divindades é considerada sacrilégio, enquanto para o politeísmo é natural a admissão de deuses ou divindades de outras seitas (obra citada, p. 36-37) com que se discorda com a devida vênua tanto pelos argumentos já trazidos acima na direção de que a imposição da religião, seja pelo Estado, seja pela família ou por qualquer outro fato social é uma das causas da intolerância porque como a pessoa não foi livre para exercer o direito de escolha acaba concluindo que outras pessoas também não o são quanto pelo argumento de que se o problema da tolerância é o de um único Deus com diversas facetas percebido por ângulos diversos sob o prisma das mais variadas religiões, o mesmo problema não existiria quando falamos em filosofia, em política, em Direito porque existem várias correntes para explicar o mesmo fenômeno ou instituto e nem por isso todas são aceitas ou toleradas.

<sup>66</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Obra Citada, p. 53-54.



### 1.5.2 Liberdade de Culto

A liberdade religiosa incluiu o direito de praticar e professar a fé escolhida. A liberdade de culto pode ser exercida de forma individual ou coletiva, seja pela prática, seja pelo ensino ou pela observância dos rituais adotados pela religião professada.

Sendo assim, a liberdade de culto configura-se como espécie da liberdade de manifestação do pensamento, insculpida no art. 5º, IV, da CF que garante a livre manifestação do pensamento, vedando, entretanto, o anonimato.

Dentro do contexto religioso vários são os exemplos em que a liberdade de manifestação do pensamento foi suprimida em nome de fanatismos. Ora, a imposição de um credo viola integralmente a livre manifestação do pensamento. Se uma pessoa é submetida, por meio da força física ou até psicológica, a professar determinada fé, o seu pensamento pode até ser livre para negar dentro de si aquela fé, mas a manifestação dele jamais o será, enquanto estiver sob o jugo do medo e do terror.

Segundo José Afonso da Silva a liberdade de culto “se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida”<sup>67</sup>.

Assim, a liberdade individual de culto pode ser observada nas práticas de orar ou rezar; ouvir hinos ou músicas; ler a Bíblia ou livros relacionados à religião; manifestar os dogmas da religião adotada, entre outras manifestações realizadas para si próprio. Normalmente, tais práticas são realizadas na casa (no sentido de residência) do indivíduo. Já a liberdade coletiva de culto é aquela que na maioria das vezes é exercida nas igrejas ou casas de oração e se compreende no exercício das práticas acima citadas em comunhão com os demais membros da denominação religiosa e/ou com aqueles que se interessam pela liturgia de determinado credo, mas não são seus seguidores.

Deve-se ressaltar que o art. 5º, VI, da CF, quanto ao livre exercício dos cultos religiosos pode ser decomposto em duas partes, de acordo com José Afonso da Silva<sup>68</sup>, a primeira delas assegura o livre exercício do culto sem

---

<sup>67</sup> Obra citada, p. 252.

<sup>68</sup> Obra citada, p. 253.

condicionamento ou ingerências estatais. A segunda protege os locais de culto e suas liturgias, na forma da lei.

Nesse diapasão, conclui-se que a liberdade de culto é uma das vertentes da livre manifestação do pensamento e se exterioriza pela prática, individual ou coletiva, dos dogmas professados pela religião eleita sem condicionamentos estatais e pela proteção aos locais de culto e suas liturgias. Para que o livre exercício ao culto seja efetivo, faz-se necessário, também, que haja liberdade na organização religiosa.

### 1.5.3 Liberdade de Organização Religiosa

A liberdade de organização religiosa diz respeito à “possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”, nos dizeres de José Afonso da Silva<sup>69</sup>. Para o autor, há quatro enfoques sob os quais a liberdade de organização religiosa é emanada da Constituição Federal:

(a) *Separação e colaboração*: art. 19, I, da CF. Conforme já explanada, a extensão deste dispositivo se revela na medida em que o Estado não pode criar religiões ou seitas, não pode destinar recursos às igrejas, nem tampouco restringir, dificultar, impedir ou limitar a prática de atos religiosos; mas pode, na forma da lei, estabelecer cooperação de interesse público com as igrejas.

(b) *Assistência religiosa*: art. 5º, VII, da CF. Assegura a prestação de auxílio religioso nas entidades civis e militares de internação coletiva.

(c) *Ensino religioso*: art. 210, § 1º, da CF. Faculta a inserção do ensino religioso nas escolas de educação privada e insere o ensino religioso no currículo das escolas públicas durante o ensino fundamental, porém concede isenção de matrícula ao aluno que não quiser participar das aulas religiosas.

(d) *Casamento religioso*: art. 266, §§ 1º e 2º, da CF. Atribuem-se, na forma da lei, efeitos civis ao casamento perante a autoridade eclesiástica.

Sobre o tema, traz-se à colação a ADIn 2.806-5, do Rio Grande do Sul, em que se contestou a constitucionalidade da lei nº 11.830, de 16.09.2002, do Estado do RS, a qual estabelecia a possibilidade de prestação de concursos públicos, a realização de provas e trabalhos nas escolas públicas e privadas e aos

---

<sup>69</sup> Obra citada, p. 253.

servidores estaduais de realizar suas atribuições com respeito às suas crenças religiosas, propiciando a observação dos dias de guarda e de descanso, celebração de festas e cerimônias em conformidade com a doutrina de sua religião ou convicção religiosa.

Trata-se da relação do Estado com a Igreja, ou seja, da liberdade de organização religiosa. E, nesse ponto, acertadamente o Supremo decidiu que é impossível subordinar o andamento da administração pública aos “dias de guarda” religiosos. Transcreve-se o sucinto, porém incontestável voto do Min. Sepúlveda Pertence:

Pergunto: seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos “dias de guarda” religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz os seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violado, no caso, princípios substanciais, a partir do ‘due process’ substancial e do caráter laico da República. Deixo claro que também julgo a lei materialmente inconstitucional.

Destarte, resta claro que embora o Estado não possa se imiscuir na organização das diversas denominações religiosas, também não lhe é possível submeter o exercício de algumas liberdades públicas e o próprio funcionamento da administração pública aos ditames estabelecidos dentro desta liberdade de organização religiosa, como no caso dos dias de guarda e de descanso por motivos de crença religiosa.

## 1.6 ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

A escusa de consciência é “conhecida como o direito fundamental destinado a exigir do Estado a possibilidade de cumprimento de obrigação alternativa àquela imposta a todos em virtude de convicção pessoal”, nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto<sup>70</sup>.

É certo que não importa a natureza da convicção ou da crença destinada a materializar a objeção de consciência; relevante é que o motivo apresentado para deixar de cumprir a obrigação a todos imposta seja sincero e

---

<sup>70</sup> Obra citada, p. 53-54.

ocupe lugar significativo na vida pessoal, é a leitura que Manoel Jorge e Silva Neto faz da decisão da Suprema Corte Americana no caso *United States v. Seeger*, 380 US 163, 185 S. Ct. 850, 863-864, 13 L. Ed. 2d. (1965)<sup>71</sup>.

A escusa de consciência está insculpida no art. 5º, VIII, da CF o qual preceitua 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”.

Também se pode encontrar a escusa de consciência no art. 143, § 1º, da CF, assim redigido: “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, depois de alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”.

O instituto consagra assim, alternativo para aqueles que em razão de credo religioso ou convicção política ou filosófica se escusem de cumprir obrigação a todos imposta indistintamente como é o caso de convocação de jurado para o Tribunal do Júri<sup>72</sup>, de participação como mesário nas eleições<sup>73</sup>, a negativa de

<sup>71</sup> Obra citada, p. 54: “Foi o ocorrido em *United States v. Seeger*, 380 US 163, 185 S. Ct. 850, 863-864, 13 L. Ed. 2d. (1965), quando foi decidido pela Corte que ‘persons ought to have a sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by God’, ou seja, que as pessoas deveriam possuir uma crença sincera e significativa que ocupe na vida do indivíduo um lugar paralelo àquele preenchido por Deus”.

“Logo, nesse caso, o que ficou assentado foi que pouco importava a natureza da convicção ou da crença destinada a materializar a objeção de consciência; verdadeiramente relevante era que o motivo apresentado para deixar de cumprir a obrigação a todos imposta fosse sincero e ocupasse significativo papel na vida da pessoa”.

<sup>72</sup> Veja-se, a esse respeito, o art. 438, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008: “A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. § 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. § 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

<sup>73</sup> REC - RECURSO CIVEL nº 25780 - São Paulo/SP Acórdão nº 157246 de 19/09/2006 Relator(a) EDUARDO AUGUSTO MUYLAERT ANTUNES Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 26/09/2006, Página 175

**Ementa:** RECURSO CÍVEL. PEDIDO DE DISPENSA DE TRABALHOS ELEITORAIS NO DIA 1º DE OUTUBRO, DIA DO “YOM KIPUR”. **OBRIÇÃO LEGAL QUE COMPORTA EXCEÇÕES. DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS E SUA LITURGIA, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.** PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

**Decisão:** DERAM PROVIMENTO AO RECURSO CONTRA OS VOTOS DOS JUÍZES NUEVO CAMPOS E PAULO ALCIDES.

**Indexação:** trabalho, mesário, ausência, caracterização, obrigação legal, imposição, pessoal; código eleitoral, estabelecimento, critérios, seleção, mesário; eleitor, possibilidade, solicitação, dispensa; necessidade, apresentação, justificativa, razoabilidade, recurso, provimento.

vivisseção de animais nas universidades<sup>74</sup>, alistamento eleitoral<sup>75</sup> ou na convocação do serviço militar de caráter obrigatório<sup>76</sup>. A escusa de consciência é corolário da

MS - MANDADO DE SEGURANÇA nº 2460 - São Paulo/SP Acórdão nº 157468 de 19/10/2006  
Relator(a) WALDIR SEBASTIÃO DE NUEVO CAMPOS JÚNIOR Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 26/10/2006, Página 245

**Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DE PLEITO DE DISPENSA DE CONVOCAÇÃO ELEITORAL - PARTICIPAÇÃO EM CULTO RELIGIOSO - **ESCUSA DE CONSCIÊNCIA - LIVRE EXERCÍCIO DE CULTO RELIGIOSO - LIMINAR DEFERIDA** - TRANSCURSO DO PLEITO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DECORRENTE DE FATO SUPERVENIENTE - REGULARIDADE DOS ATOS PRATICADOS DURANTE A VIGÊNCIA DA LIMINAR - RES. TSE 22.411 - EXTINÇÃO DO FEITO COM OBSERVAÇÃO.

**Decisão:** JULGARAM PREJUDICADO, COM RESSALVAS. V.U.

**Indexação:** Inexistência, interesse de agir, perda do objeto, ocorrência, eleição, extinção, feito, ausência, julgamento, mérito, existência, Resolução, (TSE), disciplina, matéria, existência, liminar, dispensa, mesário, dia, eleição, legalidade, ato, falta, mesário, vigência, liminar

**Referência Legislativa:** Leg.: Federal Resolução Do Tribunal Superior Eleitoral Nº: 22411 Ano: 2006  
Leg.: Federal Lei Ordinária Nº.: 5869 Ano: 1973 (Cpc - Código De Processo Civil) Art.: 267 - Inc.: VI  
Leg.: Federal Constituição Federal Nº.: 1988 Ano: 1988 (Cfd – Constituição Federal Democrática)  
Art.: 5 - Inc.: VI Art.: 5 - Inc.: VIII

<sup>74</sup> **Data da publicação:** 06/05/2009 **Jornal:** Diário Oficial do Rio de Janeiro **Caderno:** Diário Oficial do Rio de Janeiro - Poder Judiciário - Seção I Federal **Página:** 00021 **Local:** Justiça Federal. Varas Federais da Capital. VARAS CÍVEIS 11ª VARA FEDERAL. 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro  
**Publicação:** Boletim n.º 2009 000281. Expediente do dia 04/05/2009. FICAM INTIMADAS AS PARTES E SEUS ADVOGADOS DAS SENTENÇAS/ DECISOES/ DESPACHOS NOS AUTOS ABAIXO RELACIONADOS PROFERIDOS PELO MM. JUIZ FEDERAL ADRIANO SALDANHA GOMES DE OLIVEIRA. Processo n.º 2009.51.01.009236-6. JULIANA ITABAIANA DE OLIVEIRA XAVIER (Adv. DANIEL BRAGA LOURENCO) x UFRJ-UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. DECISAO JULIANA ITABAIANA DE OLIVEIRA XAVIER propõe ação sob o rito ordinário em face de UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ em que requer a concessão de tutela antecipada que determine a ré que efetive sua inscrição na disciplina "ZOO III" e nas disciplinas supervenientes a que vier ascender pelas aprovações no curso, sendo-lhe assegurada a dispensa das aulas praticas que façam uso de animais, inclusive nas atividades de pesquisa de campo que envolvam lesão ou sacrifício de animais, adotando-se, em substituição, método alternativo de avaliação da demandante para fins de aprovação. Procuração e documentos as fls. 33/258. E o relatório. Decido. **A prática de vivisseção com finalidade anatômica é reprovável, embora essa afirmação não conduza necessariamente à existência de crime ambiental. De todo modo, o que parece fora de dúvida e que o inciso VIII do art. 5º da CRFB assegura a liberdade de convicção filosófica, não sendo possível, por força desta disposição, que a ré obrigue a Autora a participar de tais praticas em oposição a sua convicção filosófica, se ela opta por realizar o respectivo aprendizado anatômico por método alternativo.** Isto posto, ressalvada a obrigação de a Autora realizar aulas ou avaliações praticas de vivisseção somente quando estas tiverem finalidade preponderantemente curativa, defiro a liminar nos termos requeridos na alínea "a" do parágrafo 97 (fl. 28). Intime-se a ré para cumprimento. Cite-se.

<sup>75</sup> A prestação alternância para o caso de não alistamento eleitoral está prevista no art. 8º do Código Eleitoral como sendo uma multa pecuniária, veja-se: "Art. 8º O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o valor do salário-mínimo da região, imposta pelo juiz e cobrada no ato da inscrição eleitoral através de selo federal inutilizado no próprio requerimento".

<sup>76</sup> Acórdão Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL Processo; 2008.71.02.000356-3 UF: RS Data da Decisão: 13/04/2011 Órgão Julgador: QUARTA TURMA Fonte: D.E. 9/04/2011 Relatora: MARGA INGE BARTH TESSLER Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos de apelação e não conhecer do agravo retido, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. LEGITIMIDADE. SERVIÇO MILITAR. **IMPERATIVO DE CONSCIÊNCIA.** EFEITOS DA SENTENÇA. 1. Com a exclusão liminar do Ministério Público Militar, há risco de lesão

liberdade religiosa e se configura em avanço democrático ao livre exercício da crença, mas sem tornar esta liberdade tão ampla ao ponto de ser utilizada de forma transversa ou abusiva e, por isso, estatui uma obrigação alternativa àquela exigida primordialmente.

### 1.7 LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE RELIGIOSA

Pode-se dizer, de maneira simples, que os limites à liberdade religiosa encontram-se na própria Constituição, ou seja, é a própria Carta Magna quem vai estabelecer a linha de demarcação da liberdade religiosa e tais limites visam contrabalançar o direito de crença, que não é absoluto. Aliás, não há direitos absolutos, nem mesmo os direitos fundamentais são inquestionáveis. Demonstrem-se tais colocações através da contraposição entre a liberdade religiosa e o direito à vida, entre a liberdade religiosa e a dignidade humana, entre a liberdade religiosa e o princípio da isonomia, entre a liberdade religiosa e o direito ao sossego e entre a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento.

No primeiro caso, quando se sopesam a liberdade religiosa e a vida, acredita-se que o valor vida deve prevalecer. Particularmente, entende-se que o valor vida é antecessor a qualquer outro valor constitucional, pois sem o primeiro todos os outros perdem o sentido. Para se ter dignidade, liberdade, segurança e igualdade é preciso, antes de qualquer coisa, estar vivo. Nesses casos – em que a vida está ameaçada pela liberdade religiosa – o Estado não só pode como deve agir. Exemplos em que o Estado deve intervir na liberdade religiosa são quando as seitas pregam o suicídio ou matam crianças em rituais macabros, exercendo sobre seus

---

grave à ordem administrativa e ao postulado da cooperação que deve nortear a atuação das autoridades públicas. 2. A cooperação de ambos órgãos ministeriais é relevante para os objetivos perseguidos, da necessidade de divulgar e conscientizar sobre **o direito de escusa de consciência do serviço militar obrigatório, com a determinação a atribuição de serviço alternativo, com vistas a prevenção do crime de deserção.** 3. Pode o Ministério Público Militar ser litisconsorte ativo facultativo do Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal, tendo em vista a especificidade de sua atuação na seara militar. 4. **Os mais de vinte anos de vigência da regra da escusa de consciência sem a devida implementação, bem como a ausência de informação clara pelos órgãos responsáveis a respeito do direito, recomendam a parcial acolhimento da ação civil pública proposta.** 5. Na forma da jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, "a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97" (EREsp 411529/SP, Segunda Seção, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010).

fiéis uma manipulação psicológica, considerada por muitos como uma “lavagem cerebral”, vejam-se casos brasileiros adaptados sob a visão de MARTINEZ<sup>77</sup>:

1977 – José Maurino Carvalho e Maria Nilza Oliveira Pessoa foram considerados os mentores do assassinato de 8 crianças em 30 de abril de 1977 na praia de Stella Maris, no caso que ficou conhecido como "Caso Matota e Marata". Eles eram líderes da "Igreja Universal Assembleia dos Santos". A seita pregava o abandono de "obrigações mundanas" como o casamento civil e o voto. O líder dizia ainda que Jesus havia ordenado as mortes.

[...]“1992 - O pai-de-santo Osvaldo Marcineiro, 43 anos, e o pintor Vicente de Paula Ferreira, 54 anos, foram condenados pelo júri popular por homicídio triplamente qualificado e por sequestro, segundo informações da Globonews. Os dois eram acusados de ter matado o garoto Evandro Ramos Caetano, 6 anos, em um ritual de magia negra em 1992 na cidade de Guaratuba, no Paraná”.

[...]1998 - Em 27 de Dezembro de 1998 o pastor da seita "Igreja Pentecostal Unida do Brasil", no Acre, foi preso. Ele era acusado de incentivar os pais a matar seus filhos. As pessoas eram mortas sempre a pauladas e depois tinham os corpos carbonizados, inclusive 3 crianças num total de 6 vítimas. A seita tinha cerca de 100 adeptos. O pastor alegava ter recebido mensagem de Jesus para consumir a execução (O Estado de São Paulo 26/11/1998)”.

[...] “2003 - Foi presa pela polícia a vidente Valentina de Andrade, mentora de uma seita ufológica conhecida como Delineamento Universal Superior. Ela e mais cinco membros foram acusados de sequestrar, torturar, castrar e matar cinco crianças em Altamira, no Pará, entre 1989 e 1993 em rituais de magia negra. Valentina e o marido, que é argentino, diziam ouvir vozes de Ets que profetizavam o fim do mundo dizendo que só os adeptos da seita se salvariam, resgatados por naves espaciais”.

Ora, a liberdade religiosa não pode servir de escudo para encobrir crimes, depravações, deturpações e desequilíbrios. O Estado deve intervir para coibir que mortes, principalmente a de crianças, aconteçam. A liberdade religiosa não justifica assassinatos. A vida é um dos limites constitucionais à liberdade religiosa. Se uma igreja ou seita religiosa possui como um de seus mandamentos o suicídio individual ou coletivo ou a morte de crianças ou adultos, o Estado, seja por intermédio da polícia ou por intermédio do Ministério Público, pode e deve investigar tal liturgia e, com certeza, tomar medidas para dissolvê-la em prol da segurança coletiva.

Outro limite constitucional à liberdade religiosa é a dignidade humana. Assim, seitas ou igrejas que preguem castigos físicos, psicológicos ou penitências humilhantes, vexatórias ou degradantes também devem ser passíveis de

<sup>77</sup> MARTINEZ, João Flávio. *A face do terror sob a ditadura das seitas*. 2007. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/estudos/artigo.aspx?lng=PT-BR&article=937&menu=7&submenu=4>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

controle – não a igreja ou a seita em si – mas as práticas que desrespeitem a dignidade humana. Pode-se citar como exemplo a Santa Inquisição, doutrina da Igreja Católica praticada durante a Idade Média, criada para combater “heresias”, onde o condenado muitas vezes era acusado de “crise da fé” e responsabilizado por mazelas sociais. As penas variavam desde perda de bens, perda da liberdade, tortura e até a morte em fogueiras.

Outro exemplo, hipotético, seria o caso dos pais pertencerem a determinada religião e obrigarem ou coagirem o filho – criança, adolescente ou maior – a jejuarem juntamente com eles. Todo e qualquer jejum tem que ser de livre e espontânea vontade, sob pena de configurar uma grave violação à dignidade daquele que é forçado a jejuar.

Também podem ser consideradas seitas que atentam contra a dignidade humana aquelas que pregam a clitoridectomia, isto é, a mutilação do clitóris. Como já se disse, a liberdade religiosa tem limites e o limite é o próprio ser humano, tudo aquilo que lesione a sua dignidade deve ser coibido pelo Estado, afinal o art. 1º, III, da CF constitui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana; o art. 4º, II, por sua vez, determina a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais da República; o art. 5º, III preceitua que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante e o art. 5º, XLVII, “e” preconiza que não haverá penas cruéis.

As mulheres não podem ter parte de seus corpos decepados sob uma justificativa religiosa ou cultural, pelo menos não dentro de um Estado Democrático de Direito. Outra afronta à dignidade da mulher, pelo menos na visão ocidental, é a obrigatoriedade do uso da burca no Estado Islâmico. No mundo ocidental, o modo como as pessoas se vestem no meio social, principalmente as mulheres, é algo que pode até ter reprovação moral, mas não estatal. O uso obrigatório da burca fere a liberdade e a dignidade das mulheres, ao menos numa visão ocidental sobre o assunto. A tortura, castigos físicos ou psicológicos não estão protegidos pela liberdade de crença.

Recentemente, foram divulgados vídeos no youtube em que Samuel Brinton relata as torturas que sofreu por parte de sua família, principalmente por



seus pais – fanáticos religiosos –, em razão da sua homossexualidade<sup>78 79</sup>, veja-se a notícia<sup>80</sup>:

Jovem gay é torturado por pai religioso para "curar" homossexualidade  
Por Redação em 07/10/2011 às 19h33

"Foi divulgado esta semana um vídeo do projeto "I'm From Driftwood", que percorre vários estados do EUA para coletar histórias de homossexuais que ainda são mantidas à margem da sociedade, com o depoimento de Samuel Brinton.

No vídeo, Brinton relata as torturas que seu pai lhe infligiu para deixar de ser gay. Segundo ele, o pai, que é missionário da Igreja Batista, o queimou, espancou e deu choques com correntes elétricas.

Brinton contou que sua família, que vive em uma base missionária em Iowa, percebeu que ele era gay aos 12 anos. Em dada ocasião, o jovem disse ao pai que se sentia mais atraído por um amigo do que pelas modelos da revista "Playboy". O pai, então, o espancou e ele teve que ser internado por conta dos ferimentos.

O rapaz também relatou que seu pai lhe disse que ele era o único gay existente e que se o governo descobrisse a sua orientação sexual, iria assassiná-lo. Brinton já foi hospitalizado seis vezes por conta das sessões de tortura que o seu pai lhe obrigava a passar. Aos médicos, o pai sempre dizia que ele havia sofrido algum tipo de acidente.

Várias foram as formas de tortura que Samuel Brinton sofreu. Entre elas, cubos de gelo eram colocados sobre o seu órgão genital, enquanto imagens de homens eram mostradas; agulhas eram colocadas embaixo de sua unha e emitiam choques quando Samuel se excitava com as imagens de homens fazendo sexo. A intenção do pai era fazer com que o filho ligasse a atração por homens à dor.

Nos piores momentos, Brinton conta que pensou em se matar. Em certa ocasião, decidiu se jogar de um prédio de três andares. A sua mãe, ao tentar dissuadi-lo da ideia, disse que se ele "virasse" heterossexual ela voltaria a amá-lo.

O jovem fingiu por um tempo que era heterossexual e os seus pais o aceitaram. Quando entrou na universidade contou a verdade para os seus pais, desde então, nunca mais se falaram. Brinton diz que a oportunidade deles se redimirem e pedirem desculpas está aberta e que ele aceitaria".

A liberdade religiosa de um indivíduo termina nele mesmo. Somente ele pode se obrigar a crer em algo ou a se determinar de acordo com certo mandamento religioso. Ultrapassar a esfera individual e impor aos filhos, aos parentes, aos amigos ou a quem quer que seja a sua própria crença não é liberdade, mas sim opressão. Ser livre é determinar as suas escolhas dentro do seio social. É impossível uma liberdade individual plena, por isso as propriedades são separadas por muros, por isso as pessoas andam vestidas pelas ruas, por isso as pessoas

<sup>78</sup> BRINTON, Sam. *I'm From Perry, IA. Part 1 - True LGBT Stories.* (Parte I). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=usGKHdC19Mo>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

<sup>79</sup> BRINTON, Sam. *I'm From Perry, IA. Part 1 - True LGBT Stories.* (Parte II). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=15M-BIUUc5k&feature=relmfu>>. Acesso em: 22 dez. 2011

<sup>80</sup> ACAPA. *Jovem gay é torturado por pai religioso para "curar" homossexualidade.* Disponível em: <<http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/jovem-gay-e-torturado-por-pai-religioso-para-curar-homossexualidade/2/13/14936>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

escolhem em que crer ou em que não crer para elas mesmas, por isso um pai não pode impor a um filho que este acredite nos preceitos religiosos dele e também por isso um empregador não pode entender que a sua opção religiosa é melhor do que a de seu empregado.

Ponderando-se a liberdade religiosa e o princípio da isonomia, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça manifestaram-se na direção de que determinados grupos religiosos não podem utilizar-se de sua liturgia, sob a alegação da liberdade religiosa, para se favorecerem em situações em que a desigualação não se justifique, tais como a realização de provas e concursos públicos em horários alternativos aos dos demais candidatos que professem outros credos, vejam-se:

STA 389 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) Julgamento: 03/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135 Parte(s) AGTE.(S): CENTRO DE EDUCAÇÃO RELIGIOSA JUDAICA ADV.(A/S): ARI MARCELO SOLON AGDO.(A/S): UNIÃO ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que **a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso** 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido. (grifo nosso)

Processo RMS 22825 / RO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0214444-4 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 26/06/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 13/08/2007 p. 390 Ementa RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A liminar foi deferida quando a recorrente, por ter deixado de realizar o teste de aptidão física na data prevista em edital de convocação, já estava eliminada do certame. Ao ser cassada pelo e. Tribunal a quo, quando do julgamento final do mandamus, a recorrente voltou à situação anterior de

candidato eliminado do concurso, razão por que não poderia prosseguir no certame.

**II - O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa.** Precedente. Recurso ordinário desprovido. (grifo nosso)

Também constitui importante limitação constitucional à liberdade religiosa o direito ao sossego. É certo que muitos cultos religiosos realizam-se durante a noite, mesmo porque muitos fiéis durante o dia laboram. Entretanto, a vizinhança, algumas vezes, pode ter perturbado o seu sossego em razão da liturgia. Nesses casos, ambos os direitos são importantes e devem ser sopesados. Uma solução viável é o isolamento acústico do local do culto para evitar a propagação do barulho. O Superior Tribunal de Justiça já conheceu e julgou caso em que uma igreja de uma pequena cidade do interior utilizava de sistema de som para regularmente transmitir mensagens aos fiéis, o que incomodou um dos moradores vizinhos à paróquia, o qual recorreu ao Judiciário pedindo indenização por danos morais e condenação em obrigação de fazer consistente na retirada dos alto-falantes acoplados à torre da igreja. Em primeiro grau, os pedidos foram julgados improcedentes. Em segundo grau, determinou-se a retirada dos alto-falantes e se condenou a igreja à indenização pelo dano moral no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). A condenação por danos morais foi excluída pelo STJ, veja-se:

Processo REsp 951868 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0101431-8  
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 -  
TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 13/11/2008 Data da  
Publicação/Fonte DJe 06/05/2009

Ementa: Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação cominatória de obrigação de fazer, cumulada com pedido de compensação por danos morais. **Alegação de perturbação do sossego em face de avisos sonoros de caráter religioso emitidos pela ré.** Análise do conjunto probatório que aponta para a ausência de dano moral.

- Em pequena cidade do interior, o pároco instalou sistema de som na torre da igreja por meio do qual, a intervalos regulares, transmitia mensagens religiosas aos fiéis. Muito embora a comunidade tenha se manifestado nos autos de forma incontestada no sentido de que inexistia qualquer incômodo causado pela transmissão, o autor, proprietário de residência de descanso nas cercanias, pleiteou compensação por danos morais porque a atitude do pároco era de seu desagrado.

- Inicialmente, analisou-se o conjunto probatório dos autos de forma objetiva, e nesse sentido a análise das provas levava à conclusão pela improcedência do pedido. O acórdão, porém, foi adiante e passou a contrariar as premissas objetivas por ele mesmo estabelecidas para, com base em ilações de caráter subjetivo semelhantes às formuladas pelo autor, julgar procedente o pedido.

- Sem que haja qualquer reexame de provas, portanto, é possível reconhecer a inexistência de dano moral na hipótese.  
Recurso especial provido.

Nesse contexto, percebe-se que tanto a liberdade religiosa é fundamental para a vida em sociedade quanto o direito à paz, ao descanso e ao sossego dentro dos lares. Resta demonstrado que não há valores absolutos.

Outro sopesamento que se faz é entre a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento. Embora, ambas as garantias constitucionais estejam intimamente relacionadas porque quem tem direito de professar uma fé tem o mesmo direito de se manifestar sobre essa fé, é certo que existe um liame que esbarra na liberdade alheia. Uma coisa é a manifestação da crença em algo que se julga bom, correto e sublime; outra coisa é querer que todos entendam aquilo como bom, correto e sublime. Conceitos subjetivos dificilmente alcançam universalidade. Para fins comparativos, apresenta-se julgado do Supremo Tribunal Federal que pode ser considerado analogicamente para a finalidade proposta: demonstrar que a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento devem conviver harmonicamente, uma limitando a outra. Trata-se de decisão em que o Tribunal limitou a liberdade de expressão do autor de um livro racista e antissemita por considerar que um direito individual não pode salvaguardar condutas ilícitas:

HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524 Parte(s) PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER IMPTES.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Ementa HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, **cientificamente não existem distinções entre os homens**, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. **Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.** 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por

sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que **implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade**, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, **credo**, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da**

**igualdade jurídica.** 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoo sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (grifo nosso)

Se na essência todos são iguais, como afirmou o STF, as escolhas religiosas de todos merecem o mesmo grau de respeitabilidade, portanto, pois em termos de opções quanto à crença é difícil precisar o que é certo ou errado porque não há provas científicas capazes de criar teorias universalizantes no que diz respeito ao sobrenatural. Não é matemático, muito menos exato, os caminhos que a mente humana percorre até crer ou não crer em algo espiritual. Somente a experiência individual de cada um pode representar algo quando se fala em escolha da religião. Não há genética, biologia, sociologia ou qualquer outra ciência que explique a religiosidade de cada pessoa. Algumas a explicam, mas de forma geral ou histórica.

O certo é que, mesmo sendo a preferência religiosa algo que deva ser respeitado por todos, ela não pode encobrir fatos ilícitos ou servir de desculpa para matar, para ferir a dignidade de alguém, para escrever ou dizer o que bem entender ou para ocupar lugar privilegiado sem que haja critério que o justifique, por isso mesmo existem os limites constitucionais à liberdade religiosa, dos quais decorre a teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais.

### 1.7.1 Teoria dos Limites Imanentes aos Direitos Fundamentais

A teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais seria uma derivação dos limites constitucionais ao exercício das liberdades públicas ou, até mesmo, outro nome para a conhecida técnica de ponderação dos valores ainda chamada de técnica de sopesamento dos interesses ou dos princípios, a ser tratada no Capítulo III.

Especificamente, quanto ao direito fundamental à liberdade de religião, a teoria dos limites imanentes está respaldada na Declaração sobre a

Eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, em seu art. I, § 3º, o qual preceitua que:

A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública **ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais** (grifo nosso)

Tal teoria assenta-se na premissa de que não há direitos fundamentais absolutos. Os direitos fundamentais aplicam-se numa dimensão de “peso” ou “valor”, isto significa que, numa situação concreta, há prevalência de um direito fundamental em face de outro quando há colisão entre eles; ponderam-se ou harmonizam-se os direitos de forma que haja a menor mitigação possível do direito fundamental que não prevaleceu afim de não atingir seu núcleo essencial.

Nas palavras de Silva Neto<sup>81</sup>

A teoria dos limites imanentes expressa a ideia de que o direito fundamental, malgrado não tenha sido objeto de explícita restrição no texto constitucional, poderá ser limitado pelo legislador ou mesmo pelo aplicador do direito quando da realização da atividade judicante.

Nessa esteira, a teoria dos limites imanentes destina-se não só ao aplicador da norma, quando em contato com colisão de direitos fundamentais, mas também ao legislador ordinário que somente poderá limitar a eficácia de direitos fundamentais, insculpidos em norma de eficácia limitada ou restringível, de forma proporcional, sem retirar-lhes o seu núcleo essencial, sob pena de comprometer o próprio direito.

Explica-se. O art. 5º, VI, da CF protege os locais de culto e a suas liturgias, na forma da lei, mas também garante o livre exercício dos cultos religiosos. A lei ordinária, desse modo, pode limitar os locais de culto a determinadas regiões das cidades como, por exemplo, zonas comerciais, afim de que a poluição sonora não incomode o sossego daqueles que residem no entorno do templo; entretanto, não pode a lei determinar que os locais de culto sejam construídos somente em zonas afastadas da área central da cidade e desprovidas de transporte coletivo regular, sob pena de inviabilizar o próprio direito ao culto.

---

<sup>81</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011. p. 61.

O art. 5º, VII assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Nesse mesmo caminho, a lei ordinária pode restringir a prestação da assistência religiosa aos acampamentos dos militares quando houver guerra com vistas a proteger a integridade física dos eclesiásticos, mas não pode estabelecer qual será a denominação religiosa apta a prestar tal assistência, sob pena de tornar ineficaz a própria assistência religiosa daqueles que não professem a fé privilegiada pela lei.

Também o art. 5º, VIII traz norma de eficácia restringível que estabelece a escusa de consciência com a possibilidade do cumprimento de prestação alternativa, fixada em lei. Ora, se a prestação alternativa for mais penosa àquele que se utiliza da escusa em termos religiosos, filosóficos ou políticos, o próprio direito perde a sua razão de ser.

Nesse compasso, conclui-se que a teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais também se impõe à liberdade religiosa. O legislador e o aplicador do direito podem limitar ou restringir a liberdade religiosa, no entanto sem lhe afetar o núcleo essencial, sob pena de inviabilizar o próprio exercício desse importante direito fundamental do cidadão.

## 1.8 CONCLUSÕES

A intolerância religiosa é, hodiernamente, causa de grandes conflitos internacionais e fator limitante para a consecução da paz mundial.

A liberdade de escolha da religião é um direito fundamental que mitiga as consequências nefrágicas da intolerância religiosa.

Nacionalmente, a plena liberdade religiosa vigorou somente na Constituição de 1924 e vigora, atualmente, na Constituição Federal de 1988. Na Constituição do Império de 1891, a liberdade religiosa plena era direito conferido apenas aos católicos. Nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, a liberdade religiosa era restringida pelos conceitos indeterminados de “ordem pública” e de “bons costumes”.

A Constituição de 1988 consagra a liberdade de escolha de religião com três desdobramentos: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa, além de assegurar a prestação religiosa nos estabelecimentos civis e militares de internação coletiva e permitir o imperativo de consciência.



A violação da liberdade religiosa implica na violação da dignidade da pessoa, pois um indivíduo impedido de professar a sua fé ou discriminado por professá-la acaba sendo desvalorizado como pessoa por crer no que crê ou por acreditar no que acredita.

O Estado Democrático de Direito deve assegurar aos seus cidadãos não só a possibilidade de titularizar direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos. O Estado deve proporcionar uma vida minimamente digna aos seus habitantes.

A democracia exige não só o respeito à vontade da maioria, como também a possibilidade de participação e proteção das minorias.

O Estado Democrático de Direito deve ser laico e/ou proteger a plena liberdade religiosa. O Estado laico é aquele que não adota religião oficial e se encontra separado da Igreja na medida em que as figuras políticas e eclesiásticas são distintas.

A laicidade estatal apresenta-se na forma de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso, nas palavras de Gilmar Mendes, sendo que isso não representa indiferença estatal com tal fenômeno, pois o Estado pode adotar comportamentos positivos para proteger a liberdade religiosa das minorias.

A liberdade de crença, uma das vertentes da liberdade religiosa, abrange não só a possibilidade de escolha ou mudança de credo, como também a de crer em objetos materiais e imateriais, do ateísmo, do agnosticismo e do ceticismo.

A liberdade de culto exterioriza-se com as práticas disseminadas pela denominação religiosa eleita para professar a fé. Ela pode ser individual ou coletiva.

A liberdade de organização religiosa, por sua vez, compreende-se na possibilidade de criar igrejas e seitas sem ingerência estatal e nas relações entre o Estado e a Igreja.

A escusa de consciência é uma das facetas da liberdade de crença e se revela como a possibilidade de cumprir prestação alternativa quando houver recusa de cumprir obrigação a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política.

Não existem direitos absolutos, por isso mesmo a própria Constituição traz, em seu bojo, os limites à liberdade religiosa, os quais serão avaliados no caso concreto.

Nesse contexto, a teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais adota como premissa a relatividade de tais direitos, os quais podem ser restringidos pelo legislador ordinário e pelo aplicador da norma, desde que sejam preservados seus núcleos essenciais.

A finalidade de se apresentar considerações acerca da liberdade religiosa, no presente estudo, é de demonstrar a importância da religião na vida das pessoas, em especial daquele que labora, para a sua auto-realização. A relevância da auto-expressão revelada pela possibilidade de manifestar as suas aspirações religiosas não pode ser suprimida do ambiente de trabalho. A discriminação nasce da intolerância e deve ser combatida com vistas à conservação harmoniosa e pacífica das relações sociais. Por tais razões, passa-se a abordar a discriminação, em especial a religiosa, e as suas consequências maléficas tentando-se, por fim, trazer mecanismos de extirpação da discriminação e de remediação das suas consequências.

## CAPÍTULO 2 – DISCRIMINAÇÃO NO EMPREGO

Os princípios da dignidade humana e da igualdade compõem o núcleo dos Direitos Humanos, o que se comprova pela leitura do preâmbulo e do art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E a liberdade é o princípio que confere ao indivíduo a possibilidade de autodeterminação de acordo com as suas vontades e de acordo com as suas escolhas limitadas por uma esfera coletiva exógena e pelo poder estatal. Arion Sayão Romita considera como tripé básico das liberdades fundamentais a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana<sup>82</sup>. Ademais, a vida privada e a intimidade são invioláveis e, portanto, devem ser respeitadas.

Nesse contexto de dignidade, de igualdade e de liberdade também se inserem as suas antíteses: a indignidade, a desigualdade e a opressão e tais antíteses podem ser todas encontradas na discriminação. A discriminação consiste em desequilibradas injustificáveis com base em critérios ilegítimos ou ilegais de pessoas ou de fatos em situações semelhantes ou idênticas. Discriminar também pode ser considerado um ato humano de covardia porque, algumas vezes, as consequências para o discriminado são gravíssimas como, por exemplo, perda do emprego, perda de amizades, brigas em família, depressão, síndrome do pânico, transtorno obsessivo compulsivo, transtornos de ansiedade, entre tantos outros fatores desencadeantes de doenças psicológicas. E, estar doente de alma pode ser mais agonizante do que estar doente na carne, em alguns aspectos.

Gilberto de Mello Kujawski preleciona que “se existe um símbolo adequado e eloquente do nosso tempo, este não é o computador nem a cibernética, nem a televisão, nem a bomba atômica, nem o automóvel ou o avião. É o **descartável**. Porque hoje em dia não só os utensílios do cotidiano são descartáveis, sim que a própria realidade se tornou descartável”<sup>83</sup>.

Atribuir a alguém menos dignidade ou menos valor porque essa pessoa é homossexual, porque essa pessoa é negra, porque essa pessoa é pobre ou porque essa pessoa pertence a determinado credo religioso é, em outras palavras, descartá-la como ser humano; é reduzir a existência dessa pessoa ao fato

---

<sup>82</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 49-54.

<sup>83</sup> KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *O ocidente e sua sombra*. Brasília: Letrativa, 2002. p. 78-82.

dela ser homossexual, negra, pobre ou crente, desconsiderando o que de verdade é importante: a sua condição humana.

Nessa medida, na relação de emprego, permanece a impossibilidade de descartabilidade do ser, bem como de sua dignidade, porque trabalho, como gênero, é “atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade”<sup>84</sup> e emprego, como espécie, é trabalho realizado por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, sob subordinação e com onerosidade e, portanto, é relação também integrante do conteúdo físico e psíquico do ser humano.

O que se busca, na presente dissertação, é demonstrar que a simples, única e incomparável existência de um ser humano justifica a vedação à discriminação negativa ou odiosa. Para tanto, colhem-se conceitos da discriminação, a diferenciação entre ela, preconceito, estigma e estereótipo, passando por suas espécies e caracterização e, por fim, adentrando nos direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da não discriminação e o da liberdade associado ao direito à intimidade e à vida privada.

## 2.1 CONCEITO

A desigualdade difere da diferença na medida em que esta é natural, biológica, hereditária ou cultural, intrínseca ao gênero humano como, por exemplo, o fato de alguém nascer de olho azul ou de olho castanho, loiro ou moreno e aquela é fruto de quebra da isonomia que implica em considerar arbitrariamente a superioridade de uma característica ou escolha humana sobre outra como, por exemplo, afirmar que a raça ariana é mais pura ou que os japoneses são mais inteligentes do que os africanos por serem japoneses e não porque, de repente, tiveram um mais alto grau de escolaridade durante a vida. Nesse sentido, os dizeres de Comparato<sup>85</sup>:

---

<sup>84</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 266.

<sup>85</sup> COMPARATO apud BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 81.

As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou de grupos em relação aos outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, **conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.** (grifos nossos)

Nesse diapasão, a discriminação surge de uma desigualação ou de uma diferenciação injustificada. Porque é óbvio que o sujeito discriminador pode diferenciar justificadamente como no caso, por exemplo, de contratar um candidato a emprego que possua mais escolaridade do que o outro – uma pós-graduação – se o cargo assim o exigir tecnicamente<sup>86</sup>. O que é vedado é a contratação de um engenheiro, sem as mesmas condições técnicas de outros candidatos, porque ele tem olhos verdes. Sendo assim, nem toda diferenciação será ilícita, porque o ser humano é diferente um do outro. Aliás, o que se quer demonstrar é que as diferenças devem ser respeitadas e não que elas não existem.

De acordo com Cristina Paranhos Olmos<sup>87</sup>, “a discriminação, ocorre, em síntese, no tratamento de maneira diferente de determinada pessoa, não possuindo motivo justificável para tal prática”. Por exemplo, um casal possui dois filhos. Nas festividades de Natal deixa de presentear um deles porque este desobedeceu a certa regra de conduta doméstica. Não há discriminação porque há motivo justificável para tal prática. Entretanto, se um dos filhos deixa de ser presenteado, sem razão plausível, há discriminação.

Já para Mauricio Godinho Delgado discriminação “é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustificadamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”<sup>88</sup>.

Assim, por exemplo, se uma moça, no colégio, é rejeitada no círculo social das colegas de classe porque ela é bonita, ela está sendo discriminada porque o critério desqualificante eleito para segregá-la (beleza) é incompatível com o a situação concreta por ela vivenciada (amizade); afinal, a amizade deveria basear-

---

<sup>86</sup> É nesse sentido o art. 1º, (2), da Convenção nº 111, da OIT, veja-se: “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.”

<sup>87</sup> OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008. p. 25.

<sup>88</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p.725.

se em laços de afetividade, afinidade, lealdade e companheirismo e não em características estéticas.

Seguindo a mesma linha, Lima<sup>89</sup> discorre acerca do efeito da discriminação:

O efeito da discriminação é negar tratamento compatível com a situação concreta em que ela se evidencia, impedindo iguais oportunidades para os que se encontram na mesma situação e permitindo, por outro lado, tratamento inferiorizado à pessoa discriminada, sem qualquer fundamento razoável. O que se proíbe é a discriminação desarrazoada ou descabida.

Nessa esteira, defende-se que a discriminação ocorre não só quando o sujeito discriminador tem ciência de que a pratica, ela ocorre também quando o resultado ou efeito do ato discriminador, mesmo que sem elemento subjetivo específico, é danoso, é nocivo, é prejudicial ao discriminado. Assim, para que haja discriminação, segundo a concepção adota, aquele que discrimina não precisa necessariamente ter a intenção (dolo) de discriminar, basta que a atitude dele tenha efeitos discriminatórios na situação ocorrida.

Exemplificadamente, na elaboração de um edital de concurso público há vários requisitos para os mais variados cargos pleiteados. Todos os requisitos devem passar pelo crivo da constitucionalidade. Pode ser que um deles tenha efeito nocivo no caso concreto, embora a intenção daquele que redigiu o edital fosse a de selecionar os melhores candidatos para o ingresso na carreira pública. Pouco importa. O que é relevante é que o resultado daquele requisito foi prejudicial a potenciais candidatos, na prática.

Para fins didáticos, emprestam-se duas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça. Ambas tratam do limite etário para o ingresso no serviço público, sendo que uma o considera discriminatório e outra não. Como pode ser? No primeiro caso, trata-se do limite máximo de idade, em 35 anos, para ingresso na carreira de fiscal de tributos do Estado do Rio Grande do Sul, o que foi considerado discriminatório por não se apresentar compatível para o bom cumprimento da função a ser exercida. No segundo caso, trata-se de limite mínimo de idade, em 25 anos, para ingresso na magistratura do Estado de Pernambuco, o que foi considerado não discriminatório por ser proporcional à responsabilidade da carreira de juiz. Vejam-se:

---

<sup>89</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 55.

Processo AR 1114 / RS AÇÃO RESCISÓRIA 1999/0076001-8 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Revisor(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 25/09/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 21/10/2002 p. 271

Ementa AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO PROFERIDO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS. LIMITE DE IDADE. CF, ART. 7º, XXX.

I - Não se aplica a Súmula nº 343 do STF, pois a *quaestio* envolve violação a artigos da Lex Maxima.

II – A CF/88, em seu art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2º, proíbe a infundada diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. **Hipótese em que o limite máximo de idade de 35 anos fixado para o concurso público para Fiscal de Tributos Estaduais é ilegal por falta de razoável amparo jurídico. Tal exigência não se justifica por não ser indispensável para o bom cumprimento da função a ser exercida.** Precedentes. Pedido rescisório procedente. (grifo nosso)

Processo RMS 14437 / PE RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0016607-1 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 06/05/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 30/06/2003 p. 314

Ementa RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. LIMITE DE 25 ANOS DE IDADE. RAZOABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inexiste na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional qualquer determinação expressa quanto ao limite mínimo de idade para ingresso na carreira da Magistratura, sendo certo, por outro lado, que não se cuidou nessa disciplina de se elencar os requisitos do ingresso na função jurisdicional, limitando-se o constituinte e o legislador a estabelecer a condição obrigatória de que o provimento resulte de concurso e que o cargo inicial seja de Juiz Substituto.

2. É própria, por consequência, de norma estadual, por força da autonomia dos Estados-membros, a disciplina dos demais requisitos para investidura no cargo de Juiz e exercício da função jurisdicional, ajustando-se a essa competência que se a estabeleça pela Lei de Organização Judiciária, pelo princípio do autogoverno do Poder Judiciário, expressão da separação das funções do poder do Estado, respeitados os princípios insculpidos na Constituição da República, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e na própria Constituição Estadual.

3. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público, não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo a ser provido** (cf. RMS nº 21.045/DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 30/9/94).

4. **O exercício da função judicante não exige somente o saber jurídico, mas, também, equilíbrio e maturidade, indispensáveis ao ato de julgar.**

5. O limite de 25 anos de idade imposto pelo Código de Organização Judiciária do Estado para ingresso na Magistratura estadual se apóia em critério razoável e em nada contradiz a Constituição da República, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

6. Recurso improvido.

Paulo Jakutis assevera que “por discriminação entende-se o desprezo e (ou) prejuízo imposto a uma pessoa, ou grupo de pessoas por conta de um preconceito” e ainda que a discriminação é o “preconceito em movimento” e entendendo por preconceito “o conceito criado antes do momento correto” e “sem o indispensável conhecimento do objeto”, seguindo um exemplo singelo diz que o preconceito ocorre quando “a pessoa, antes de experimentar e conhecer o sorvete, já tem opinião formada a respeito dele”<sup>90</sup>.

Vê-se que a definição formada por Jakutis parte de uma premissa diferenciada: a do preconceito. Para o autor, a discriminação é a materialização do preconceito. Emoldurando-se: entende-se que uma pessoa é ignorante porque a sua origem é rural, isso é preconceito; se essa pessoa for preterida no emprego, por conta de sua origem rural, em igualdade de condições com os demais candidatos, isso é discriminação.

Portanto, a discriminação consubstancia-se, de um modo geral, em tratar de maneira distinta determinada pessoa ou grupos, sem causa justificável, com efeitos nocivos no caso concreto ou, ainda, numa exteriorização do preconceito de forma prejudicial.

Como o preconceito, o estereótipo e o estigma se antepõem à concepção de discriminação, tais conceitos também deverão ser estudados para o melhor entendimento sobre o tema.

### 2.1.1 Preconceito

Para Ana Lúcia Coelho de Lima<sup>91</sup>, “o preconceito significa ideias preconcebidas; conceitos e opiniões formulados apressadamente, anteriores a qualquer experiência, implicando uma predisposição negativa.”

O Relatório do Comitê Nacional para a preparação da participação brasileira na III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata discorre sobre o preconceito como:

---

<sup>90</sup> JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos*. São Paulo: LTr, 2006. p. 28.

<sup>91</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 62.



Categoria pertencente à psicologia, o preconceito pode ser definido como um fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas, grupo de pessoas ou instituições sociais, implicando uma predisposição negativa. Tomado como um conceito científico, preconceito dirige-se invariavelmente contra alguém.

Assim, pode-se afirmar que o preconceito consubstancia-se em uma ideia já formulada acerca de algo ou alguém, normalmente relacionada à ausência de conhecimento sobre a realidade, sendo fundamentado na questão afetiva, por sentimentos negativos em relação a determinado grupo.

Em geral, o preconceito revela sensação de poder aos grupos dominantes, os quais por construírem conceitos próprios e crerem neles, acabam sentindo-se superiores aos membros da minoria. Mas, nem sempre essa fórmula é incontestada. Algumas vezes, por defesa, grupos minoritários têm pré-conceitos em relação a grupos majoritários, embora na prática o contrário seja o mais comum. O preconceito, dessa forma, é desencadeado por meio da dominação e da exclusão de algumas pessoas sobre outras ou contra grupo de pessoas.

O preconceito é, então, um julgamento prévio que se faz em relação a alguém com base, muitas vezes, num estereótipo ou no racismo<sup>92</sup> e se diferencia da discriminação porque se passa num nível individual ou no plano subjetivo. Já a discriminação é a exteriorização ou a materialização do preconceito.

Nesse sentido é o magistério de Jakutis que ao traçar um paralelo entre os dois institutos leciona que<sup>93</sup>:

O preconceito é sempre ignaro (porque ideia não fundamentada), mas nem sempre prejudicial (ao menos não para a pessoa, ou pessoas, diversa(s) do portador do preconceito). Por exemplo, eu posso ter uma ideia preconcebida a respeito de uma pessoa rica, imaginando que ela não tem problemas, em razão do dinheiro que possui. Já a discriminação é também ignara, porque alimentada pelo preconceito, mas sempre prejudicial a uma outra pessoa ou grupo de pessoas.

Também apresenta um conceito elucidativo de preconceito Maurício Godinho Delgado como sendo “um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e

---

<sup>92</sup> O racismo é uma ideologia baseada na aparência física, a qual determinaria a superioridade de um ser em face do outro como, por exemplo, a ideologia nazista que considerava a raça ariana superior às demais.

<sup>93</sup> Obra citada, p. 28-29.

identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, nacionalidade, riqueza, etc.)<sup>94</sup>.

Entretanto, considera-se a posição de Jakutis, embora simples, mais acertada, na direção de que o preconceito é uma ideia ignara, pois o entendimento de Godinho liga o preconceito a características externas. Acredita-se que religião seja uma particularidade interna e que o preconceito religioso existe, então se opta pela defesa do preconceito como uma concepção prévia desfundamentada e negativa, não necessariamente ligada a uma característica externa.

Evidencia-se que a prática do preconceito – a discriminação – pode vir a anular a aplicação dos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, principalmente no que se refere à sua dignidade, já que a todo indivíduo deve ser atribuído o mesmo valor.

Diante disso, o Poder Judiciário busca suprimir atos preconceituosos, a fim de que sejam aplicados a todos, sem distinção, os princípios inerentes ao homem. Nesse sentido corrobora o julgado abaixo citado, o qual trata de concessão de benefício previdenciário, especificamente de pensão por morte, em caso de união estável entre pessoas do mesmo sexo, confira-se:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - **O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.** - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. **Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas**

---

<sup>94</sup> Obra citada, p. 726.

**envolvidas.** - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - **Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.** - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - **A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.** - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões

de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido. (STJ - REsp 1026981 / RJ – Terceira Turma – Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 04/02/2010) (grifo nosso)

Como se vê, o preconceito tem raízes subjetivas, muitas vezes difíceis de identificar, ele está no psicológico daquele que julga negativamente sem fundamentação teórico-científica para tanto e pode ter como causas “a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo”, nas palavras de Dom Paulo Evaristo Arns<sup>95</sup>, às quais se acrescentam a violência dentro dos lares, a opressão sofrida nas escolas e a baixa estima.

Ainda, o preconceito tem aspectos fixos e aspectos variáveis. Os aspectos fixos ou constantes são aqueles ligados à avaliação negativa da pessoa com base em critérios injustificáveis ou à relação de superioridade que o preconceituoso acha que tem com o seu alvo. Já os aspectos variáveis relacionam-se com as ligações psicológicas ou afetivas distintas que o preconceituoso possui com os objetos alvos da sua credence<sup>96</sup>.

Deve-se mencionar que o combate ao preconceito é explícito na Constituição de 1988. Já em seu preâmbulo denota-se que a intenção do legislador constituinte era a de construir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem

<sup>95</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p. 37 citando VIANNA, Márcio Tulio e outro (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 13-14.

<sup>96</sup> Tais afirmações são trazidas do texto de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, leiam-se: “Como ensina *José Leon Crochik*, não há um conceito único de preconceito porque ele tem aspectos constantes e aspectos variáveis, estes relacionados ‘às necessidades específicas do preconceituoso, sendo representadas nos conteúdos distintos atribuídos aos objetos’, isso porque, como o preconceito é dirigido contra diversos alvos, contra diversos objetos, a relação do preconceituoso com relação a cada um deles seria distinta em certos aspectos, embora em outros, como a avaliação negativa, não”. (Obra citada, p. 38).

preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. O art. 3º, IV, por sua vez, constituiu como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de alteração de prenome de transexual, manteve a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, não permitindo que o preconceito prevalecesse ante a necessidade do transexual também ter uma vida digna, o que só seria possível com o reconhecimento de sua identidade sexual:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, **a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.** - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - **Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.** - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de

redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - **Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa.** E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. **Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil.** A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - **De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.** Recurso especial provido.(STJ - REsp 1008398 / SP – Terceira Turma – Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 15/10/2009) –(grifo nosso).

Frise-se que o indivíduo pode ser vítima de seu próprio preconceito, na medida em que não exterioriza suas vontades, permanecendo atrelado ao jugo social<sup>97</sup>. Dessa forma, com a finalidade de eliminar qualquer espécie de preconceito

<sup>97</sup> Segundo Raquel Portugal Nunes a internalização da discriminação é duplamente perversa, pois faz com que o discriminado se veja como o discriminador diz que ele é, surgindo um sentimento de vergonha de ser quem é e impulsiona o discriminado a discriminar também outras pessoas e o próprio grupo ao qual pertence e conclui que “entender a diferença como maldição ou sentir-se culpado por ela é determinante para que o discriminado não se veja como um sujeito de direitos”, o que obsta uma reação em face da discriminação. (NUNES, Raquel Portugal. Autodiscriminação: o inimigo dentro do trabalhador. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 467-468.

é necessário manifestar seus desejos independentemente do juízo emitido por terceiros. Esse é o entendimento desposado pelo Colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. **Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.** 2. Recurso especial conhecido e provido. (TJRS – Resp 678933 – Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 22/03/2007) (grifo nosso).

Face todo o exposto, o preconceito revela-se por uma compreensão incompleta, parcial de alguma coisa, ou seja, por um conceito formado sem reflexão e, por essa razão, possui sentido negativo. Dessa forma, o preconceito limita, impede que situações sejam visualizadas de maneira mais desenvolvida e ampla e com isso, enseja, em alguns casos e quando exteriorizado, a inaplicabilidade dos direitos fundamentais, principalmente o da dignidade. Deve-se buscar, portanto, a eliminação de todas as formas de preconceito, visando à proteção dos valores fundamentais e principalmente da dignidade humana como valor universal.

### 2.1.2 Estereótipo

Como mencionado, o estereótipo faz com que o preconceito seja disseminado, eis que se conceitua como rótulo, isto é, noção padronizada a respeito de certas pessoas ou grupos, generalizando-se características positivas ou negativas e envolvendo qualquer aspecto distintivo de uma pessoa – idade, raça, sexo, religião, entre outros.

Soares Filho<sup>98</sup> afirma que o estereótipo:

---

<sup>98</sup> SOARES FILHO apud GOSDAL, Thereza Cristina. *Preconceitos e discriminação nas relações de trabalho*. Disponível em: <[http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2006/preconceito/Preconceitos\\_e\\_Discriminacao\\_nas\\_relacoes\\_de\\_trabalho.doc](http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2006/preconceito/Preconceitos_e_Discriminacao_nas_relacoes_de_trabalho.doc)>. Acesso em: 30 jan. 2012.

[...] não permite que as pessoas de determinado grupo possam ser avaliadas por suas reais qualidades, já que são “rotuladas” ou “carimbadas” deste ou daquele “atributo”. Exemplos: todo negro é ladrão; todo português é burro; todo judeu é sovina; toda loura é burra, etc. Por sua vez, o preconceito, ou seja, o julgamento prévio e negativo que se faz das pessoas estigmatizadas por estereótipos, apresenta-se como forte obstáculo à erradicação da discriminação. [...] A discriminação, então, corresponde à materialização (à manifestação) do racismo, do estereótipo e do preconceito.

O estereótipo é mantido e veiculado por meios de comunicação, podendo ser absorvido e tornar-se crença que conduz a ação do indivíduo. Portanto, estereótipos estão presentes também nas relações de trabalho, atuando na manutenção das ideias dos grupos que se encontram no poder e tentando justificar, sem sucesso, as diferenças de tratamento existentes.

Pode-se citar como exemplo de estereótipo a ausência de credibilidade ou a menor credibilidade que era/é ofertada à palavra da prostituta, dos presos e dos homossexuais, pois seriam grupos considerados “mentirosos”. A jurisprudência do STJ, abaixo colacionada, traz à baila a esteriotipação dos homossexuais na tentativa de se demonstrar a sua imprestabilidade como testemunha em processo judicial. Por óbvio, tal tentativa foi totalmente rechaçada pelo Poder Judiciário, veja-se:

Processo REsp 154857 / DF RECURSO ESPECIAL  
1997/0081208-1Relator(a) Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084)  
Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/05/1998 Data  
da Publicação/Fonte DJ 26/10/1998 p. 169 JSTJ vol. 3 p. 407  
LEXSTJ vol. 115 p. 343 REVFOR vol. 346 p. 380  
RT vol. 763 p. 537

Ementa RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. **Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social.** Os romanos distinguiam - patricios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. **Os Direitos Humanos buscam afastar distinção.** O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. **O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual.** Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica (grifo nosso)



Nessa visão, a crença construída em cima de conceitos próprios pode ser marcada por estereótipos, que é um dos fios condutores para a disseminação do preconceito, pois se encontram em consonância com os interesses dos grupos dominantes.

A distinção entre estigma e estereótipo se assenta no fato de que o primeiro é uma marca negativa individual e o segundo uma marca grupal desfundamentada, sendo que o estigma é construído em cima de avaliações externas e o estereótipo são considerações populares/culturais associadas a certo grupo.

Diante disso, os estereótipos são (des)qualificações simplistas, geralmente construídas por intermédio de chavões com os quais a sociedade costuma classificar certos grupos ou, como disse o Superior Tribunal de Justiça, são projeções de distinção social. São associações dispersas no inconsciente coletivo, popularmente conhecidas, também, como adágios ou ditados populares. Necessário ressaltar que o estereótipo não tem base teórico-científica.

### 2.1.3 Estigma

O termo estigma surgiu na Grécia e era utilizado para se referir a sinais corporais que evidenciavam algo mau sobre o status moral de quem os apresentava. Esses sinais serviam para avisar que a pessoa marcada era um escravo, um criminoso ou um traidor. Atualmente, o termo estigma é utilizado de maneira semelhante ao sentido literal original e caracteriza o indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena, nas palavras de Erving Goffman<sup>99</sup>.

O mesmo autor elenca três tipos de estigma: 1º) *abominações do corpo* como as deformidades físicas; 2º) *culpas de caráter individual* como as vontades fracas, as paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, estando correlatas com distúrbios mentais, prisão, vícios, alcoolismo, desemprego, homossexualismo, tentativas de suicídio e comportamento político radical e 3º) *estigmas tribais* de raça, nação e religião<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> GOFFMAN, 1988 apud MONTE, Naira Baccarelli et al. Ética, estigma e discriminação de grupos vulneráveis no processo educacional. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd132/etica-estigma-e-discriminacao-de-grupos-vulneraveis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

<sup>100</sup> GOFFMAN apud BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Obra citada, p. 39.

A própria sociedade estabelece meios de categorizar atributos para as pessoas, elencando-os como se fossem uma espécie de "identidade social"; no entanto, muitas vezes, são imputadas características irreais, passando o indivíduo a não ser considerado em sua plenitude, sendo reduzido a uma pessoa inferior. Tal característica é um estigma, principalmente quando seu efeito de descrédito é grande, podendo ser visto até como um defeito.

As pessoas vítimas de um estigma podem sofrer vários tipos de discriminações, sendo que suas reações podem orientar-se, em alguns casos, pela "correção" da base objetiva de seu "defeito", como por exemplo, na mudança de religião; ou podem se isolar, tornarem-se desconfiadas e deprimidas. O indivíduo estigmatizado também pode reagir antecipadamente de maneira defensiva e, ao invés de se retrair, ser agressivo provocando algumas respostas também desagradáveis.

A imputação do estigma depende da visibilidade e do conhecimento do "defeito", sendo que a partir dessa confirmação, o sujeito torna-se desacreditado em suas potencialidades, passando a ser identificado não mais pelo seu caráter individual, mas de acordo com a sua marca, destruindo-se a visibilidade das outras esferas de sua subjetividade.

Assim, por exemplo, uma pessoa é conhecida pela sua agressividade; nessa medida, toda vez que ela entra em conflito com alguém as pessoas têm a tendência natural de julgá-la como culpada pela briga porque a sua "marca característica" é a hostilidade. Ocorre que essa premissa nem sempre é verdadeira e é neste ponto que reside o perigo da estigmatização, pela supressão dos demais atributos da pessoa em detrimento de um.

O processo de estigmatização dos indivíduos pode ocorrer durante qualquer contato social, sendo fonte inesgotável de preconceitos e visões estereotipadas das pessoas. Além disso, um estigma acarreta danos tanto para a situação social corrente do indivíduo, como também para as relações já estabelecidas, prejudicando a sua reputação e prolongando-se talvez durante toda a sua vida. O estigma é o caminho para a discriminação e conseqüentemente para a exclusão.

Não é tarefa fácil distinguir estigma de estereótipo, porém José Claudio Monteiro de Brito Filho o faz com simplicidade e eficácia ao definir estigma como "avaliação negativa que se faz de uma característica real, uma marca, e

estereótipo como uma característica, falsa ou verdadeira<sup>101</sup>, que se imputa a alguém só por ele pertencer a determinado grupo” e conclui que “se avaliarmos negativamente alguém porque é negro, isso é um estigma, mas, por outro lado, se imputarmos um comportamento a alguém, só porque pertence a um grupo, tipo: todo político é ladrão, isso é um estereótipo”<sup>102</sup>.

Um exemplo clássico de estigma é aquele atribuído ao egresso do sistema prisional. Geralmente, existe uma tendência a se desconfiar do egresso, principalmente, no momento de sua recolocação no mercado de trabalho, em que empresas, ilegalmente, exigem a apresentação de certidões criminais para a contratação. No entanto, tal prática é condenada pelo ordenamento jurídico e também pela jurisprudência, como se observa nos julgados abaixo:

RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS MOBITEL S/A E VIVO S/A. DANO MORAL. **EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO QUE A RECLAME PELA NATUREZA DO EMPREGO E DAS ATIVIDADES. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA** - LEI Nº 9.029/95. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO DE INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E HONRA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 1º, III, E 5º, X. A Constituição Federal fixa - a dignidade da pessoa humana - como fundamento da República (art. 1º, inciso III), ao mesmo tempo proclamando a igualdade jurídica (art. 5º, -caput-) e dizendo - invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação- (art. 5º, X). Trazendo a relação de emprego a tal ambiente, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, nestes casos, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (art. 1º). Embora o preceito não alcance, em sua enumeração, a situação em foco, pode-se entrever, no seu claro intuito, a efetividade dos princípios e garantias constitucionais que protegem contra a discriminação e valorizam a intimidade, vida privada e honra dos trabalhadores, assim autorizada a sua evocação, mesmo que a título de analogia (CLT, art. 8º). A relação de emprego em exame, destinada ao teleatendimento de clientes, não alcança padrão suficiente a reclamar tratamento diferenciado àqueles que a postulam, escapando de possíveis casos em que tal se justifique, dentro de padrões de razoabilidade. **Ao exigir a oferta de certidão de antecedentes criminais, sem que tal providência guarde pertinência com as condições objetivamente exigíveis para o trabalho oferecido, o empregador põe em dúvida a honestidade do candidato ao trabalho, vilipendiando a sua dignidade e desafiando seu direito ao resguardo da intimidade, vida privada e honra, valores constitucionais. A atitude ainda erige ato discriminatório, assim reunindo as condições necessárias ao deferimento de indenização por danos morais, esta fixada dentro de absoluta adequação.** Recursos de revista não

<sup>101</sup> Embora o estereótipo também possa ter uma conotação positiva (como, por exemplo, associação dos judeus a pessoas ricas e inteligentes), no presente trabalho centra-se na conotação negativa.

<sup>102</sup> Obra citada, p. 39, nota de rodapé.

conhecidos. [...]. Recurso de revista não conhecido-(RR- 88400 17.2009.5.09.0513, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Ac. 3ª Turma, DEJT 6/5/2011) – (Grifo nosso).

Processo RHC 2227 / MG RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 1992/0023153-5 Relator(a) Ministro PEDRO ACIOLI (0264) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 18/12/1992 Data da Publicação/Fonte DJ 29/03/1993 p. 5267 RSTJ vol. 50 p. 394  
Ementa RHC - DIREITO PENAL - REINCIDENCIA - ANTECEDENTES - O ART. 64, I, C. P. DETERMINA QUE, PARA EFEITO DE REINCIDENCIA, NÃO PREVALECE A CONDENAÇÃO ANTERIOR, SE ENTRE A DATA DO CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA E A INFRAÇÃO ANTERIOR HOUVER DECORRIDO PERIODO SUPERIOR A 5 (CINCO) ANOS. O DISPOSITIVO SE HARMONIZA COM O DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA MODERNOS. **O ESTIGMA DA SANÇÃO CRIMINAL NÃO É PERENE. LIMITA-SE NO TEMPO.** TRANSCORRIDO O TEMPO REFERIDO, SEM OUTRO DELITO, EVIDENCIA-SE AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE, DENOTANDO, EM PRINCÍPIO CRIMINALIDADE OCASIONAL. O CONDENADO QUITA SUA OBRIGAÇÃO COM A JUSTIÇA PENAL. A CONCLUSÃO É VALIDA TAMBEM PARA OS ANTECEDENTES. SERIA ILOGICO AFASTAR EXPRESSAMENTE A AGRAVANTE E PERSISTIR GENERICAMENTE PARA RECRUDESCER A SANÇÃO APLICADA (grifo nosso).

Na verdade, quando o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que “o estigma da sanção criminal não é perene”, crê-se que o faz na seara do caso concreto, já que essa afirmação carece de universalidade. O comando legal criminal preceitua que o estigma da sanção *deve ser* limitado no tempo. No entanto, entende-se que a melhor interpretação para essa colocação do STJ é a de que “o estigma da sanção criminal não *deve ser* perene” porque, sabe-se que na prática, muitas vezes, o estigma perdura até o final da vida do egresso prisional.

Nessa estirpe, o estigma é uma marca individual negativa supervalorizada em detrimento das demais e que obstaculiza a pessoa ter um pleno convívio social, pois ela é tachada ou rotulada. Por essa razão, o estigma também pode ser fonte de discriminações.

## 2.2 ESPÉCIES: DIRETA X INDIRETA; POSITIVA X NEGATIVA E VERTICAL X HORIZONTAL

Conforme já se salientou a discriminação configura-se em excluir, preterir ou destruir a igualdade de oportunidade entre as pessoas em situações idênticas ou semelhantes, baseando-se em critérios injustificadamente desqualificantes, e produzindo efeitos prejudiciais ao discriminado.

No entanto, a discriminação pode se configurar de diversas maneiras em um caso concreto e, em grande parte, ela ocorre de maneira silenciosa e velada e, para conseguir captá-la, faz-se necessária a distinção entre as mais diversas formas, porventura, assumidas.

Nem sempre aquele que discrimina tem o propósito desenfreado de fazê-lo. Pode ser que a discriminação seja até mesmo institucional, isto é, uma postura assumida pela empresa nos altos escalões e que vai se disseminando por todo o emaranhado corporativo.

Nesse compasso, a discriminação pode até mesmo ser evidenciada por intermédio de dados estatísticos<sup>103</sup>.

Paulo Jakutis denomina de discriminação invisível o que aqui se denomina por discriminação indireta, sendo aquela em que o sujeito ativo não tem a intenção discriminatória, mas os efeitos do ato são de exclusão<sup>104</sup>. Tal discriminação seria não intencional e construída no inconsciente daquele que discrimina, mas se observa que a discriminação direta também pode ser construída no inconsciente<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Nesse sentido são os argumentos: (1) O art. 332, do CPC reza que em Direito são admitidos todos os meios de prova moralmente legítimos, sendo que o seu rol é exemplificativo; (2) Segundo o art. 335, do CPC na ausência de normas jurídicas particulares, o juiz pode aplicar as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvadas quanto a essas a prova pericial; (3) A estatística é reconhecida como ciência, desfrutando de um largo prestígio em vários campos científicos; (4) No direito comparado, a prova estatística é admitida, conforme, por exemplo, na Diretiva n° 2000 da Comunidade Européia de 29 de junho de 2000 que dispõe que “essas normas podem prever que a determinação da discriminação indireta possa se fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos”; (5) Ainda que não se admita a estatística com meio de prova, ela deve ser considerada, ao menos, como elemento de prova indiciária a ser cotejada com outros elementos de instrução processual e (6) O sistema processual brasileiro permite, ao juiz, a livre apreciação da prova.

<sup>104</sup> Obra citada, p. 31.

<sup>105</sup> Entretanto, observam-se outras causas para a discriminação, tais como a manutenção de poder e de subordinação e a personalidade dominadora: "O nordestino é discriminado em São Paulo, assim como o mexicano nos Estados Unidos. Ambos são bravos retirantes que buscam em outras terras, enfrentando enormes obstáculos (climas, costumes, cultura, etc.), as oportunidades que não encontraram nas terras onde nasceram. São a mão-de-obra dos serviços que requerem menor qualificação e que demandam grande esforço físico e/ou contato com agentes insalubres. Serviços que, em outras palavras, são recusados pelas elites dominantes, que remuneram mal os que se

Assim sendo, a discriminação pode ter raízes no inconsciente e matizes em “pseudo-razões aceitáveis socialmente”, de acordo com Charles R. Lawrence III<sup>106</sup>.

O autor norte-americano ao tratar da questão inconsciente da discriminação observa que “quando nós dizemos que o racismo é irracional, queremos significar que quando as pessoas são compelidas a explicar seu antagonismo racial elas expressam um instintivo e inexplicável desprazer em relação ao pensamento de associação com o outro grupo como igual, ou citam razões que não são baseadas em fatos e são frequentemente contraditadas pela experiência pessoal”<sup>107</sup>.

Nessa esteira, Jakutis arremata que “concluir-se que a discriminação pode ser fruto do inconsciente equivale a tornar inaceitável qualquer teoria que defenda a necessidade de prova de intenção discriminatória para a invalidação de um ato”<sup>108</sup>.

Donde se extrai que a análise da discriminação deve ser realizada no caso concreto onde o que é proeminente é o resultado do ato discriminatório e não a intenção do agente, sendo dispensável a prova desta.

A discriminação direta é aquela pela qual o tratamento desigual funda-se em critérios proibidos e ocorre de modo intencional. É, por exemplo, a não contratação de empregados adventistas pelo fato de não trabalharem aos sábados. Na discriminação direta verifica-se o elemento subjetivo específico (intenção) por parte do autor da discriminação. Já na discriminação indireta pode não haver por parte do sujeito ativo um propósito deliberado de discriminar, mas a conduta praticada gera um efeito que pode ser considerado discriminatório.

Arion Sayão Romita ensina que a noção de discriminação indireta surgiu no direito norte-americano pela teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*) e nela “estão em jogo medidas de natureza legislativa,

---

aventuram a realizá-los, mas que são imprescindíveis e, por isso mesmo, precisam ser realizados, fazem com que as faces castigadas pelo sol, de mexicanos e nordestinos, sejam toleradas nos centros urbanos do sudeste brasileiro e da Califórnia americana. Todavia, **a discriminação a que são submetidos esses trabalhadores pouco ou quase nada tem de inconsciente**. Aqui, ao contrário, parece estar presente o forte desejo de deixar patente a diferença entre quem manda e quem obedece. A questão mais forte é a da autoridade. Daí por que o “paraíba”, o “bóia-fria” e o “xicano”, entre outros, têm realidades absolutamente semelhantes, sendo marginalizados dos centros de poder, desprezados pela sociedade que constroem e vítimas de constante discriminação que, antes de tudo, é instrumento de perpetuação de uma cidadania de segunda classe e de uma indistigável intenção de subordinação”. JAKUTIS, (Paulo. Obra citada, p. 33) (grifo nosso).

<sup>106</sup> DONOHUE III apud JAKUTIS, Paulo. Obra citada, p. 31-32.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Obra citada, p. 33.

administrativa ou empresarial, que aparentam neutralidade, ou que são desprovidas da intenção discriminatória, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, cujo efeito é exatamente acentuar ou manter tal desigualdade”<sup>109</sup>.

A discriminação pode ser também oculta, no magistério de Arion Sayão Romita, e é aquela surgida no direito francês e caracterizada pela intencionalidade, elemento inexistente na discriminação indireta – tida invisível para Jakutis. Segundo Romita, “a intenção discriminatória é disfarçada pelo emprego de um instrumento aparentemente neutro”<sup>110</sup>, isto é, a discriminação é dissimulada, velada, envolta em um véu ou disfarçada por outras capas. Tem-se uma aparência formal de igualdade, mas que em verdade cria uma situação de desigualdade. É o caso, por exemplo, da instituição de um adicional de remuneração a uma determinada função ocupada exclusivamente por homens.

Também se pode falar em discriminação negativa e positiva ou benigna. A primeira como o próprio nome já diz é odiosa, maléfica, remetendo-se à noção de discriminação já tratada no item “1” deste Capítulo. A segunda associa-se à discriminação legítima, como no caso das empresas de tendência e das organizações religiosas, as quais serão oportunamente estudadas no próximo capítulo, em que o ato discriminatório justifica-se pela razoabilidade de seus efeitos e às ações afirmativas que consistem em mecanismos e políticas públicas destinadas a resgatar dívidas históricas para com certos grupos socialmente discriminados na tentativa de reparar ou neutralizar os efeitos da discriminação que perdurou ao longo dos anos, as quais serão analisadas no capítulo IV.

A discriminação vertical ocorre quando há maior dificuldade para determinados indivíduos e grupos de ter acesso a determinados postos e posições mais elevadas e melhores remuneradas na empresa.

A discriminação horizontal ocorre quando os empregos ocupados por determinados grupos, majoritária ou tradicionalmente, são piores remunerados e socialmente desvalorizados.

Assim, a discriminação pode assumir aspectos diversos, efetivando-se direta ou indiretamente; positiva ou negativamente; vertical ou horizontalmente.

---

<sup>109</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 326.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

### 2.3 CARACTERIZAÇÃO

A discriminação é baseada em juízos de aparência, de acordo com Yara Maria Pereira Gurgel<sup>111</sup>. Isso significa que o sujeito discriminante emite constatações com arrimo em uma análise superficial, distante e subjetiva do objeto analisado e, portanto, acientífica. O sujeito ampara-se somente na sua concepção pessoal para tirar conclusões sobre o objeto.

A discriminação pode estar envolta em um preconceito (juízo negativo desfundamentado), em um estigma (marca individual desqualificante) ou em um estereótipo (juízo social/cultural sobre certos grupos) concretizados, ou seja, a discriminação sai da esfera do pensamento e passa para a esfera da fala ou da atitude, causando prejuízo moral e/ou material a uma pessoa ou grupo de pessoas numa situação concreta.

Yara Maria Pereira Gurgel<sup>112</sup> afirma que o preconceito é fruto da dualidade conceitual, tendo como consequência a supervalorização de um ponto de vista em detrimento do outro. Arrisca-se a dizer que a discriminação, como forma de exteriorização de um preconceito, também se caracteriza pela dualidade conceitual, isto é, pela concepção do bem e do mal, do justo e do injusto, do belo e do feio.

A discriminação também se caracteriza por um processo de coisificação, sendo que o agente discriminante tem a ideia fixa de que o discriminado tem menos ou menor dignidade do que ele próprio e, como a dignidade é um valor quase absoluto e imensurável, o discriminado acaba por receber valor relativo, o qual é medido por preço, equiparando-se à coisa na concepção do outro.

Ronald Dworkin afirma que a causa da discriminação pode ser atribuída ao fato de o indivíduo ser “membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”<sup>113</sup>.

Por sua vez, a relação de emprego caracteriza-se pela prestação de serviços por pessoa física; de forma pessoal, isto é, a relação de emprego tem caráter infungível, insubstituível no que tange à figura do trabalhador; de maneira contínua ou não eventual, ou seja, não esporádica, com caráter permanente; com onerosidade, ou seja, mediante contraprestação – parcelas destinadas a remunerar

---

<sup>111</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 23.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 450.



o empregado – e sob subordinação, ou seja, o empregado acolhe o poder diretivo empresarial no modo de realização de seu trabalho<sup>114</sup>.

Mauricio Godinho Delgado defende uma caracterização simples, porém eficiente de empregador<sup>115</sup> como aquele que se utiliza da força de trabalho empregaticamente contratada e conclui que em se tratando de “conceito estritamente relacional, a caracterização da figura do empregador importa na simples apreensão e identificação dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, *aduzindo-se que o tipo legal do empregador estará cumprido por aquele que se postar no polo passivo da relação empregatícia formada*”<sup>116</sup>.

Destarte, conclui-se que a discriminação caracteriza-se pela base em juízos de aparência; pela exteriorização prejudicial de um preconceito, estigma ou estereótipo; pela dualidade conceitual intrínseca ao ser humano; pela falsa sensação de superioridade de um grupo em relação a outro e por um processo de coisificação. A discriminação no emprego, por sua vez, caracteriza-se por todos esses processos, no entanto, o sujeito ativo é o empregador e o sujeito passivo é o empregado.

## 2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Antes de se adentrar mais especificamente no tema, necessário estabelecer uma distinção quanto à nomenclatura e estabelecer a maneira que ela será adotada no presente estudo.

Na doutrina, podem-se encontrar várias denominações, querendo significar a mesma coisa ou não: direitos humanos; direitos do homem; direitos fundamentais; direitos humanos fundamentais.

A diferenciação entre tais termos, usualmente, dá-se com base na fonte normativa ou na positivação. Os direitos humanos seriam os direitos naturais de todo e qualquer indivíduo, atribuídos a todo e qualquer ser humano pela única condição de ter nascido, podendo estar ou não positivados e, quando positivados,

---

<sup>114</sup> Art. 3º, CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

<sup>115</sup> De acordo com o art. 2º, da CLT “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.”

<sup>116</sup> Obra citada, p. 379-380.

estariam previstos em Convenções e Tratados Internacionais, isto é, a fonte normativa seria um diploma jurídico internacional.

Os direitos do homem seriam também direitos naturais, positivados ou não, e, se positivados, previstos em diplomas internacionais, mas invocados em caso de guerras ou conflitos armados.

Os direitos fundamentais seriam direitos naturais, atribuíveis aos homens pelo simples fato de serem homens, mas tendo por fonte normativa um diploma jurídico interno. No caso brasileiro, a maior fonte normativa dos direitos fundamentais é a Constituição Federal, citando-se, a título de exemplo, o art. 5º.

Já a nomenclatura direitos humanos fundamentais seria utilizada por aqueles que querem reforçar que os direitos fundamentais são humanos e que os direitos humanos são fundamentais.

Aqui, direitos humanos e direitos fundamentais serão utilizados como sinônimos, porque, no fundo, ambos são direitos naturais mínimos atribuídos a todo e qualquer indivíduo pela condição humana para que possa viver em um patamar mínimo de dignidade, pouco importando a sua fonte normativa desde que sejam efetivamente concretizados.

Cabe a respeito, importante consideração do filósofo e sociólogo alemão HABERMAS sobre os Direitos Humanos<sup>117</sup>:

Apesar de sua origem européia, [os Direitos Humanos] representam hoje a **linguagem universal** no âmbito da qual as relações de intercâmbio global são reguladas normativamente. Ela constitui a única linguagem na Ásia, na África e na América do Sul, na qual os oponentes e as vítimas de regimes assassinos e de guerras civis conseguem levantar a sua voz contra a violência, a repressão, a perseguição e o desrespeito à sua dignidade humana. Porém, na medida em que os direitos humanos são aceitos como uma **linguagem transcultural**, agudizou-se, nas diferentes culturas, a disputa acerca de sua correta interpretação. E uma vez que esse discurso intercultural sobre os direitos humanos é conduzido pelos critérios do **reconhecimento recíproco**, ele pode levar a uma compreensão descentrada de uma construção normativa, inclusive entre os europeus, que deixa de ser, aos poucos, propriedade da cultura européia (grifo nosso).

José Cláudio Monteiro de Brito Filho conceitua os direitos humanos como “o conjunto de direitos e garantias conferidos à pessoa humana enquanto indivíduo, coletividade e gênero, oponíveis e exigíveis contra o Estado e outras

---

<sup>117</sup> HABERMAS, Jürgen. Um diálogo sobre Deus e o mundo. In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 204.

peçoas, visando à igualdade, o respeito à dignidade e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento de todos”<sup>118</sup>.

Em conceito mais sintético preleciona, o autor citado, que “direitos humanos são o conjunto mínimo de direitos necessários à preservação da igualdade entre os homens e da dignidade da pessoa humana”<sup>119</sup>.

Assim, a ideia central de direitos fundamentais está relacionada a um conjunto de direitos indispensáveis à vida humana, imprescindíveis ao mínimo de dignidade da pessoa.

Os direitos humanos caracterizam-se pela universalidade, pela interdependência, pela inter-relacionaridade, pela indivisibilidade, pela centralidade, pela historicidade e pela complementaridade.

Os direitos humanos são inerentes aos homens por que lhes pertencem pelo simples fato de terem nascido, conforme já se mencionou, e dele “não podem ser destacados”, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>120</sup>. Uma vez que são intrínsecos ao homem, os direitos fundamentais não necessariamente precisariam estar positivados, mas a opção do legislador constituinte foi a de positivar alguns, senão a maior parte deles.

O eixo central do ordenamento jurídico é a limitação de poder visando proteger a pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, assim, o ponto central de toda e qualquer ordem jurídica de um Estado que se diga democrático.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho<sup>121</sup> considera como direitos fundamentais mínimos do homem-trabalhador na esfera individual: (1) direito ao trabalho; (2) liberdade de escolha do trabalho; (3) igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho; (4) direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde; (5) direito a uma justa remuneração; (6) direito a justas condições de trabalho, principalmente limitação da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso e (7) proibição do trabalho infantil. Na esfera coletiva: (1)

---

<sup>118</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 20.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2012.

<sup>121</sup> Obra citada, p. 29-33.

liberdade sindical e na esfera da seguridade social: (1) proteção contra o desemprego e outros riscos sociais.

Mais especificamente no tema da discriminação no emprego, emprestando-se as considerações de Brito Filho, aplicam-se os seguintes direitos fundamentais mínimos para o trabalhador:

*Direito ao trabalho* – Quando o trabalhador se vê numa situação de discriminação, ele tem que tomar uma importante decisão: reagir e fazer prevalecer seu direito à dignidade ou suportar a discriminação em prol do seu sustento e de sua família. A tendência natural do oprimido é suportar a situação, principalmente porque o empregado, normalmente, só tem a sua força de trabalho como fonte de seu sustento e de sua família. Mesmo porque as circunstâncias, numa esfera de opressão e terror psicológico, não são as mais favoráveis para se tomar uma decisão. Seja quando o empregado se cala, seja quando ele reage, ao ser discriminado, o trabalhador tem violado o seu direito ao trabalho.

Se for discriminado no momento da contratação, fere-se o direito ao trabalho pela via indireta, pois caso, em igualdade de condições, a vaga poderia ser justamente do candidato que sofreu a discriminação. Se esta ocorrer durante o vínculo contratual, o direito ao trabalho é ferido pela via direta caso o empregado reaja e peça demissão e pela via indireta caso o empregado se cale. Neste último caso, o que se tem não é uma forma de emprego saudável, mas uma forma de superexploração do trabalho<sup>122</sup> com vistas à manutenção da sobrevivência material do empregado, isto porque todo emprego deve preencher requisitos mínimos no que concerne à saúde física e mental do trabalhador. Caso a discriminação ocorra depois de finda a contratação, o direito ao trabalho também é violado, pela via indireta, porque o antigo empregador fornece informações desabonadoras ao possível futuro empregador, tolhendo o retorno do trabalhador ao mercado.

*Igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho* – A igualdade de oportunidades para o exercício do trabalho resguarda o direito a não discriminação no momento da contratação e a igualdade de oportunidades no exercício do trabalho salvaguarda o direito a não ser discriminado durante o pacto

---

<sup>122</sup> José Cláudio Monteiro de Brito Filho, em seu livro “Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno”, considera como trabalhos superexplorados: os em condição análoga a de escravo; aqueles em que há discriminação ou exclusão de trabalhadores ou grupo de trabalhadores; os de criança e adolescentes nos casos ilegais e o trabalho intermediado sem condições de paridade com o trabalho prestado diretamente.

laboral, isto é, o direito de não ser preterido na ascensão funcional ou de não ser designado para funções mais penosas ou inferiores.

*Direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde* – Comumente, enxerga-se na preservação da saúde, o direito à integridade física do trabalhador, com o investimento, pela empresa, de programas de prevenção às doenças ocupacionais e aos acidentes de trabalho e no uso de equipamentos de proteção individual e coletiva. No entanto, saúde envolve aspectos físicos e psíquicos. As pessoas discriminadas, normalmente, sofrem assédio moral como meio de serem forçadas a pedir demissão. Nesse ambiente de terror várias doenças psicológicas podem se manifestar tais como depressão, transtornos de ansiedade, síndrome do pânico, transtorno obsessivo-compulsivo, entre outras. Sendo assim, a não discriminação relaciona-se diretamente com um ambiente de trabalho em condições que preservem a saúde psíquica do empregado.

*Direito a uma justa remuneração* – Dentre os aspectos que a remuneração pode ser considerada injusta, encontra-se a discriminação dos trabalhadores que exercem idêntica função dentro da mesma empresa<sup>123</sup>, o que é proibido pelo art. 461, da CLT. Nesse contexto, a violação do direito a uma justa remuneração pode se configurar em uma discriminação durante a relação de emprego em que se impede a ascensão funcional com base em critérios injustificadamente desqualificantes para o padrão jurídico do empregado discriminado.

*Direito a justas condições de trabalho* – Pode-se dizer que a discriminação negativa é uma forma de injustiça, pois fere frontalmente os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana; sendo que é uma justa condição de trabalho, o direito de laborar livre de ameaças, opressões, humilhações ou quaisquer outras formas de exteriorização da discriminação durante o vínculo laboral.

Com a devida vênia a José Cláudio Monteiro de Brito Filho, ousa-se inserir entre os direitos mínimos do homem-trabalhador o *direito a não ser discriminado*. Justifica-se.

Em que pese a igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho já estar elencada como direito mínimo do trabalhador pelo autor citado, defende-se, no presente estudo, o princípio da não discriminação como corolário do

---

<sup>123</sup> Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

princípio da igualdade. Em última análise, isso significa que a não discriminação decorre da igualdade, mas que elas não são exatamente sinônimas. Assim, a não discriminação é uma das facetas da igualdade. Quando se fala em igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho, conforme já assinalado, fala-se em não discriminação na contratação e no exercício do contrato de trabalho. O *direito a não ser discriminado* é mais amplo porque abrange, também, a vedação da discriminação pós-contratual em que o empregador difama o ex-empregado no mercado de trabalho com o intuito de que ele não seja recolocado.

Tecidas tais ponderações sobre os direitos humanos do trabalhador, passa-se à análise daqueles que são considerados como mega-direitos ou supra-princípios ou como tripé dos direitos fundamentais: a dignidade humana, a igualdade e a liberdade, a qual será analisada em consonância com o direito à intimidade e à vida privada do trabalhador, porque quando a discriminação ocorre são esses três direitos principais que são violados, em regra.

## 2.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O Direito era concebido, na visão positivista, como um conjunto de normas em que a lei era aquela produzida pelo órgão legislativo ou autoridade estatal e se aplicava em forma de subsunção do fato à norma.

Na visão jus naturalista, o Direito transcende ao positivismo e é um conjunto de normas que denota os anseios morais de uma coletividade, materializam os valores. O ser humano é dotado de direitos naturais, cabendo ao Estado positivá-los e se as normas infringirem os direitos naturais, elas serão inválidas.

Pode-se destacar um exemplo trazido por Ronald Dworkin para se estabelecer a contraposição entre o positivismo e o jusnaturalismo: um homem era o único herdeiro de seu avô rico. Ele matou o avô para ficar com a herança. Não havia lei, na época, regulando a deserção<sup>124</sup>. Ocorreu um conflito jurídico:

- Pelo direito positivo, o homicida herdaria, pois para o Direito Civil ele era o único herdeiro vivo do avô;

---

<sup>124</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

- Pelo direito natural, o homicida do seu próprio avô não pode herdar, pois ele violou princípios morais que regem a própria coletividade.

A leitura de valores morais, para o positivismo, era metafísica, filosófica e afastava a cientificidade do Direito. Havia um distanciamento entre direito, moral e ética. Uma norma era válida se seguisse a forma de elaboração prevista, para ela, na lei. Com base nessa leitura, o Direito poderia ter qualquer conteúdo.

Após as atrocidades cometidas pelo regime nazista e na Segunda Guerra Mundial, questionou-se a teoria positivista e houve uma reação global em face do nazismo e do holocausto. Concluiu-se que o Direito não pode dissociar-se da ética e que as leis nazistas alemãs não eram válidas. O Direito tem que ser moral e ético com a finalidade de proteger a pessoa humana. Surge uma nova concepção: a do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo ou positivismo-jusnaturalista.

Dessa forma, positivam-se os valores morais transformando-os em normas jurídicas chamadas de normas-princípios, as quais possuem um alto grau de abstratividade. Diferentemente das normas-regras – as quais subsumem os fatos às hipóteses previstas em lei – as normas-princípios positivam o direito natural, elas são abertas aos valores.

A ideia central da positivação de princípios tem como eixo a proteção da pessoa humana e adentra tanto na Constituição como nas leis infraconstitucionais.

Nessa linha, princípio é norma, é vetor, é linha mestra, abasiladora de todo um sistema jurídico, é ponto de convergência de onde saem e para onde devem retornar todas as demais regras. Os princípios devem amparar todas as proposições do ordenamento jurídico, uma vez que estão na base dele, irrigando e irradiando efeitos para todo o arcabouço jurídico.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que — pelo menos em certo sentido — constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”<sup>125</sup>, isso significa

---

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *as dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2012.

que a dignidade é um direito natural e deve ser respeitado independentemente de positivação.

Segundo o autor, a dignidade da pessoa humana é<sup>126</sup>:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Destaca-se também o comentário do mesmo autor citado na obra de Gosdall<sup>127</sup>, segundo o qual:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Trata-se, pois, de um princípio constitucionalmente consagrado, o qual garante a todos os cidadãos brasileiros, natos ou não, proteção contra toda forma de tratamento desumano ou degradante; uma vida existencial minimamente digna em termos de recursos materiais e em termos de titularização de direitos sociais e permite a participação ativa do indivíduo no destino social.

Ingo Wolfgang Sarlet, estudioso da dignidade humana, posiciona-se sempre no sentido de que ela é um atributo inato do ser, irrenunciável, inalienável e indestacável. Dessa maneira a dignidade jamais poderá ser retirada de um homem, mas ela pode ser violada na situação concreta<sup>128</sup>, veja-se:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é **irrenunciável** e **inalienável**, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele **não pode ser destacado**, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como **qualidade integrante** e, em princípio, irrenunciável da

---

<sup>126</sup> apud GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador*: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007. p. 87-88.

<sup>127</sup> Obra citada, p. 93.

<sup>128</sup> Obra citada.



própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe — ou é reconhecida como tal — em cada ser humano como algo que lhe é inerente (grifo nosso).

Pois bem, tem a dignidade da pessoa humana assento constitucional. Justamente por isso e por ser vista como a mola mestra do Estado Democrático de Direito é que a atuação estatal deve ser cobrada no sentido de impedir, ou mesmo punir as práticas que possam vir a feri-la.

No âmbito das relações trabalhistas, com uma frequência crescente, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é desrespeitada uma vez que o funcionário pode ser submetido a determinadas situações, algumas até vexatórias, impostas pelo empregador, no intuito de permanecer no vínculo empregatício e assim continuar garantindo o sustento seu e de sua família.

É o que se pode extrair de recentíssimo julgado do Tribunal Superior do Trabalho, publicado em 03 de fevereiro de 2012, que condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais à empregada que tinha o seu tempo de permanência ao banheiro estipulado em 05 (cinco) minutos diários, sob pena de advertência, confira-se:

**DANO MORAL HAVIDO NA RELAÇÃO DE EMPREGO. RESTRIÇÃO AO USO DO BANHEIRO.** O Tribunal Regional consignou que a Reclamante tinha de solicitar autorização para o uso do banheiro e que o tempo disponibilizado para tal finalidade (5 minutos por jornada de trabalho) não poderia ser extrapolado, sob pena de advertência. A Corte de origem entendeu que tal circunstância configura dano moral, porque a restrição do uso do banheiro expôs a empregada a constrangimento, e ratificou a condenação ao pagamento de indenização no valor de R\$ 3.000,00. Verifica-se que a decisão regional está de acordo com o entendimento que tem sido reiterado por esta Corte Superior, no sentido de que a restrição patronal do uso do banheiro, em detrimento da satisfação das necessidades fisiológicas do empregado, configura lesão à sua integridade e enseja indenização por dano moral. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (Processo: RR - 41500-94.2007.5.01.0245, Data de Julgamento: 30/11/2011, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT **03/02/2012**) (Grifo nosso).

Também se posicionou o Tribunal Superior do Trabalho na direção de que o dano moral caracteriza-se a partir de uma violação perpetrada pelo empregador que ofenda a dignidade do empregado e viole os direitos decorrentes de sua personalidade, inclusive quanto às manifestações espirituais, observe-se:

**DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO.** Concebido o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade - estes compreendidos como - categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas- (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.25) -, sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensada a prova do prejuízo concreto - presumido que é (dano *in re ipsa*)-, diante da impossibilidade de penetrar na alma humana, que, embora inviabilize se constate a extensão da lesão causada, não pode obstaculizar a justa compensação Incólumes os arts. 186 e 927 do Código Civil Pátrio. (Processo: RR-9953300-88.2006.5.09.0006, Data de Julgamento: 14/12/2011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011) (grifo nosso).

Neste espeque, torna-se imprescindível mencionar a teoria do patrimônio mínimo, desenvolvida no Brasil, pela primeira vez, pelo jurista Luiz Edson Fachin, em sua obra rotulada de “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, a qual se configura na garantia a todos de um mínimo de recursos, isto é, do mínimo existencial para que a dignidade da pessoa humana seja preservada. Frise-se que o “mínimo existencial” consubstancia-se no núcleo dos direitos fundamentais sem os quais a pessoa humana viveria abaixo do limite da dignidade tolerável.

Mauricio Lima<sup>129</sup> cita a tese do professor Fachin na seguinte formatação: “o ordenamento jurídico deve sempre procurar garantir um mínimo de patrimônio (mínimo existencial) ao indivíduo como forma de garantir-lhe a sua dignidade.” Portanto, fica evidente a intrínseca relação entre o estatuto do patrimônio mínimo e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a proteção daquele significa a preservação deste.

Dessa forma, levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado às relações de trabalho, deve-se ter em mente que quando uma pessoa tem negado ou mitigado seu direito ao emprego ou à permanência nele, tem denegado o direito à subsistência, à saúde e a um padrão mínimo de dignidade.

---

<sup>129</sup> LIMA, Mauricio G. do Nascimento. Paradigmas constitucionais do patrimônio mínimo: uma abordagem sistêmica da função social da pessoa jurídica ante os procedimentos expropriatórios do Estado. *Revista Jus Vigilantibus*, ago. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35524>>. Acesso em: 6 abr. 2010. p. 2.

## 2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal, em seu preâmbulo eleva o princípio da igualdade a um dos “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”; assegura que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (art. 5º, *caput*); assim como proclama ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

De acordo com Anacleto de Oliveira Faria<sup>130</sup> existem três correntes conceituais diversas acerca da igualdade: (1) corrente nominalista; (2) corrente idealista e (3) corrente realista.

Para a corrente nominalista, os homens são diferentes em sua concepção biológica e na formulação de suas ideias, assim não haveria motivo que justificasse a igualação entre eles e, caso houve tal igualação, ela seria desnivelada, ou seja, por baixo, sendo que gênios e medíocres teriam os mesmos direitos. É, praticamente, a descrença na igualdade.

A corrente idealista acredita que há dois tipos de desigualdades entre os homens: a física e a social. A primeira, de menor importância, seria agravada pela segunda. A desigualdade social derivada de fatores econômicos, hereditários, culturais, hierárquicos, entre outros; é a que seria determinante para desigualar as pessoas, por isso a necessidade de normas que programassem uma igualdade absoluta no âmbito social, o que acarretaria a diminuição das desigualdades no âmbito físico.

A corrente realista prega que a igualdade absoluta é ideal e, portanto, inconcebível, desse modo, a igualdade deve ser proporcional, isto é, distribuída a cada indivíduo de acordo com as suas igualdades ou desigualdades concretas. Aproxima-se da concepção de igualdade material, a seguir tratada.

Para Fernando Facury Scaff, “o princípio da igualdade deve ser baseado na proporcionalidade de desigualdade entre os seres humanos, a fim de

---

<sup>130</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Universidade de São Paulo, 1973. p. 35 e ss.

que todos possam ter iguais condições ante as possibilidades do cotidiano”<sup>131</sup>. Isso significa dizer que o princípio da igualdade correlaciona-se com o princípio da proporcionalidade, porque o primeiro exprime a concepção de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas igualdades ou desigualdades.

A expressão “na medida” dá conta do juízo de proporção. Assim, por exemplo, a prova de um concurso público iguala a todos os candidatos proporcionalmente ao conhecimento de cada um. Trata-se de uma equação diretamente proporcional. A mesma prova também iguala todos os candidatos com deficiência ao prever a elaboração de uma lista apartada e uma nota de corte diferenciada para estes. Entre os candidatos deficientes a equação também é diretamente proporcional.

No entanto, entre os candidatos sem deficiência e os candidatos com deficiência a equação é inversamente proporcional, porque apesar do conteúdo da prova ser exatamente o mesmo, a nota de corte, normalmente, é menor para as pessoas com deficiência e há reserva de vagas para elas, o que também não viola o princípio da igualdade, ao contrário o exalta, pois é notório que os candidatos com deficiência física ou mental têm maiores dificuldades para exercitarem o conhecimento ou, até mesmo, para adquirirem o conhecimento, igualando as condições de ambos ante as possibilidades do cotidiano.

Scaff parafraseando Amartya Sen conclui que o núcleo do princípio da isonomia é que cada qual tenha oportunidade para o efetivo desenvolvimento de suas habilidades<sup>132</sup>.

Segundo Yara Maria Pereira Gurgel<sup>133</sup>, “[...] não há como pensar em liberdade de desenvolvimento do ser humano, especialmente quanto a seus talentos e capacidades, sem pensar na igualdade de oportunidades e na conseqüente inclusão social – promotora da vida digna”.

No presente estudo, tratar do princípio da igualdade requer o reconhecimento das diferenças entre empregador e empregado, bem como a consideração de que os trabalhadores são indivíduos únicos, cada um com suas características intrínsecas.

---

<sup>131</sup> Apresentação de BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 11.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>133</sup> Obra citada, p. 34

Marcos Nobre analisando os modelos das Teorias Críticas desenvolvidas por Karl Marx traz algumas considerações importantes sobre a venda da força de trabalho como mercadoria. Segundo Marx, o trabalho, como substância do valor, é trabalho social. O valor relativo de uma mercadoria, portanto, é medido pelo tempo de trabalho. Entretanto, sendo esse trabalho um trabalho social, está claro que esse tempo não é o do produtor individual, mas tempo de trabalho socialmente necessário<sup>134</sup>.

O lucro se obtém vendendo as mercadorias pelo seu valor, isto é, em projeção à quantidade de trabalho neles materializada. Mas como se determina o valor da força de trabalho? Somando-se as quantidades de trabalho contidas nos produtos que a compõem<sup>135</sup>.

A novidade do modo de produção capitalista, para Marx, está em que a atividade produtiva humana se transformou em mercadoria, possuindo um valor, sendo algo que pode ser comprado ou vendido<sup>136</sup>.

Ainda, de acordo com Marx, a prática do proletariado, por intermédio do Estado Social, seria transformadora das relações sociais capitalistas<sup>137</sup>. Nesse espeque, a leitura do Estado Social em contraposição ao Estado Liberal seria apropriada para libertação do trabalhador da opressão econômica. Vai-se a ela.

O Estado Liberal era caracterizado pelo liberalismo econômico, ou seja, não podia intervir na economia, a qual se auto-regulava e, por isso mesmo, surgiu um estágio predatório das relações econômicas, afinal a lógica do lucro é a da maximização de resultados. Com as regras do jogo livres, a competição é desenfreada, o processo é especulativo, havendo concentração de riquezas e bolsões de pobreza.

Para a patuleia só resta o trabalho, mas a Revolução Industrial desvaloriza a mão de obra com a ideia da mais-valia: robotização e exploração. Por isso, o descontentamento do povo abriu caminho ao Estado Social, por intermédio da *Encíclica Rerum Novarum*, do Manifesto do Partido Comunista, da Constituição Mexicana, da Revolução Russa e da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, a qual consagrou direitos sociais.

---

<sup>134</sup> NOBRE, Marcos. *Curso livre de teoria crítica*. São Paulo: Papyrus, 2008. p. 9-20.

<sup>135</sup> Ibidem.

<sup>136</sup> Ibidem.

<sup>137</sup> Ibidem.

O Estado Social é chamado a intervir no processo econômico para garantir um mínimo de igualdade para a patuleia. A atuação estatal passa a ter um caráter prestacional positivo. E, para afirmar a igualdade, o Estado passa a limitar a autonomia privada, por meio do dirigismo contratual.

Portanto, é necessário que haja uma igualdade material, ou seja, uma igualdade que perfilhe tais diferenças entre empregado e empregador, a serem implementadas pelo Estado Social, e nesse sentido preleciona LORENTZ *apud* LIMA<sup>138</sup>:

[...] a igualdade como norma Constitucional deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico entre todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático com relação ao resto da sociedade, necessitam de um tratamento diferente, justamente porque igualdade **pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais e grupais, ou da diversidade que é inerente à natureza humana.** (grifo nosso)

Ademais, na relação existente entre empregador e empregado a desigualdade é estrutural e deve ser reequilibrada pelo Direito, sendo benéfica a contribuição de Jakutis<sup>139</sup> acerca desse assunto:

[...] empregados e empregadores, mesmo quando pessoas físicas não são iguais. Por trás dessa diferenciação, há o raciocínio de que **o empregado precisa do trabalho**, na medida em que, salvo poucas exceções, depende dele para sobreviver. Por conta dessa realidade, o empregador, que via de regra não se encontra em situação semelhante, teria enormes vantagens se negociasse, em pé de igualdade, as condições do contrato de trabalho com o empregado. Daí as normas de Direito do Trabalho buscarem, tratando o trabalhador de forma mais benéfica, encontrar um equilíbrio (ou um menor desequilíbrio) jurídico para uma situação, em verdade, desequilibrada (Grifo nosso).

Nessa visão de que os polos da relação trabalhista são naturalmente desequilibrados, seja pelo poderio econômico ou pelo poderio social e cultural, o Direito e o Estado Social surgem como mecanismos de contrabalança na relação, tentando, através de normas que protejam os hipossuficientes e de políticas públicas de desenvolvimento social, equalizar ou minimizar tais diferenças fáticas.

<sup>138</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 44.

<sup>139</sup> JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos*. São Paulo: LTr, 2006. p. 76.

A igualdade possui vertente material e formal. Esta é caracterizada por uma atuação estatal neutra, em que o legislador e o aplicador do Direito têm o dever de considerar todos iguais perante a lei, ou seja, as normas devem ser produzidas de maneira a não estabelecer critérios injustificáveis de privilégios ou exceções pessoais. A norma deve ser geral e abstrata, devendo ser aplicada a todos, da mesma maneira, dentro do território nacional.

Aquela é caracterizada por uma atuação estatal em busca de resultados, a qual visa equalizar distorções sociais, econômicas, jurídicas ou históricas. A norma se aplica a determinado grupo ou categoria de pessoas ou a determinada pessoa concretamente, visando, justamente, equilibrar situações de fato não equânimes, corrigindo discrepâncias e gerando igualdade de oportunidades.

De acordo com Yara Maria Pereira Gurgel<sup>140</sup>, “a igualdade formal se traduz na mais pura fertilização à perpetuação das diferenças sociais e na exclusão dos desfavorecidos socialmente”, isto porque se traduz em percepções de direitos àqueles que, favoravelmente, têm condições econômicas, culturais, sociais e até jurídicas de perceberem tais direitos. Exemplo típico é quando se fala em propriedade: “é garantido o direito de propriedade”. A quem? A quem possui condições financeiras de ser proprietário, diga-se em maior escala. Aos desprovidos desta condição, tal direito só é garantido formalmente, isto é, na lei, afinal, na realidade, muitos indivíduos passaram e passarão pela vida sem sequer terem a possibilidade de adquirirem um automóvel ou uma casa ou até mesmo uma cama.

A igualdade material por outro lado, considera o homem dentro de suas especificidades e diferenças naturais, sociais, econômicas, culturais ou jurídicas. As políticas públicas devem ser efetivamente substanciais para que haja a equanimidade nas oportunidades.

Exalta-se, nesse contexto, a aplicação da igualdade material, a qual se preocupa com o destinatário da norma, equalizando ou corrigindo elementos de desigualdade nas oportunidades, tais como o do estoque inicial de recursos (como, por exemplo, herança afortunada), o da habilidade e o da vontade de proporcionar bens e serviços que outros valoram (criatividade e talento), o da sorte na variação dos preços de mercado e o da escolha pessoal de cada um, e não somente uma

---

<sup>140</sup> Obra citada, p. 40.

igualdade formal, perante a lei. Justapor o princípio da igualdade, em seu aspecto formal, na relação de trabalho, nada adiantaria, considerando que já se trata de uma situação desigual.

A igualdade material é a única que tem o condão de equilibrar o vínculo de emprego, pois garante benefícios a grupos tradicionalmente excluídos (como o dos trabalhadores braçais, por exemplo), visando efetiva isonomia nas oportunidades; não tolera sobrecargas sobre grupos historicamente em situações de “subcidadania”; e eleva o respeito às minorias porque impede estigmas negativos em face do grupo inferiorizado.

### 2.6.1 Princípio da não Discriminação como Corolário do Princípio da Igualdade

O princípio da não discriminação, no que diz respeito ao Direito do Trabalho, é acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a Convenção n.º 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1968, conceitua a discriminação, em seu art. 1º, como sendo:

*a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito **anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão**; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito **anular ou reduzir a igualdade de oportunidades**, ou tratamento emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.*

Diante disso, fica claro que o combate à discriminação decorre do princípio constitucional da igualdade, sendo, pois, a não discriminação manifestação do referido princípio, uma vez que visa coibir desigualdades ou, até mesmo, equiparações injustificadas. Sendo assim, não pode o empregador exigir de um empregado, que professe determinado credo, que se comporte de maneira tal a agredir ou a violar o seu credo em nome da lucratividade da empresa, justificando-se no argumento de que outro empregado com diferente crença age conforme a sua exigência (de empregador), uma vez que tal equiparação é injustificada se contraposta ao princípio da igualdade material – tratar aos iguais de forma igual e aos desiguais de forma desigual.



Para Olmos, os princípios da não discriminação e o princípio da igualdade estão diretamente ligados<sup>141</sup>:

Alguns autores entendem que o princípio da não discriminação é princípio autônomo e distinto do princípio da isonomia (e da igualdade). Em que pese a posição doutrinária, não podemos concordar com a distinção entre o princípio da igualdade e o da não discriminação, porquanto entendemos que a não discriminação na verdade é cláusula assegurada quando implementado o princípio da igualdade. Ora, se a igualdade, conceito amplo e que pretende o tratamento isonômico das pessoas, é observada, por certo que inexistirá discriminação. Por tal razão, devemos considerar que o conceito de não discriminação não pode ser considerado princípio, mas elemento integrante do princípio da igualdade.

Barros<sup>142</sup> discorre que o princípio da não discriminação: “[...] consiste na igualdade em direitos (igualdade na lei). É a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto.

A citada desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar um caso de equiparação salarial, mencionou que o princípio da isonomia possuía duas dimensões. A primeira, protetiva, impedindo que a lei e os particulares imponham ônus e restrições a alguém com base em elemento diferenciador infundado, isto é, discriminatório. A segunda, reparatória, permitindo que o Estado faça correções fáticas para assegurar a não discriminação, leia-se:

PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O princípio da isonomia garantido no diploma constitucional é amplo e assegura ao indivíduo **o direito de se insurgir contra a má utilização que possa ser feita da ordem jurídica**, prevenindo o indivíduo contra o **arbítrio** e a **discriminação** (cf. *Celso Ribeiro Bastos*, 2º vol., Saraiva, 1989). O princípio isonômico tem duas dimensões. A primeira delas **protetiva**, vedando que a lei e os particulares imponham ônus e restrições a alguém com base em elemento diferenciador infundado – nesse caso, a norma ou a conduta viciosa será atacada pelo lesado com o propósito de anulá-la, preservando o direito subjetivo lesado. Sua outra dimensão é de caráter **reparatório**, como no caso dos autos, em que a reclamante afirma não terem sido concedidos os mesmos benefícios ou vantagens assegurados a outros cidadãos que, essencialmente, estão em idêntica situação à sua. Aqui, conclui *Celso Bastos (in op. cit. p. 15)*, “o procedimento mais correto é o de atender a súplica, caso procedente, daquele que foi lesado pela omissão [...]”. Constatando-se que a empregada, apesar de admitida por empresa interposta, trabalhava em idênticas condições às do empregados diretamente contratados, no mesmo local, exercendo as mesmas atividades e sujeitando-se aos mesmos horários, **não pode sofrer discriminação**, pois o fenômeno da terceirização

<sup>141</sup> OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. São Paulo: LTr, 2008. p. 50.

<sup>142</sup> apud LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Obra citada, p. 47-48.

é imprestável à redução dos salários dos trabalhadores. (Ac. TRT – 3ª Reg. - 2ª T. - Proc. RO 3438/96, julg. Em 10.12.96, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, *in* TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, 7º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 551, n. 1935) (grifo nosso)

Por fim, para Arion Sayão Romita<sup>143</sup>, “a igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio da não discriminação”.

Portanto, diante dos argumentos delineados, é patente que o princípio da não discriminação tem relação umbilical com o princípio da igualdade/isonomia e, assim, aquele complementa este, não havendo a hipótese de um deles ser cumprido sem que o outro não o seja.

Falar em não discriminação, numa visão ampla e cosmopolita, é, de alguma forma, contribuir para a paz mundial, levando em conta a premissa de que a discriminação negativa possui sua fonte em uma divisão ou em uma distinção tangida pelo sentimento de superioridade e levando em conta que divisões e distinções podem gerar conflitos. E, conflitos não resolvidos podem gerar violências, animosidades e desgraças. Assim, o princípio da não discriminação relaciona-se umbilicalmente com a paz, pois é uma norma que visa assegurar a convivência pacífica e harmônica tanto entre o Estado e o indivíduo quanto entre os indivíduos.

Falar em não discriminação é também, de alguma forma, amenizar a exclusão social porque, em algum grau, quem é discriminado negativamente é excluído. Mesmo se considerando todo arcabouço jurídico pátrio e internacional protetivo do ser humano e de sua dignidade, é fato que a complexidade que gravita em torno da mente do homem e as hipóteses da vida cotidiana jamais poderão ser captadas em toda a sua dimensão pela ordem normativa.

Nesse ponto, infere-se que mesmo que o sistema jurídico fechasse todas as portas, janelas e frestas para a discriminação, ela continuaria existindo fatidicamente, tanto é que se defendem aqui formas de reparação e neutralização ou, em maior âmbito, formas de combate à discriminação, mas com a certeza de que é impossível erradicar o problema.

Só numa sociedade ideal e utópica, onde não existisse poder, hierarquia, conflitos, preconceitos, subordinação ou dominação é que a

---

<sup>143</sup> Obra citada, p. 320.

discriminação, talvez, fosse eliminada; mas falar em não discriminação é falar em inclusão e a recíproca é verdadeira.

Destarte, a adoção de medidas legislativas de combate à discriminação visa assegurar uma efetiva igualdade entre pessoas numa visão cosmopolita e mundial. A propósito, veja-se o entendimento jurisprudencial posicionado neste sentido, especificamente com relação à discriminação em razão da origem:

RE 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 29/10/1996 Órgão  
Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT  
VOL-01896-04 PP-00756 Parte(s) RECTE: JOSEPH HALFAN ADVDO:  
ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS RECDO: COMPAGNIE  
NATIONALE AIR FRANCE ADVDOS: FERNANDO NEVES DA SILVA E  
OUTROS

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE.  
TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA  
ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE  
AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO.  
C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por  
não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil,  
não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens  
aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de  
nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art.  
153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em  
atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo,  
a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.  
Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. -  
Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. -  
R.E. conhecido e provido (grifo nosso).

Assim, o princípio da igualdade possui dois conteúdos distintos, quais sejam: a não discriminação, que possui conteúdo negativo, e a própria promoção da igualdade, que detém conteúdo positivo. Em razão disso, a igualdade denota não fazer distinção, não discriminar, equivalendo, portanto, ao substantivo concreto negado *não discriminação*.

## 2.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE EM ASSOCIAÇÃO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, dispõe que:

Todos são iguais [...], garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à liberdade [...]", sendo que os incisos do referido dispositivo asseguram a liberdade em seus diversos aspectos, quais sejam: a liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato (art. 5º, IV e V); a

liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, VI a VIII); a liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação (art. 5º, IX e X); a liberdade de profissão (art. 5º, XIII); a liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LXI), e por fim, a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI).

Assim, consagra-se a proteção geral às manifestações do pensamento (direito de formular juízos, conceitos e convicções, exteriorizando-os livremente, na medida da lei); à liberdade de associação (não sendo ninguém obrigado a associar-se ou manter-se associado); liberdade de ir e vir; liberdade de religião, a qual engloba de certa forma a liberdade de expressão/pensamento; ou seja, a liberdade em geral, a qual remete à execução dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais estão interligados.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 contém vasta menção às liberdades inerentes ao ser humano, confira-se:

Artigo II Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.  
[...]

Artigo XVIII Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.  
[...]" (grifo nosso).

O direito à liberdade, enquanto fundamental, é exercido, na prática, com os seguintes termos: autonomia, prerrogativa e faculdade. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, prevendo seu vasto rol de direitos e garantias fundamentais, dispõe, quando se trata do direito à liberdade, algumas restrições, devendo o direito em questão se manifestar dentro de um espaço pré-dado pelo

sistema jurídico, ou seja, “o meu direito vai até onde começa o do outro”<sup>144</sup> ou ainda, aquilo que não está proibido para o particular, está permitido<sup>145</sup>, sendo que a noção basilar de liberdade de ação é extraída do art. 5º, II, CF/1988, que consagra o princípio de legalidade, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na realidade o direito à liberdade, nos termos da Constituição, atém-se ao querer ou fazer aquilo que é legal, normal, moral. Entretanto, no sentido subjetivo, refere-se ao direito de errar, acertar, pensar sozinho e ter autonomia para isso. É o direito de se autodeterminar.

Oportuno mencionar que o direito à liberdade consubstancia-se em direito fundamental de 1ª dimensão, conforme discorre Lenza<sup>146</sup>:

Os **direitos humanos de 1º dimensão** marcam a passagem de um estado autoritário para um estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às **liberdades individuais**, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal.

O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do séc. XVIII.

Mencionados direitos dizem respeito às **liberdades públicas** e aos **direitos políticos**, ou seja, **direitos civis e políticos** a traduzir o valor **liberdade**.

O mesmo autor, mencionando os dizeres de Bonavides<sup>147</sup>, arremata da seguinte forma:

Os direitos de primeira geração ou direito de liberdades têm por titular o **indivíduo**, são **oponíveis** ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são **direitos de resistência** ou de **oposição** perante o Estado.

Dessa forma, os direitos de primeira geração/dimensão buscam evitar a intervenção estatal na liberdade individual, sendo cristalizada a abstenção estatal no ensinamento de Marmelstein<sup>148</sup>:

<sup>144</sup> Expressão oriunda do senso comum, apócrifa.

<sup>145</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 684

<sup>146</sup> *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

<sup>147</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. In: \_\_\_\_\_. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

<sup>148</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008. p. 45.

[...] proteja minha propriedade (direito “sagrado e inviolável”, de acordo com a declaração francesa), cumpra a lei que meus representantes aprovarem (princípio da legalidade) **e não se meta em meus negócios, nem em minha vida particular, especialmente na escolha de minha religião**. Eis a explicação para a consagração de inúmeros direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa etc. (Grifo nosso)

Outros direitos foram agregados nessa etapa evolucionária, como salienta Sarlet<sup>149</sup>:

São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria (grifo nosso).

Constata-se, diante do exposto, que esses direitos (primeira dimensão) reproduzem os direitos de proteção do indivíduo perante o Estado com o intuito de fixar os limites da área de domínio do Poder Público, tratando-se de uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais. Entretanto, como se verá no próximo capítulo, atualmente, os direitos fundamentais de liberdade também se aplicam horizontalmente, ou seja, entre os particulares.

Nesse contexto, salutar mencionar a respeito do direito à intimidade e à vida privada, previstos no art. 5º, X, da Carta Magna, o qual se configura como tutela, que assegura ao indivíduo a possibilidade de repelir a interferência de terceiros em sua esfera íntima de vida. A proteção à intimidade e à vida privada está relacionada ao núcleo de direitos basilares para o exercício pleno das liberdades individuais.

Ainda, primordial frisar que a intimidade e a vida privada são direitos que guardam grande vinculação entre si, contudo não se confundem, eis que a intimidade é mais restrita do que o direito à vida privada. Acerca deste tema discorre Ferraz<sup>150</sup>:

---

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

<sup>150</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Pelo direito à intimidade entende-se a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa (desejos, ideias, pensamentos e emoções), sendo que no que se refere à vida privada engloba tudo que não transparece à esfera pública.

A intimidade e vida privada apresentam-se, portanto, como direitos de que os indivíduos dispõem para se defenderem e preservarem um âmbito íntimo de suas vidas, englobando a esfera mais exclusiva (intimidade), como o âmbito de acontecimentos partilhados com pessoas íntimas (vida privada), possibilitando ao ser humano, dessa forma, o desenvolvimento de sua personalidade com liberdade, isto é, livre da interferência de terceiros e por essa razão são expressões do direito à liberdade. Nas palavras de Sérgio Alves Gomes, “no Estado Democrático de Direito, a liberdade de uns não pode se sobrepor à liberdade dos demais”<sup>151</sup>. Se a liberdade fosse só de alguns não seria um princípio, mas regra de solução de casuísmo.

Assim, há situações em que a liberdade de alguém acaba violando a liberdade de outros, como no julgado abaixo colacionado, em que a liberdade de imprensa acabou por violar o direito à vida privada de um indivíduo, sendo que neste caso a liberdade excedeu sua área de limite, devendo prevalecer o direito ao segredo da vida privada:

Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. - A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. - Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – “apelido” – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os conseqüentes danos morais. Recurso especial provido.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito - possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 319-429.

<sup>152</sup> REsp 613.374/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 12/09/2005, p. 321.

Nesse diapasão, interessante salientar que a liberdade, em geral, deve ser assegurada, podendo ser exteriorizada por meio do direito à intimidade e à vida privada, os quais indubitavelmente encontram-se interligadas, devendo, quando da sua aplicabilidade em conjunto estabelecer parâmetros de dosagem, isto é, um direito respeitando a área de atuação do outro.

Nosso ordenamento jurídico prima pelo estabelecimento dos princípios e garantias em questão, sendo que inclusive tal entendimento é unânime nos julgados mais recentes, confira-se:

Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável *post mortem* e sua conseqüente dissolução. Concomitância de casamento válido. Peculiaridades. [...] Nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, que referendou a doutrina e a jurisprudência existentes sob a vigência da legislação civil anterior, o casamento válido não se dissolve pela separação judicial; apenas pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Por isso mesmo, na hipótese de separação judicial, basta que os cônjuges formulem pedido para retornar ao status de casados. Já, quando divorciados, para retornarem ao *status quo* ante, deverão contrair novas núpcias. - A ausência de comprovação da posse do estado de casados, vale dizer, na dicção do acórdão recorrido, a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento, está intimamente atrelada ao fato de que, muito embora separados judicialmente, houve a continuidade da relação marital entre o falecido e sua primeira mulher, que perdurou por mais de cinquenta anos e teve seu término apenas com a morte do cônjuge varão, o que vem referendar a questão de que não houve dissolução do casamento válido. - [...] - **Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. - Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.** Recurso especial não provido.<sup>153</sup> (grifo nosso).

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

<sup>153</sup> REsp 1107192/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 27/05/2010.



3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. **Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).** 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.<sup>154</sup> (grifo nosso).

Advogado. Sigilo profissional/segredo (violação). Conversa privada entre advogado e cliente (gravação/impossibilidade). Prova (ilicitude/contaminação do todo). Exclusão dos autos (caso). Expressões injuriosas (emprego). Risca (determinação). 1. **São invioláveis a intimidade, a vida privada e o sigilo das comunicações. Há normas constitucionais e normas infraconstitucionais que regem esses direitos. 2. Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações. 3. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. 4. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. 5. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos. 6. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto. 7. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. 8. É defeso às partes e aos seus advogados empregar expressões injuriosas e, de igual forma, ao representante do Ministério Público. 9. Havendo o emprego de expressões injuriosas, cabe à autoridade judiciária mandar riscá-las. 10. Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita. 11. Mandado expedido no sentido de que sejam riscadas as expressões injuriosas.**<sup>155</sup> (grifo nosso).

**Liberdade de informação e direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada: artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Plano constitucional. Art. 1º da Lei nº 5.250/67. Valor do dano moral. 1. Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada, e à liberdade de informação, com a interpretação dos artigos 5º, X, e 220 da**

<sup>154</sup> HC 76.686/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008.

<sup>155</sup> HC 59.967/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 25/09/2006, p. 316.

**Constituição Federal. Tal questão, sem dúvida, é relevante neste trânsito da vida republicana e compete ao Supremo Tribunal Federal decidi-la.** 2. Não se revê nesta Corte o valor do dano moral quando a fixação não configura exorbitância, exagero, despropósito, falta de razoabilidade ou insignificância, o que não existe no presente feito. 3. Para os efeitos do art. 1º da Lei de Imprensa, o abuso, no plano infraconstitucional, está na falta de veracidade das afirmações veiculadas, capazes de gerar indignação, manchando a honra do ofendido. Neste feito, o Acórdão recorrido afastou as acusações formuladas do contexto do tema tratado nos artigos escritos pelo réu e identificou a ausência de veracidade das afirmações. **O interesse público, em nenhum momento, nos casos como o dos autos, pode autorizar a ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada, à intimidade da pessoa humana.** 4. Recursos especiais não conhecidos.<sup>156</sup>

Na esfera trabalhista ocorre a mesma situação, eis que os empregados, como todo ser humano, possui o direito à liberdade, à vida privada e à intimidade, não cabendo ao empregador o desrespeito dessas garantias tão fundamentais e de total aplicabilidade, sendo que quando violadas, geram a indenização por danos morais, conforme majoritariamente sedimentado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, deliberou que as revistas diárias, impostas aos empregados do réu, extrapolaram os limites da razoabilidade, vez que não eram realizadas em local reservado (em desatenção, inclusive, ao disposto nas normas coletivas aplicáveis), além de ensejarem - contato físico impertinente-, assim consideradas as -apalpadelas- na região do peito, das pernas, da cintura, e dos glúteos dos trabalhadores. Acrescentou que a empresa sucessora do reclamado considerou a prática inadequada e, por isso, extinguiu-a. **Nesse contexto, aquela Corte entendeu caracterizado o ato ilícito do empregador, bem como o dano moral daí decorrente, qual seja: a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do reclamante. Nos termos em que colocada, a decisão recorrida deu a exata subsunção dos fatos aos comandos insertos nos artigos 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil, razão pela qual estão ilesos os preceitos indicados pelo recorrente.** Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>157</sup> (grifo nosso).

RECURSO DO RECLAMANTE. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. **Um dos principais pressupostos para a configuração do dano moral na relação de trabalho é a incidência direta de ato ilegal do empregador sobre o patrimônio moral do empregado, ferindo direitos personalíssimos, tais como, intimidade, vida privada, honra, liberdade, reputação, imagem, auto-estima, todos protegidos pelo princípio da inviolabilidade.** Deve ser ressaltado, ainda, que o direito à indenização por danos morais requer a presença simultânea do ato ilícito, do implemento do dano, do nexos causal e da culpa do réu, a teor do disposto no artigo 186 do Código Civil. A ausência de um desses

<sup>156</sup> REsp 439.584/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2002, DJ 09/12/2002, p. 341.

<sup>157</sup> TRT 13º Região - 1609400420055060411 160940-04.2005.5.06.0411, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 15/04/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2009.

requisitos afasta eventual pedido indenizatório. Recurso ordinário conhecido e desprovido.<sup>158</sup> (grifo nosso).

Portanto, denota-se por todo o exposta a importância do princípio da liberdade em associação ao direito à intimidade e vida privada, eis que são direitos basilares de qualquer ser humano, inclusive na esfera trabalhista, principalmente por abarcar uma relação de hipossuficiência entre empregado e empregador e, talvez, seja um dos âmbitos ao qual mais se deva tutelar a presença de tais direitos fundamentais.

## 2.8 CONCLUSÕES

Atualmente, vive-se uma crise mundial assentada na descartabilidade do ser em favor do ter.

A discriminação pode ser considerada uma das formas pela qual a descartabilidade do ser é materializada.

Ela pode ser conceituada como o tratamento desigual entre pessoas em situações semelhantes assentado em motivos injustificáveis ou como o ato com produção de efeitos discriminatórios ou como a exteriorização de um preconceito.

O preconceito é uma compreensão preconcebida negativa e ignara. O estereótipo, por sua vez, é um “rótulo social” em face de certos grupos ou associações dispersas no inconsciente coletivo. O estigma é uma marca individual característica e negativa supervalorizada em detrimento das demais.

Tanto o preconceito quanto o estereótipo, o estigma e, também, o racismo podem ser fontes de discriminação.

O elemento subjetivo específico – intenção – é prescindível para a caracterização da discriminação, basta que os efeitos do comportamento discriminatório sejam nocivos. A isso se dá o nome de discriminação indireta ou invisível.

Nessa esteira, a prova da intenção discriminatória é dispensável para a invalidação ou reparação do ato.

A discriminação direta é aquela na qual o sujeito ativo tem a intenção de discriminar. A discriminação oculta também se caracteriza pela

---

<sup>158</sup> TST - 92613 PB 00911.2006.009.13.00-7, Relator: PAULO MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/02/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/03/2007.

intencionalidade, no entanto o ato discriminatório é velado, dissimulado, aparentemente neutro.

A discriminação pode ser negativa ou positiva. A negativa enseja resultados prejudiciais. A positiva pode ser fruto de uma discriminação legítima em que os efeitos são razoáveis ou de uma ação afirmativa cujos efeitos visam resgatar a igualdade de oportunidades para grupos historicamente excluídos.

A discriminação vertical ocorre quando determinados grupos têm dificuldades de acesso a cargos de alto escalão dentro das empresas e a horizontal quando os empregos ocupados por determinados grupos são piores remunerados ou desvalorizados socialmente.

A discriminação caracteriza-se por juízos baseados em aparência, pela dualidade conceitual humana, pela falsa sensação de superioridade de um grupo, pela coisificação do outro e por preconceitos, estigmas e estereótipos.

Os direitos fundamentais são um conjunto mínimo de direitos atribuíveis aos homens pela condição humana, para se ter uma vida minimamente digna dentro do Estado. São o ponto central do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

Podem-se considerar como direitos fundamentais mínimos do trabalhador, quando se fala em não discriminação: direito ao trabalho; igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho; direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde; direito a uma justa remuneração; direito a justas condições de trabalho e o direito a não ser discriminado.

As normas-princípios são dotadas de alto grau de abstratividade e positivam valores. A dignidade humana, a igualdade e a liberdade são valores supremos e constituem o tripé dos direitos fundamentais, na visão de Arion Sayão Romita.

A dignidade da pessoa humana é um atributo inato do indivíduo e dele não pode ser destacado, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o qual confere proteção contra toda forma de tratamento desumano ou degradante e o mínimo existencial para uma vida apropriada, em termos materiais e morais.

A dignidade não pode ser retirada do ser humano, mas pode ser violada. O Estado deve agir para coibir ou punir práticas que possam vir a feri-la.

No âmbito trabalhista, quando o empregado é humilhado, maltratado, discriminado ou submetido a situações vexatórias, a sua dignidade, como pessoa, é desrespeitada.

O princípio da igualdade possui duas facetas, a material e a formal. Pela concepção formal, o legislador não pode tratar os indivíduos desigualmente quando diante da mesma hipótese de incidência, caracterizando-se pela neutralidade estatal. Pela concepção material, o Estado deve fornecer às pessoas igualdade de oportunidades para o efetivo desenvolvimento de suas habilidades.

O Estado Social é prestacional e deve agir positivamente na tentativa de equalizar as relações de trabalho que, por sua própria estrutura, é desequilibrada. O poderio econômico-social concentra-se na figura do empregador, sendo que o empregado é tido por hipossuficiente.

O princípio da não discriminação surge como corolário do princípio da isonomia, segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida das suas igualdades e desigualdades. Falar em não discriminação é falar em inclusão e a recíproca é verdadeira.

A liberdade constitui-se como um direito à autodeterminação do ser humano de acordo com as suas convicções. Não cabe ao Estado nem ao particular interferir na esfera alheia, consubstanciada na intimidade e na vida privada da pessoa.

O objetivo do presente capítulo foi o de trazer considerações gerais acerca de temas que envolvem a discriminação, principalmente, dentro das relações de emprego. Tais apontamentos são imprescindíveis para o completo desenvolvimento do estudo, pois no capítulo seguinte se apresentarão os aspectos que gravitam em torno da discriminação religiosa nas relações empregatícias.

### CAPÍTULO 3 - DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O art. II da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

Art. II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, **religião**, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição [...] (grifo nosso).

O art. 7º, “a”, “i” e “c” do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, em vigor no território nacional desde 24 de abril de 1992 veda, expressamente, a discriminação no trabalho, especialmente na forma remuneratória e nas promoções ocorridas durante o pacto laboral:

Art. 7º - Os Estados-Parte do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis**, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
  - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, **sem qualquer distinção**; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por igual trabalho;
  - b) [...]
  - c) [...]
  - d) **Igual oportunidade para todos de serem promovidos**, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de **tempo e capacidade**;
  - e) [...] (grifo nosso).

Nesses moldes, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traça critérios objetivos em termos de ascensão profissional: tempo e capacidade. Assim, qualquer critério subjetivo utilizado pelo empregador para fins de promoção poderá ser tido como ilícito, afinal tal tratado tem vigência no ordenamento jurídico interno desde 1992 e, portanto, força normativa plena.

A Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções considera a discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções uma ofensa à dignidade humana, uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e

prescreve que ela deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e como barreira às relações amistosas entre as Nações (art.3º)<sup>159</sup>.

Dom Paulo Evaristo Arns afirma que “a verdade é atemporal, mas a sua explicação é histórica. Por isto mesmo, a teologia está em permanente reelaboração. A fé é uma adesão à verdade divina e esta exclui qualquer desamor, qualquer preconceito, qualquer discriminação”<sup>160</sup>.

A discriminação religiosa apresenta em si mesma um contrassenso. Partindo-se da premissa de que a religião deveria ter como uma das suas finalidades a busca pela melhora pessoal e espiritual, a busca por uma vida mais feliz, mais próxima a Deus e às pessoas, a busca pela paz, pergunta-se: como pode ser que uma pessoa que ao mesmo tempo busque na religião a evolução como ser humano, pratique a intolerância?

A título de exemplo, pense-se em Jesus Cristo. Mesmo para aqueles que não creem na sua existência, sabe-se que a doutrina que Ele pregou foi a de salvação da alma pela prática das boas obras. Será que discriminar é uma atitude correta ou boa?

Visto por esse ângulo, qualquer pessoa que pertencesse a algumas religiões dita cristãs não deveria discriminar, maiormente por motivos religiosos. Mas, o ser humano é uma fonte dualismo, principalmente conceitual.

No trabalho, ambiente composto pelos mais variados seres humanos, com diversas personalidades, características, concepções, valores, educação, a intolerância revela-se ainda mais presente porque as pessoas não estão ali por laços afetivos, em primeira instância, e sim por uma necessidade vital humana: trabalhar.

E, nesse mesmo ambiente, há também relações de hierarquia e subordinação, mais um motivo para que a discriminação possa vir ocorrer em maior escala do que, por exemplo, dentro de casa, dos clubes, das academias e até mesmo das escolas e das universidades.

---

<sup>159</sup> Artigo 3º. A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações.

<sup>160</sup> *Para que todos tenham vida*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANNA, Márcio Túlio; CANTELLI; Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 25.

E no intuito de desvendar a discriminação religiosa, em especial a ocorrida dentro da relação de emprego, é que se instaurou o presente trabalho. Nessa tentativa, serão avaliados o conceito; a caracterização; os momentos de ocorrência da discriminação religiosa; o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à liberdade religiosa do empregado e possíveis soluções; a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito Privado; o assédio moral; o assédio religioso e, por fim, a dispensa discriminatória por motivos religiosos.

### 3.1 CONCEITO

A Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções conceitua por intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções “toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, do gozo e do exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (art. II, § 2º).

A terminologia *discriminação* é definida pelo art. 1º da Convenção nº 111 da Organização Mundial do Trabalho (OIT) sobre discriminação em matéria de emprego e profissão como (a) “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” e como (b) “toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão [...]”.

Tem-se que a definição de discriminação pela Convenção nº 111 da OIT é bipartida, ou seja, dividida em dois conceitos, a saber:

(a) O da alínea “a”: Trata-se de rol exemplificativo de condutas discriminatórias no trabalho baseadas em distinção, exclusão ou preferências injustificáveis que tenham efeito discriminatório. Isso significa que, para a Organização Mundial do Trabalho, o que importa para a definição de discriminação é o resultado danoso ou nocivo dela no caso concreto. Ainda que o ato discriminatório não tenha sido praticado de forma consciente, se os efeitos da discriminação foram constatados na situação em análise, configura-se o instituto.



(b) O da alínea “b”: Trata-se de uma cláusula de abertura genérica, ou seja, de uma norma com possibilidades interpretativas para o aplicador quando da sua subsunção ao caso concreto. Assim, toda e qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir a igualdade de oportunidade no emprego ou profissão será considerada discriminatória.

Cristina Paranhos Olmos<sup>161</sup>, analisando a questão da discriminação existente nas relações de trabalho, conclui o seguinte:

[...] a discriminação está intimamente ligada à diferenciação que é feita entre pessoas, em determinada situação, em razão de determinada característica, que, por si só, não interfere no bom andamento do trabalho, ou, ainda, que não possui qualquer relação com a atividade desenvolvida.

[...]

As características importantes para exercício de bom trabalho são completamente diferentes daquelas que inspiram a discriminação, ou seja, são as **peculiaridades íntimas**, de **caráter**, como **lealdade**, **honestidade**, **comportamento adequado**, **comprometimento com o trabalho**, **senso de responsabilidade**, entre outras (grifo nosso).

Isso significa que para o bom andamento do trabalho e das atividades desenvolvidas no exercício dele, a religião do empregado não é em si um fator importante. Como disse a autora, a honestidade, o comportamento adequado, o comprometimento, o senso de responsabilidade, a capacidade técnica é que são fatores determinantes para a avaliação de um bom profissional.

Nesse diapasão, toda preterição, seja na admissão, seja na manutenção, seja na dispensa, dentro da relação de emprego, fundada em motivos religiosos, isto é, na religião escolhida pelo empregado, é discriminatória e, portanto, ilícita.

### 3.2 CARACTERIZAÇÃO

Por intermédio de uma metáfora bíblica, tentam-se mostrar algumas características da discriminação religiosa. Leia-se:

E rogou-lhe um dos fariseus que comesse com ele; e, entrando em casa do fariseu, assentou-se à mesa. E eis que uma mulher da cidade, uma pecadora, sabendo que ele (Jesus) estava à mesa em casa do fariseu, levou um vaso de alabastro com unguento; E, estando por detrás, aos seus pés, chorando, começou a regar-lhe os pés com lágrimas, e enxugava-lhos

<sup>161</sup> OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008. p. 27.

com os cabelos da sua cabeça; e beijava-lhe os pés, e ungiu-os com o unguento. **Quando isto viu o fariseu que o tinha convidado, falava consigo, dizendo: Se este fora profeta, bem saberia quem e qual é a mulher que lhe tocou, pois é uma pecadora.** E respondendo, Jesus disse-lhe: Simão, uma coisa tenho a dizer-te. E ele disse: Dize-a, Mestre. Um certo credor tinha dois devedores: um devia-lhe quinhentos dinheiros, e outro cinquenta. E, não tendo eles com que pagar, perdoou-lhes a ambos. Dize, pois, qual deles o amará mais? E Simão, respondendo, disse: Tenho para mim que é aquele a quem mais perdoou. E ele lhe disse: Julgaste bem. E, voltando-se para a mulher, disse a Simão: Vês tu esta mulher? Entrei em tua casa, e não me deste água para os pés; mas esta regou-me os pés com lágrimas, e mos enxugou com os seus cabelos. Não me deste ósculo, mas esta, desde que entrou, não tem cessado de me beijar os pés. Não me ungiu a cabeça com óleo, mas esta ungiu-me os pés com unguento. Por isso te digo que os seus muitos pecados lhe são perdoados, porque muito amou; mas aquele a quem pouco é perdoado pouco ama. E disse-lhe a ela: Os teus pecados te são perdoados. E os que estavam à mesa começaram a dizer entre si: Quem é este, que até perdoa pecados? E disse à mulher: A tua fé te salvou; vai-te em paz. Lucas 7:36-50 (grifo nosso)

A passagem grifada na citação acima denota um preconceito, pois se trata de uma compreensão parcial negativa sobre duas pessoas. Primeiramente, o fariseu foi preconceituoso em relação a Jesus: “se este fora profeta”. E, em seguida, com Maria Madalena: “bem saberia quem e qual é a mulher que lhe tocou, pois é uma pecadora”.

Como o preconceito foi exteriorizado, ante a onisciência de Jesus, ele se reverberou em discriminação. A partir do momento em que o fariseu considerou Maria Madalena como uma pecadora não merecedora de estar perto de Jesus, violou-lhe a dignidade, pois no contexto da passagem, ele entendia que ela não era digna de tocar os pés de Jesus.

E, mais, via-se como uma pessoa superior a ela, pois se considerou digno de convidar e ter Jesus em sua casa para comerem. Ao tê-la por pecadora, ao que parece, o fariseu considerava-se como um não pecador ou como uma pessoa que cometia menos pecado do que Maria Madalena.

Entretanto, para a situação concreta por eles vivenciada – salvação da alma pela fé em Jesus Cristo – pouco importava a quantidade e a valoração dos pecados. O que era relevante era que todos eram (e são) pecadores e buscavam (buscam) o perdão. Assim, o critério utilizado para discriminar – pecado – era injustificável, pois Maria Madalena estava ali justamente para ser perdoada pelos seus pecados e ele, Simão, também era um pecador.

Nesse mesmo ritmo, evidencia-se a discriminação religiosa nas relações de emprego como um juízo preconcebido negativo do empregador para com a crença ou descrença do empregado.

O empregador expressa um sentimento de superioridade com relação à crença ou descrença do empregado, no entanto, sem fundamento ou sem relevância para a relação jurídica estabelecida entre eles.

Pode até ser que para o empregador, pessoalmente, a crença ou descrença do empregado seja algo desabonador, mas para a relação de emprego ela não é e nem pode ser porque é irrisório para determinar a aptidão profissional de alguém, sendo fundamental o esforço pessoal, a vontade de aprender e de crescer dentro da empresa, a pró-atividade, o relacionamento interpessoal, a escolaridade dependendo da função a ser exercida, entre tantos outros fatores objetivos e subjetivos que não a crença ou a descrença.

Para Cristina Paranhos Olmos “qualquer restrição para a manutenção de contrato de trabalho de empregado que tenha qualquer referência à sua religião é prática discriminatória, ilícita e que configura abuso de direito do empregador”<sup>162</sup>.

Assim, ocorre a discriminação religiosa na relação de emprego<sup>163</sup> quando o empregador com base na religião ou descrença do empregado ou candidato a emprego, pretere-o na admissão, na ascensão profissional ou na melhoria de sua remuneração ou, então, pratica a dispensa discriminatória fundada em motivos religiosos.

Os atos discriminatórios religiosos como xingamentos, humilhações, gestos, recados, considerações desabonadoras configuram-se como assédio moral, se repetitivos, que será analisado no tópico 3.8 e nos seguintes. Há exceções legítimas que descaracterizam a figura da discriminação religiosa nas relações de emprego, como é o caso das organizações religiosas e das empresas de tendência.

---

<sup>162</sup> Obra citada, p. 73.

<sup>163</sup> Remete-se à definição da relação de emprego ao tópico “2.3 Caracterização” constante do Capítulo II – “Discriminação no Emprego”.

### 3.2.1 Exceções: Organizações Religiosas e Empresas de Tendência

Nas considerações de Paulo Jakutis, as organizações religiosas e a empresa de tendência<sup>164</sup> quando contratam estariam amparadas na “discriminação benigna”, na modalidade legítima<sup>165</sup>. Segundo o autor, “aqui a ideia central é que a distinção entre pessoas colocadas em situações semelhantes existe, mas há qualquer coisa de diferente entre elas que, em razão do resultado que essa diferença produz no relacionamento, a distinção se justifica e se torna aceitável”<sup>166</sup>.

As empresas de tendência ou as organizações de tendência são entidades empregadoras que, por sua própria natureza, possuem uma determinada linha de orientação religiosa, filosófica ou política, tais como os partidos políticos, as escolas ou colégios religiosos e os clubes de futebol.

A exceção permitida a essas instituições está prevista no BFOQ – *Bona Fide Occupational Qualification* do direito norte-americano – sendo assim explicitada como “um direito limitado a discriminar com base na religião, sexo ou origem nacional, onde a razão para a discriminação é a boa-fé na qualificação ocupacional. Exemplos dessa discriminação legítima seria a preferência de um restaurante francês por um cozinheiro francês, a preferência de um time de *baseball* por um jogador do sexo masculino e a preferência de um negócio que busque a filiação a determinada religião de pessoas de vendas que acreditem naquela religião”<sup>167</sup>.

Alice Monteiro de Barros observa que “nas empresas de tendência, os limites aos direitos fundamentais da pessoa são mais extensos, podendo ser afetadas não só a liberdade matrimonial, mas também a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão”<sup>168</sup>.

Arion Sayão Romita leciona que ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado deve ter conhecimento de que a conduta discrepante da orientação

---

<sup>164</sup> As conceituações de organizações religiosas e empresas de tendência serão feitas no presente capítulo no transcorrer do tópico “3.8.1.3.3 Assédio religioso nas organizações religiosas e nas empresas de tendência”.

<sup>165</sup> Remete-se às definições de discriminação negativa e positiva presente no tópico “2.2 Espécies: Direta X indireta, positiva X negativa e vertical X horizontal” do capítulo II deste trabalho.

<sup>166</sup> Obra citada, p. 41.

<sup>167</sup> KAY; WEST apud JAKUTIS, Paulo. Obra citada, p. 41-42.

<sup>168</sup> BARROS apud ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 310.

religiosa adotada na entidade patronal enseja descumprimento de obrigações contratuais<sup>169</sup>.

Para se caracterizar a discriminação nas organizações de tendência é preciso analisar o caso concreto de acordo com a natureza da função a ser exercida pelo candidato a emprego e de acordo com a atividade essencial da empresa.

Paulo Jakutis assevera que “a qualificação ocupacional de boa-fé” (BFOQ) norte-americana preceitua que, nesses casos, o importante seria a essência do negócio e conclui<sup>170</sup>:

Assim, é correto dizer que uma entidade que presta assistência para crianças molestadas sexualmente pode contratar enfermeiros de determinado sexo com base na prova pericial demonstrando que seria imprescindível, para a saúde mental das crianças, a presença, em todos os turnos, de pelo menos um enfermeiro de cada sexo (ver *Healy v. Southwood*, 78 F.3d 128 – 3d Cir. 1996). A **essência do serviço prestado** pela entidade é o cuidado com a saúde mental das crianças. Por outro lado, seria incorreto sustentar a possibilidade de uma empresa aérea contratar apenas aeromoças de determinado peso, porque isso as tornaria mais atraente e esse fator ampliaria a demanda, na medida em que **a atividade essencial da empresa** não é o entretenimento dos clientes, mas transporte de um ponto a outro (v. *Diaz v. Pan American* 442 F.2d 385 – 5th Cir. 1971) (grifo nosso).

Assim, por exemplo, a contratação de professor católico para ministrar ensino religioso num colégio de orientação católica não pode ser considerada discriminatória, posto que legítima ante a razoabilidade de seus efeitos, afinal é fundamental e até mesmo estratégico que tal professor seja católico<sup>171</sup>.

Já os demais professores, auxiliares e pessoais do serviço administrativo e de limpeza não podem ser discriminados por sua religião no momento da contratação, em regra. Tudo vai depender da análise do caso concreto e dos efeitos nocivos do ato.

---

<sup>169</sup> Obra citada, p. 310.

<sup>170</sup> Obra citada, p. 158.

<sup>171</sup> No magistério de Edilton Meireles: “todo professor acaba por difundir para seus alunos suas convicções, sejam religiosas, ideológicas, etc. Ninguém, principalmente, em questões religiosas, consegue atuar com total imparcialidade. É certo, portanto, que o colégio religioso queira em seu quadro de trabalhadores pessoas que professam a religião respectiva, sob pena dela se afastar de seu objetivo principal enquanto entidade religiosa, que é a difusão de sua fé (MEIRELES, 2004 apud OLMOS, Cristina Paranhos. Obra citada, p. 71-72).

Nesse espeque, para as funções que não guardem uma relação direta com a linha filosófica, religiosa ou política seguida pela organização deve prevalecer o acesso amplo e irrestrito ao mercado de trabalho.

Essa orientação não é pacífica. Há autores que discordam desse ponto de vista, como é o caso de Manoel Jorge e Silva Neto e Cristina Paranhos Olmos.

A professora Cristina Olmos entende que para ministrar aulas de teologia não se faz necessário que o professor seja católico, basta que ele tenha conhecimentos teórico-científicos sobre a matéria. O professor deve se limitar ao ensinamento do tema e não pregar uma religião. Mesmo porque o colégio católico não tem por fim a difusão da religião e sim ministrá-la como atividade *paralela* à escola, estimulando os alunos a entenderem os preceitos do catolicismo para que, *querendo*, eles possam optar por seguir ou não tal religião<sup>172</sup>.

Manoel Jorge e Silva Neto, na mesma linha, afirma que “muito embora a liberdade de ensinar não alcance o limite de permitir ao docente a reprovação, em sala de aula, dos princípios religiosos do estabelecimento, não poderão tais entidades, no momento da celebração do contrato de trabalho, escolher docentes que estejam rigorosamente afinados com a fé religiosa abraçada pela instituição”<sup>173</sup>. E, conclui: “Algo diferente de a instituição ser confessional é obrigar que os trabalhadores também o sejam”<sup>174</sup>.

Ressalte-se que embora os trabalhadores não estejam obrigados a professar a fé religiosa da organização em que trabalhem não lhes é lícito reprovar, no ambiente laboral, os princípios difundidos pelo estabelecimento de ensino, afinal há um número expressivo de escolas não confessionais, abrindo-se espaço para o exercício da liberdade de convicção do docente<sup>175</sup>.

Adota-se, aqui, posição intermediária. Nem tão radicais como as de Alice Monteiro de Barros e Arion Sayão Romita a ponto de admitir que as liberdades matrimonial, religiosa, de opinião e de expressão de empregados de organizações religiosas sejam restringidas e nem tão abertas como as de Cristina Olmos e Manoel Jorge a ponto de entender que nenhum empregado, em nenhuma circunstância,

---

<sup>172</sup> Obra citada, p. 72.

<sup>173</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> Esse posicionamento é inspirado em SILVA NETO, Manoel Jorge. Obra citada, p. 163-164.

quando admitido por organização religiosa deva pertencer ao mesmo credo religioso desta.

Fica-se com a posição de Paulo Jakutis, a qual permite às organizações religiosas e às empresas de tendência discriminar legitimamente quando os efeitos do ato forem proporcionais, quando a função exercida pelo empregado assim o requerer e quando for essencial ao negócio desenvolvido pela empresa.

### 3.3 MOMENTOS DE OCORRÊNCIA

O art. 373-A, inciso II, da CLT<sup>176</sup>, o qual versa sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher brasileira, evidencia que a discriminação nas relações laborais pode ocorrer no período contratual, e durante a vigência do contrato, através da expressão “recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho” sendo que as discriminações ocorridas durante o pacto podem, eventualmente, resultar em rompimento do mesmo.

Destaca-se que a doutrina entende, pacificamente, que esse artigo pode ser aplicado também para os homens quando na situação concreta evidenciar-se discriminação em razão do sexo às avessas, ou seja, o empregador preterir o homem em favor da mulher pelo simples fato dele ser do sexo masculino. Tal posicionamento está embasado no art. 5º, I, da CF o qual proíbe a discriminação entre homens e mulheres.

Destarte, a preocupação de se evitar a discriminação religiosa nas relações de trabalho vem desde a contratação do trabalhador, estendendo-se à manutenção e à extinção do contrato de trabalho. Imprescindível, desse modo, que o empregador, como sujeito ativo do poder diretivo, esteja ciente de que a liberdade de crença e de culto é assegurada constitucionalmente, primando, portanto, pelas garantias e princípios constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>176</sup> “Art. 373-A Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] II - **recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho** em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;[...].” (grifo nosso).

Diante disso, fica evidente que o respeito mútuo das crenças é fundamental no ambiente de trabalho, uma vez que o objetivo primordial do vínculo trabalhista é a obtenção de resultados pela produtividade e pela qualidade, independentemente do credo do trabalhador.

Entretanto, há que se mencionar que a discriminação pode ocorrer na relação de emprego como um todo, isto é, abrangendo a fase pré-contratual até o seu término, passando pela execução e até mesmo ser pós-contratual. Melhor distinguindo, pode ocorrer na etapa de recrutamento, seleção e admissão, como pode se perfazer no curso do contrato de trabalho e também após a cessação do mesmo.

### 3.3.1 Antes da Contratação ou na Contratação

A discriminação, como anteriormente mencionado, pode ocorrer na fase pré-contratual, isto é, na fase de admissão, quando o empregador comete algum abuso na etapa de seleção dos trabalhadores.

Com relação à discriminação religiosa, um exemplo seria questionar acerca da religião do trabalhador, restringindo as vagas de emprego, hipoteticamente, aos não adventistas, pela razão de haver expediente aos sábados, ou no caso de um empregador evangélico que não contrata empregados da umbanda e do candomblé e vice-versa.

O Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região julgou caso de discriminação religiosa pré-contratual, entendendo ser devida a indenização pelo dano moral decorrente do ato ilícito, confira-se:

**DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** A Constituição Federal, ao dispor em seu art. 5º, incisos V e X, sobre a possibilidade de reparação do dano moral pôs um ponto final nas divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a reparação de dano imaterial, e reafirmou seu principal desiderato de elevar ao grau máximo de proteção a dignidade da pessoa humana. Em complemento à Lei Maior, as normas infraconstitucionais que regulam a matéria impõem a observância de certos requisitos ao reconhecimento do dano moral, sendo imprescindível a verificação da ocorrência de ato danoso, praticado com culpa ou dolo, e a existência de nexo causal entre aquele ato e o dano moral suportado pela vítima. Vale frisar: o dano moral em si não é passível de prova porque inexistem critérios objetivos para apurar a dor ou o sofrimento que aflige a alma da vítima. **No caso concreto ficou robustamente comprovado que a reclamante só não foi contratada pela empresa ré, após realizar**



**algumas etapas do processo seletivo, por causa de crença religiosa, sem qualquer motivo plausível, pois professar a sua fé religiosa não traria qualquer implicação no exercício da função a que se submetia no processo seletivo nem às atividades desempenhadas pela empresa ré. Esses fatos evidenciam, no seu conjunto, que houve discriminação injustificada e injustificável atentatória à garantia constitucional de isonomia no trato (inciso VIII do art. 5º da Lei Maior), pelo que a autora tem direito à indenização para reparar o dano moral sofrido. (TRT 23ª Região - RO-0086100-18.2010.5.23.0009. Rel.: Des. Edson Bueno. Data de Publicação: 24/03/2011) (grifo nosso).**

A discriminação religiosa que ocorre antes ou no momento da contratação trabalhista pode ser verificada por meio de anúncios publicitários discriminatórios, os quais exijam requisitos dos candidatos a emprego, que são dispensáveis ao exercício do cargo ofertado, tais como o da colocação da religião professada pelo candidato no currículo.

A esse respeito, veja-se notícia veiculada no sítio eletrônico da Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região:

**Acordo com o MPT cessa anúncios discriminatórios em jornal de Teresina**

O jornal O Dia, de Teresina, fez acordo com o Ministério Público do Trabalho, em março, para encerrar Ação Civil Pública em que foi obrigado, por liminar expedida pela Justiça do Trabalho, a não mais publicar anúncios de emprego e de estágio com requisitos discriminatórios.

Em vista disso, o jornal fará campanha publicitária educativa acerca da proibição de publicar ou fazer veicular anúncios de emprego ou estágio nos quais haja critérios discriminatórios de seleção. O acordo firmado com o MPT determina ainda que o jornal não mais veiculará anúncios de emprego ou estágio em que haja referências a sexo, raça, cor, opinião política, religião, identidade sexual, situação familiar, gravidez e origem, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim exigir.

O jornal também não poderá veicular anúncios que, subliminarmente, impliquem em discriminação, com exigência de "boa aparência" ou "boa apresentação" e de currículos com foto.

Caso descumpra essa obrigação, o jornal incorrerá em multa de R\$ 500,00 por anúncio discriminatório veiculado. A multa aplicada será reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Como na Ação Civil Pública, o MPT postulava a condenação do jornal ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00 (Cem Mil Reais), no acordo o Procurador do Trabalho José Wellington de Carvalho Soares ofereceu alternativa, acatada pelo veículo, de publicar na primeira página de seu caderno de classificados - durante 90 dias - texto em que explica ser vedada a publicação de anúncios de emprego ou estágio que mencionem qualquer forma de discriminação (grifo nosso).

Desta monta, exigir que candidatos a emprego coloquem em seus currículos a opção religiosa; publicar anúncios de emprego fazendo constar uma

preferência por candidatos de determinado credo religioso; ou preterir candidato na admissão do emprego fundado, exclusivamente, na religião ou descrença dele configura discriminação religiosa antes ou na contratação.

### 3.3.2 Na Vigência da Contratação

A discriminação pode acontecer durante a prestação de serviços, ou seja, na fase contratual, através de diversas configurações, como uma não promoção devida, fixação de um salário menor ou advertências infundadas, não se tratando de hipóteses exaustivas, mas qualquer que seja a forma de se externalizar tal discriminação, ela pode configurar assédio moral, se repetitiva, e quando ocorrer nessa etapa do vínculo laboral.

Aliás, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no Brasil desde 1992, considera como únicos requisitos para a promoção em cargos dentro da empresa tempo e capacidade, sendo assim os demais poderão ser considerados discriminatórios à luz do caso concreto<sup>177</sup>.

Saliente-se que as discriminações perpetradas durante o contrato de trabalho podem garantir ao empregado a sua rescisão indireta, especialmente pela aplicação da alínea “e” do art. 483 da CLT, a qual preceitua que o empregado poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho e pleitear a respectiva indenização quando o empregador ou seus prepostos praticarem, contra ele ou pessoa de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Ilustrativamente, quando o empregador impõe aos funcionários de uma loja de magazine que, na época natalina, utilizem uniformes com imagens de santos reverenciados pela Igreja Católica, mas ignorados como tal por outras denominações religiosas, sob pena de aqueles que não o fizerem terem os seus salários reduzidos<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Art. 7º - Os Estados-Parte do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis**, que assegurem especialmente:

c) **Igual oportunidade para todos de serem promovidos**, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de **tempo e capacidade**

<sup>178</sup> O exemplo é trazido por André Luiz Souza Aguiar e se refere ao pedido de indenização por dano moral pela imposição, por parte de um empregador da cidade de Salvador, de uso de vestimentas típicas, alusivas a festas populares e de cunho religioso cristão como o São João e Natal, onde a empregada demonstra insatisfação ao se caracterizar como tal durante a execução das suas atividades, pela violação dos seus princípios religiosos como Testemunha de Jeová, cuja recusa levou à aplicação de penalidade disciplinar, com a suspensão temporária dos seus direitos trabalhistas e do seu exercício de trabalhar, e, em seguida, a rescisão contratual (TRT - 5ª Região, 2ª

Caso concreto, julgado pelo juiz do trabalho, da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa, Alexandre Roque Pinto, de discriminação religiosa na vigência do pacto laboral foi o de três empregados dos Correios que foram advertidos de forma escrita por não comparecerem à convocação para o trabalho nos dias de sábado, alegando que são fiéis da Igreja Adventista do Sétimo Dia, qual o tem como dia de guarda.

O juiz acolheu a pretensão dos autores fundamentando que o direito à liberdade religiosa se sobrepõe ao do poder diretivo do empregador, na situação analisada, anulando as advertências, suspendendo as punições disciplinares, determinando à empresa que se abstinhasse de exigir o trabalho dos autores do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado e condenando-a ao ressarcimento dos danos morais, leiam-se as razões:

[...]

O caso dos autos é de conflito entre o direito fundamental de praticar e expressar uma religião, de um lado, e o poder diretivo do empregador, de outro.

[...]

Com efeito, um dos documentos diz que “o funcionário não comparece as convocações para o trabalho em dia de sábado, alegando motivo religioso, por ser adepto da Igreja Adventista do 7º Dia. Quando da convocação, o colaborador disse que se fosse possível poderia trabalhar no domingo ou na segunda-feira [que era feriado local], mas no sábado não viria porque é o seu dia de dedicação às atividades religiosas”.

Já no citado parecer, consta que o funcionário “vem faltando às convocações quando eventualmente é convocado para trabalhar aos sábados”. Consta ainda que a chefia imediata “vinha fazendo concessões para este trabalhar no domingo, porém para isso acontecer era necessário que um dos gestores também trabalhasse, para abrir a unidade e acompanhar o colaborador em suas atividades internas”.

[...]

Sabe-se que a liberdade de crença e de religião é uma das conquistas do estado democrático de direito. Uma das principais conquistas da civilização. Trata-se de um direito fundamental do cidadão que garante a liberdade de ter uma crença e de expressá-la. Por ele, o cidadão pode ser ateu e pode mudar de religião quando bem entender.

[...]

A Constituição do Brasil estabelece a liberdade religiosa como um direito fundamental. É claro que ele não é ilimitado nem absoluto. Nem mesmo direito à vida é absoluto, pois a Constituição o relativiza nos casos de guerra declarada. Não obstante, os direitos fundamentais devem ser sempre respeitados, só podendo ser relativizados quando outra conduta não puder ser adotada sem relevante prejuízo de outro direito fundamental (a partir de uma ponderação de interesses) ou em caso de prejuízo à segurança, saúde, ordem e moral públicas.

A liberdade religiosa pode e deve ser flexibilizada, por exemplo, quando pais que freqüentam uma determinada agremiação religiosa que proíbe a transfusão de sangue querem impedir que seu filho à beira da morte receba a transfusão que lhe salvará a vida. Neste caso, o direito fundamental à vida da criança deve prevalecer frente ao direito fundamental às convicções religiosas dos pais.

Da mesma maneira, uma religião que impusesse aos fiéis que andassem nus pela rua, ou que consumissem cocaína, ou que os obrigasse a roubar ou a matar os infiéis, não poderia ser respeitada pela coletividade nesses pontos. O direito fundamental à crença teria que ceder diante de outros interesses mais relevantes.

Quanto à observância de dias de guarda, uma hipotética religião que prescrevesse seis dias de guarda por semana, todas as semanas do ano, e permitisse que os fiéis trabalhassem em apenas um, não poderia ser invocada pelo empregado como justificativa para faltar a semana quase toda. Num caso como esse, a liberdade religiosa estaria sendo invocada para justificar o injustificável: o direito de ganhar sem trabalhar, enquanto os que não professassem a religião teriam que trabalhar para ganhar. Isso feriria o direito fundamental à igualdade de todos perante a lei.

O direito à observância de um dia de guarda por semana, contudo, nada tem a ver com as exigências absurdas que citei nas linhas acima. Trata-se de um preceito milenar, que inspirou o legislador a estabelecer o repouso semanal remunerado. A origem desse costume pode estar no livro do Gênesis, segundo o qual Deus criou o mundo em seis dias e descansou no sétimo.

Por essa razão, se o próprio direito positivo incorporou a folga semanal como medida de saúde, para possibilitar o descanso do trabalhador, não parece razoável simplesmente ignorar, de antemão, o direito a guardar um dia da semana em função da religião. Somente a análise da situação concreta é que pode conduzir à legitimação de um ato de restrição do direito de liberdade religiosa, quando tiver que ceder a um interesse superior.

Isso significa que é dever do Estado e da sociedade, ou seja, de todas as pessoas, respeitar a liberdade religiosa de cada um, fazendo o possível para não sacrificar o pleno exercício dessa liberdade.

[...]

Transportando-se essa compreensão para o âmbito da relação de emprego, pode-se concluir que é dever do empregador fazer o possível para respeitar a liberdade de religião do seu empregado, inclusive no tocante a eventual dia de guarda. Nesse caso, deve o patrão fazer o que estiver ao seu alcance para flexibilizar o horário do trabalhador, permitindo que ele descanse no dia de guarda e trabalhe nos demais.

A crença de cada um é algo sagrado. Entender que ela deve ceder ao poder diretivo do empregador, em toda situação, é retroagir ao tempo em que a garantia da liberdade de culto não existia. O trabalhador não deixa de ser cidadão quando veste a farda da empresa ou adentra ao interior de suas instalações. Ele continua sendo uma pessoa com suas convicções políticas, filosóficas e religiosas, que devem ser respeitadas.

[...]

Os esforços da sociedade devem convergir para a inclusão, não a exclusão, das minorias. Impor aos guardadores do sábado – que são ínfima minoria – a obrigação de trabalharem nesse dia, implica em exclusão social, pois só resta ao cidadão escolher entre duas alternativas: contrariar um mandamento que julga divino e manter o emprego ou obedecer ao mandamento e ficar à margem do mercado de trabalho. Como muitos escolheriam a segunda opção, por fidelidade à sua crença, o resultado seria o desemprego de muitas pessoas. Isso poderia ser evitado, na maior parte dos casos, se a atividade produtiva, com um mínimo de desconforto, fizer o possível para permitir o repouso no dia de guarda. Sem dúvida, é a solução que privilegia o interesse público e o direito fundamental à religião.

Não há dúvida, portanto, que o direito à liberdade de crença deve ser

respeitado, só podendo ser relativizado em hipóteses excepcionais.

No caso dos autos, vários são os motivos para o respeito ao direito de guardar o dia de sábado.

Primeiro, a reclamada é uma grande empresa, com milhares de funcionários. A quantidade de sabatistas em seu quadro funcional certamente é pequena. Não haverá grandes constrangimentos em se adequar a dinâmica do empreendimento ao direito de natureza religiosa desses empregados. Até porque a reclamada mantém atividades em todos os dias da semana, inclusive aos domingos.

[...]

É visível a desproporção entre o sacrifício exigido da empresa (que é irrelevante) para manter íntegro o direito fundamental dos reclamantes e o sacrifício exigido dos autores (que é descomunal) para preservar o poder diretivo da empresa. Em casos como este, não há dúvida de que o direito fundamental à expressão religiosa deve prevalecer.

Com esses fundamentos, considero injusta e ilegal a punição aplicada aos autores, acolhendo o pedido de sua anulação, bem como a tutela inibitória pleiteada, de modo que a empresa fique impedida de exigir dos reclamantes o trabalho do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado.

[...] (grifo nosso).

Percebe-se que a questão da discriminação religiosa no emprego está envolta pela intolerância do empregador que faz descaso do credo do empregado, considerando-o só em um de seus aspectos, homem que trabalha e que deve produzir, desconsiderando que aquele que labora também pensa, também tem direito ao lazer e também tem direito de se comportar, dentro dos ditames legais, de acordo com o seu credo.

### 3.3.3 Encerrada a Contratação

Por fim, pode ocorrer discriminação religiosa como “motivo”, frise-se que injustificável, para que o empregador demita o empregado, o que será mais bem desenvolvido no tópico “dispensa discriminatória por motivos religiosos” e, também, após a cessação do contrato de trabalho, ou seja, na fase pós-contratual, quando o empregado já deixou de prestar serviços para o empregador e esse o difama ou denigre sua imagem no mercado de trabalho, levando em conta a opção religiosa daquele.

A discriminação na fase pós-contratual pode se configurar, também, na inclusão do nome do trabalhador em lista discriminatória. Tem-se por ela, a lista elaborada por empresas, normalmente de médio e grande porte, em face de ex-empregados com o intuito de vedar a sua recolocação no mercado de trabalho, seja por causa do exercício regular de um direito como, por exemplo, de ação, seja por qualquer outro motivo discriminatório injustificável.

A empresa difama o ex-empregado repassando a lista, comumente, às demais empresas do mesmo ramo de atividade econômica por ela desenvolvido. O TST já firmou jurisprudência no sentido de que a inclusão de nome de trabalhador em lista discriminatória é ilícita e viola o patrimônio moral do empregado (honra e imagem), leia-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INCLUSÃO DO NOME DO RECLAMANTE EM LISTA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. As proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego são distintas. A par das proteções que envolvem discriminações com direta e principal repercussão na temática salarial, há as proteções jurídicas contra discriminações em geral, que envolvem tipos diversos e variados de empregados ou tipos de situações contratuais. Embora grande parte desses casos acabem por ter, também, repercussões salariais, o que os distingue é a circunstância de serem discriminações de dimensão e face diversificadas, não se concentrando apenas (ou fundamentalmente) no aspecto salarial, como a situação de inclusão de nome do trabalhador em listas discriminatórias, hipótese dos autos. Ficando demonstrado que o Reclamante pleiteia indenização por danos morais em face da inclusão de seu nome - com base em informação de seu ex-empregador - em lista discriminatória formulada pela Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. (denominada lista PIS-MEL), com o objetivo de condicionar a celebração de futuros contratos de trabalho ao fato de o candidato a emprego não possuir ação trabalhista e de não ter restrição de crédito - evidencia-se que tal prática se contrapõe aos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente àqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). (Agravo de instrumento desprovido. Processo: AIRR-9640-98.2005.5.09.0091 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010) (grifo nosso).

Também reconhece o Tribunal Superior do Trabalho como discriminatória a atribuição de acusações infundadas, pelo ex-empregador, de ato de improbidade lesiva ao bom nome do ex-empregado e fornecer informações desabonatórias e inverídicas a alguém que pretende contratá-lo, perceba-se:

DANO MORAL. PROVA. DECLARAÇÕES PATRONAIS À IMPRENSA. Concebendo o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade - estes entendidos como "categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas" (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 25) -, a sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana,

sendo dispensada a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana e constatar a extensão da lesão causada não pode obstaculizar a justa compensação. "Depois de restar superada a máxima segundo a qual não há responsabilidade sem culpa, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção hominis de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-60). "O dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo" (DALLEGRAVE NETO, José Affonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho - 2ª ed - São Paulo, LTr, 2007, p. 154). "Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito" (STJ, Resp. 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.3.98, DJ 18.12.98). "Incorre na compensação por danos morais, por violação à honra do empregado, o empregador que lhe atribui acusações infundadas de ato de improbidade lesiva ao seu bom nome, dá informações desabonatórias e inverídicas a alguém que pretende contratá-lo ou, ainda, insere o trabalhador em 'lista negra', para efeito de restrições de crédito e outras operações, visando a discriminá-lo em futuros empregos, pelo fato de o trabalhador tê-lo acionado em Juízo, fornecendo tais informações às prestadoras de serviço e exigindo que elas não contratem esse empregado" (BARROS, Alice Monteiro de Curso de Direito do Trabalho - São Paulo: LTr, 2006). Declarações do banco-reclamado à imprensa, lesivas à competência e ao zelo dos obreiros constantes da lista de despedidos, rotula os trabalhadores com o contrato de trabalho extinto em tal ocasião, ainda mais se considerarmos a amplitude da divulgação - estadual. Trata-se da violação dos direitos da reclamante à imagem, à privacidade, à boa fama, à honra, à reputação, à livre busca por trabalho. Caracterizada, portanto, violação de direitos da personalidade. (Processo: RR - 652698-57.2000.5.17.5555 Data de Julgamento: 22/10/2008, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2008) (grifo nosso).

Nessa seara, conclui-se que mesmo após a cessação do vínculo laboral, o empregador pode continuar discriminando negativamente o empregado através do fornecimento de informações desabonadoras a seu respeito ou pela inclusão de seu nome em lista discriminatória.

### 3.4 O CONFLITO ENTRE O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO

A Consolidação das Leis do Trabalho, através de seu art. 2º, apresenta o conceito de empregador como “[...] a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

A atuação do empregador enquanto agente de direção, ao qual se encontram subordinados os trabalhadores ou empregados, está umbilicalmente ligada ao denominado poder diretivo, que é sinônimo de organização, de imposição de regras, utilizado para o bom desenvolvimento do trabalho.

Numa linguagem comum, pode-se dizer que o poder diretivo do empregador é aquele através do qual o mesmo exerce o comando, designa normas e atribuições dentro de seu estabelecimento laboral, sofrendo as devidas limitações quando a lei assim o fizer. Ademais, referido poder possui base firmada na relação de subordinação jurídica existente entre empregador e empregado, onde aquele detém a função de gerir, organizar e controlar a produção dos bens e/ou serviços objetos da relação comercial da empresa.

Pertinente, nesse passo, é o entendimento de Ana Lúcia Coelho Lima<sup>179</sup> a respeito da relação de poder entre empregado e empregador, a qual pode dar ensejo a discriminações no contexto do referido vínculo:

A proteção contra a discriminação na relação de emprego faz-se ainda mais necessária, diante do fato de que, nesse contrato, **as partes são originariamente desiguais**, em virtude dos efeitos do vínculo de emprego de **atribuir ao empregador o poder diretivo**, de um lado, e **o dever de subordinação pelo empregado**, de outro. Com isso, o trabalhador acaba ficando extremamente vulnerável à discriminação, em face da relação de poder na qual se configura o contrato de emprego (grifo nosso).

A problemática existente no que diz respeito ao direito de o empregador exercer o poder diretivo está no abuso praticado com o argumento de que faz parte de suas atribuições, a fim de garantir o bom desenvolvimento de sua produção, devendo o empregado obedecer às suas ordens.

---

<sup>179</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 17.



Nesse diapasão, pode surgir o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito do trabalhador à liberdade religiosa, sendo necessário frisar que tal poder pode sofrer limitações.

Octavio Bueno Magano assevera que os direitos individuais do trabalhador configuram-se em limite ao exercício do poder diretivo, confira-se: “o exercício do poder diretivo não pode interferir em certos direitos do trabalhador, tais como o da liberdade física, o da liberdade de consciência, os derivados do *status civitatis* e do *status familiae*”<sup>180</sup>.

O empregador não pode interferir nas escolhas e práticas religiosas de seus empregados. Essa é uma prerrogativa que não lhe é conferida, uma vez que a Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos IV, VI e VIII, assegura aos cidadãos a liberdade de pensamento e de convicção religiosa, filosófica ou política.

Observe-se que “essa liberdade deve ser vista também na sua dimensão negativa, podendo o trabalhador ocultar o seu pensamento, a sua crença, a sua convicção e a sua ideologia ou manifestá-las somente perante um grupo de pessoas que lhe convir. Encontra-se tutelada pelo direito à intimidade e à vida privada.”<sup>181</sup>

No conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à liberdade religiosa do empregado devem-se considerar ambos direitos limitados um pelo outro, na medida em que a liberdade religiosa não pode ser tão excessiva a ponto de o empregado desarmonizar o ambiente de trabalho com a prática de proselitismo religioso, por exemplo, e nem tão fraca a ponto de o empregado ser obrigado a adotar o credo praticado pelo empregador.

O poder diretivo, por sua vez, não pode ser tão forte a ponto de as atitudes do empregador serem consideradas um abuso do direito, como será visto no tópico que segue, e nem tão fracas a ponto de permitir ao empregado, por exemplo, ausentar-se ao trabalho para assistir um culto religioso comum.

---

<sup>180</sup> MAGANO apud ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 275.

<sup>181</sup> SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. *Limites aos poderes do empregador. Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2230, 9 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13296>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

### 3.5 O ABUSO DE DIREITO PELO EMPREGADOR

A conduta do empregador ao abusar de seu poder diretivo, impondo suas vontades, invadindo sem nenhum tipo de cuidado a intimidade e a vida privada do trabalhador, revela-se prejudicial às relações de trabalho.

O abuso do direito possui previsão no art. 187 do Código Civil, nestes termos: “Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Tal instituto surgiu como novidade no contexto da lei civil de 2002 tendo por principal objetivo coibir o mau uso das “brechas legais”, isto é, inibir que os indivíduos, na omissão da lei, ajam arbitrariamente sob o falacioso manto protetivo do “vazio” ou do “vácuo” legislativo. Hodiernamente, é punido como ato ilícito não somente o acontecimento danoso advindo de uma ação ou omissão dolosa ou culposa em desconformidade com a lei, mas também a utilização distorcida ou o desvirtuamento da lei.

Lima<sup>182</sup> discorrendo acerca do abuso do direito entende que:

Não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em prejuízo de alguém. Por conseguinte, o indivíduo, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em abarcar todo exercício que tenha por finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede dessa maneira.

Nessa circunstância, dentro do vínculo empregatício, a discriminação revela-se como um abuso do poder, já que o empregador ao discriminar seu empregado, exerce de forma distorcida seu poder de mando, alvitrando, sobretudo, a dignidade do trabalhador.

Já que a própria legislação trabalhista atribui o poder diretivo a um particular, deveria coibir, por outro lado, o abuso do mesmo não somente por intermédio do instituto da rescisão indireta – que, nos fins práticos, tem os mesmos efeitos jurídicos de uma demissão sem justa causa – mas também pela via da indenização moral específica devida ao discriminado, porém, em montante equilibrado para que não se banalize o dano e sua reparação.

---

<sup>182</sup> Obra citada, p. 100.

Os Tribunais têm entendido que o abuso do poder do empregador, exigindo que o empregado realize determinadas práticas religiosas, objetivando macular os seus próprios dogmas, configura assédio religioso e, por sua vez, enseja reparação do dano causado ao trabalhador. Vejam-se:

**ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Provado que existia a obrigação imposta pela empresa de a empregada (técnica de enfermagem) assistir a uma missa por mês e a uma palestra de cunho estritamente religioso por semana, inclusive com o dever de prestar contas do conteúdo ministrado, sob pena de desconto salarial,** impõe-se confirmar a decisão singular que reconheceu o constrangimento psicológico praticado e deferiu indenização a favor da obreira, em quantum (R\$ 3.000,00) proporcional à intensidade da perturbação suportada. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, PI 00668-2007-103-22-00-9, Relator: MANOEL EDILSON CARDOSO, Data de Julgamento: 06/05/2008, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJT/PI, Página 12/13, 20/5/2008) (grifo nosso).

[...]

**DANO MORAL. LIBERDADE DE RELIGIÃO. As três testemunhas demonstram que na empresa havia a prática de “convite” para participar da religião evangélica, pelo diretor da empresa ou por chefias. Ainda que não tenha restado demonstrado traço de coerção nos convites, esses restam caracterizados como assédio religioso, o que é vedado. Artigo 5.º, inciso VI, da Constituição Federal: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”. O assédio religioso, ao violar a liberdade de crença do reclamante, causou-lhe violação à sua intimidade e sua vida privada, protegidos constitucionalmente (art. 5.º, X), nascendo daí o dever de indenizar.** (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, RO 0019300-55.2009.5.04.0305. Redator: MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA. Data: 04/08/2010. Origem: 5ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo) (grifo nosso).

O Brasil é um país laico, onde aparentemente, existe tolerância religiosa entre os cidadãos nesse quesito. É claro que há exceções, dentre elas a do empregador que abusa do poder diretivo para discriminar o empregado por razões religiosas ou para impor práticas que violem a sua liberdade de crença.

A técnica de ponderação dos interesses é um dos mecanismos utilizados para medir, auferir até que ponto o empregador abusou ou não de seu poder diretivo num caso concreto.

### 3.6 TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DOS INTERESSES

Primeiramente, cumpre salientar que a crença de cada um é sagrada e que entender que ela deve ceder ao poder diretivo do empregador, em toda situação, é retroagir ao tempo em que a garantia da liberdade religiosa não

existia. O trabalhador não deixa de ser cidadão quando passa a fazer parte do quadro de funcionários de uma determinada empresa e, por essa razão, continua sendo uma pessoa com suas convicções políticas, filosóficas e religiosas, as quais devem ser respeitadas.

A Constituição Federal, como outrora mencionado, estabelece a liberdade religiosa como um direito fundamental, entretanto, esta não é uma garantia ilimitada nem absoluta. Não obstante, os direitos fundamentais devam ser sempre respeitados, quando houver a colisão entre eles, com a possibilidade de relevante prejuízo a um dos interesses em pauta, adotar-se-á um sopesamento entre os valores.

Tecendo alguns argumentos sobre a aplicação dos princípios ao caso concreto e sobre a ponderação de interesses, Barroso afirma o seguinte<sup>183</sup>:

A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios fundamentais em oposição.

Daniel Sarmento<sup>184</sup> contribui, nessa perspectiva, ao estabelecer os parâmetros para o adequado recurso à ponderação:

O julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.

Diante disso, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é primordial quando há colisão entre direitos fundamentais, devendo a ponderação de interesses orientar-se na proteção do mesmo.

---

<sup>183</sup> GUIMARÃES, Ignez; ROCHA, Luciana. Da técnica de ponderação de princípios aplicada às sumulas vinculantes do STF. *Direito Público*, ano 7, n. 33, maio./jun. 2010. p. 205.

<sup>184</sup> apud SILVA NETO, Manoel Jorge. *Obra citada*, p. 98.

Utiliza-se tal técnica quando há colisão entre princípios porque as normas que são regras aplicam-se ou não se aplicam ao caso concreto, não havendo espaço para valoração. Manoel Jorge e Silva Neto enuncia que “todas as normas constitucionais prescritoras do direito individual à liberdade religiosa são *normas-princípio*, dado que o exercício do direito nunca se operará de modo absoluto, sob pena de vulnerar outro direito individual igualmente protegido pelo sistema da Constituição de 1988”<sup>185</sup>.

Com relação à possibilidade da ponderação da dignidade em relação a outros princípios Robert Alexy<sup>186</sup> discorre que não há princípios absolutos, mas princípios fortes, que são aqueles que em nenhum caso podem ser deslocados ou retirados por outros, sendo que a dignidade, embora não seja absoluta, em regra possui maior peso nas ponderações com outros princípios.

Destarte, a utilização da técnica do sopesamento de valores busca a ‘pesagem’ equilibrada entre os bens constitucionalmente tutelados, tendo o papel de impedir que se atribua peso excessivo em detrimento do outro. Funciona como uma balança do caso concreto, na qual se medem os interesses em questão, prevalecendo aquele mais idôneo, justo, razoável e proporcional para a solução do conflito.

Podem entrar em choque, também, os princípios da continuidade da relação de emprego e o da livre iniciativa quando há uma discriminação religiosa no ambiente laboral. O primeiro, disposto no art. 170, VIII, da CF<sup>187</sup>, possui como repercussões favoráveis, segundo Godinho, (1) a *tendencial* elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço legislativo, seja pela negociação coletiva, seja pela conquista individual do trabalhador; (2) o investimento educacional e profissional do empregador para com o empregado e (3) a afirmação social do indivíduo favorecido pelo longo contrato<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 101.

<sup>186</sup> apud GOSDAL, Thereza Cristina. Obra citada, p. 100-101.

<sup>187</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

<sup>188</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 193-194.

O segundo, disposto no art. 170, parágrafo único<sup>189</sup>, significa, dentre outros aspectos, a liberdade de o empresário desenvolver a atividade econômica escolhida e, dentro dela, a liberdade de contratação, também na esfera trabalhista. Desse modo, pode o empresário-empregador despedir injustificadamente – não precisa motivar –, no entanto, a desmotivação não se confunde com a motivação ilícita ou discriminatória.

Segundo José Afonso da Silva, a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso da liberdade de iniciativa e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que a iniciativa econômica privada há de ser entendida no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo e será ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário<sup>190</sup>.

Portanto, considerando a grande importância da aplicação da técnica da ponderação de interesses/valores, ora tratada, inegável é a sua contribuição nas relações de trabalho quando se trata do conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à liberdade de crença do empregado, sendo que na medida em que houver abuso do direito por parte daquele, ensejando uma conduta que atente contra a dignidade deste, tal técnica deve ser posta em prática a fim de salvaguardar os direitos fundamentais inerentes ao trabalhador, tal como o da liberdade religiosa.

E, levando-se em conta o postulado do menor sacrifício, é mais razoável que o empregador tolere ou respeite a crença do empregado do que este tenha que “mudar” de credo ou não ter credo algum para satisfazer os interesses, muitas vezes pessoais, do empregador.

---

<sup>189</sup> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>190</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 772.

### 3.7 APLICAÇÃO HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um “redimensionamento conceitual”<sup>191</sup> do Direito no sentido de que todo o sistema jurídico passou por uma releitura baseada na eficácia direta da Constituição, a qual incide sobre todas as demais leis infraconstitucionais, inclusive as de direito privado, e é assentada na centralidade do ser humano.

Historicamente, o Estado já foi despótico, absoluto e, hodiernamente, é de Direito, este último subdividido em liberal, social e democrático<sup>192</sup>.

Sendo o Estado de Direito um anseio dos cidadãos oprimidos, o constitucionalismo surgiu como um meio de limitar o poder do soberano e de organizar o Estado. Inicialmente, as regras constitucionais eram destinadas ao legislador infraconstitucional e não aos administrados.

Para Ferdinand Lassalle, a Constituição formal não passava de uma mera folha de papel, que exprimia as vontades políticas dos grupos detentores de poder<sup>193</sup>. Nesse espaço – de Constituição meramente formal –, as normas constantes de seu texto tinham, essencialmente, caráter público, pois ao Estado não era dado imiscuir-se na esfera entre particulares em que predominava o abstencionismo estatal e a plena liberdade negocial.

A partir dessas reflexões, necessário se faz mencionar a dicotomia, que vigorava, rigidamente, entre o Direito Público e o Direito Privado.

Nesse contexto, numa visão subjetiva quando, em qualquer ação, uma das partes fosse pessoa jurídica de Direito Público e agisse na relação jurídica específica como tal, seriam aplicadas as normas de Direito Público. Para as outras situações aplicar-se-iam as normas de Direito Privado.

Na visão objetiva, as normas de Direito Constitucional, Administrativo, Penal e Tributário seriam de interesse público, enquanto as normas de Direito Civil e de Direito do Trabalho, de interesse privado.

---

<sup>191</sup> POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan. (Org.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 151.

<sup>192</sup> apud POPP, Carlyle. Obra citada, p. 153.

<sup>193</sup> apud POPP, Carlyle. Obra citada, p. 155-156.

Entretanto, com o surgimento do Estado Social, considerou-se que o homem não era oprimido somente pelo Estado e pelo liberalismo econômico, mas também pelo seu próprio semelhante. E, a partir dessa constatação, surgiu a necessidade de titularização de direitos de igualdade, os quais são implementados por meio de políticas públicas prestacionais.

Konrad Hesse, em sua teoria da Força Normativa da Constituição, vaticina que a norma constitucional representa o desejo de toda a sociedade e, portanto, não pode ser destinada apenas ao legislador. A Constituição possui “força ativa”, ela é dinâmica, viva e tem eficácia, na medida em que se concretiza no seio social, sendo, portanto, material e não só formal<sup>194</sup>.

De acordo com Canotilho e Vidal Moreira “toda ordem jurídica deve ser lida à luz dela [da Constituição] e passada por seu crivo, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela”, e nisso consistem os princípios da unidade e da premência normativa da Constituição<sup>195</sup>.

Nessa medida, como fonte normativa do Direito Privado, além do Código Civil e da CLT, tem-se também a Constituição Federal, e por essa razão o Direito Público e o Direito Privado aproximam-se a ponto de se fundirem em normas principiológicas, como as da função social da propriedade, do contrato e da empresa; da boa-fé objetiva; dos direitos da personalidade, entre outras. Tais normas são de ordem pública, mas estão inseridas no Código Civil e, também, na Consolidação das Leis do Trabalho, a ponto de serem chamadas de “normas civis constitucionais”<sup>196</sup> e “normas trabalhistas constitucionais”.

O Direito Privado deve ser interpretado conforme a Constituição e na interpretação dos preceitos constitucionais deve ser considerado o ordenamento como um todo, inclusive os princípios de direito privado, a fim de harmonizá-los entre si. Nessa esteira, o sistema jurídico apresenta “vasos comunicantes”<sup>197</sup> em que o público sofre a influência do privado e vice-versa.

Ricardo Lorenzetti aborda a constitucionalização do Direito Privado de maneira bem elucidativa, comparando-a ao sistema solar, explicação que batizou de “Teoria do Big Bang Legislativo”, em que a Constituição é o Sol que irradia sua

---

<sup>194</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. São Paulo: Fabris, 2009. p. 27.

<sup>195</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES E MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45.

<sup>196</sup> POPP, Carlyle. Obra citada, p. 162

<sup>197</sup> POPP, Carlyle. Obra citada, p. 163.



luz a todos os planetas, que são os Códigos. O Código Civil é o planeta Terra já que influencia todos os demais Códigos. Os microsistemas, CDC, ECA e leis extravagantes, são os satélites que recebem influência de todos os demais. Dentro desse sistema, os princípios fundamentais de direito privado se coadunam e se interpenetram com os de direito público, criando o chamado “diálogo das fontes”<sup>198</sup>.

Assim sendo, o Direito Privado está constitucionalizado e deve ser visto sob uma nova ótica, principalmente calcada nos princípios fundamentais. Dessa forma, observa-se a horizontalização dos direitos fundamentais que passam a ser aplicados nas relações entre os particulares, e não só como forma de conter a ingerência estatal na esfera individual.

Por ser matéria de Direito Privado, a constitucionalização e a aplicação horizontal dos direitos fundamentais também passam pelo Direito do Trabalho. Daí a se analisar: como os direitos fundamentais da pessoa humana, abordados nos capítulos I e II<sup>199</sup>, aplicam-se na relação de trabalho?

Antes, a figura forte e inacessível do Estado, era quem, por diversas vezes, oprimia, acabrunhava o homem, o cidadão. Hodiernamente, essa depreciação e rebaixamento acontecem desenfreadamente nas relações entre particulares. Perderam-se os verdadeiros valores<sup>200</sup>, quanto mais o respeito aos direitos fundamentais inerentes a cada indivíduo, que numa relação que envolve o Direito Privado, deveria ser priorizado.

Nesse arcabouço, falar em aplicação horizontal de direitos fundamentais é falar de indivíduos oprimidos por seus próprios pares. Falar em aplicação horizontal de direitos fundamentais é falar da incapacidade humana de respeitar o seu próximo. Falar em aplicação horizontal de direitos fundamentais é falar do homem vilipendiando o próprio homem. E a opressão entre os particulares não é novidade. É história antiquíssima que remonta ao momento em que o homem passou a existir na Terra. A novidade, enfim, não é essa: a de que o homem vilipendia o seu semelhante. A novidade é: finalmente o Direito e Poder Judiciário passaram a reconhecer que não só o Estado, mas também o ser humano é capaz de cometer atrocidades em detrimento dos direitos fundamentais.

---

<sup>198</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 45.

<sup>199</sup> Os direitos fundamentais analisados no capítulo I e II a que nos referimos, em especial, são: liberdade religiosa, dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e a liberdade associada à intimidade e à vida privada.

<sup>200</sup> Retoma-se, aqui, a noção da descartabilidade do ser e das suas conseqüências já trazidas no Capítulo II.

Nas relações de emprego, a aplicação de direitos fundamentais dá-se de maneira horizontal quando o empregador confere ao empregado um ambiente de trabalho livre para a manifestação legítima do seu pensamento e de suas crenças religiosas, filosóficas e políticas; livre da ingerência em sua intimidade e vida privada; livre de pressões infundadas, humilhações, assédio; e de todas as formas de comportamentos que violem a dignidade daquele que labora.

Essa é a “revolução”: o Direito vem se transformando para se adaptar e tentar resolver os conflitos privados, mas com apoio em outro paradigma, o dos direitos fundamentais.

### 3.8 A CONFIGURAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA

Esse tópico começa com importante reflexão de Hirigoyen<sup>201</sup> acerca do assédio moral para despertar o perigo social do mesmo:

Ao longo da vida há encontros estimulantes que nos incitam a dar o melhor de nós mesmos, mas há igualmente encontros que nos minam e podem terminar nos aniquilando. Um indivíduo pode conseguir destruir outro por um processo de contínuo e atormentante assédio moral. Pode mesmo acontecer que o ardor furioso desta luta acabe em verdadeiro assassinato psíquico. Todos nós já fomos testemunhas de ataques perversos em um nível ou outro, seja entre um casal, dentro das famílias, dentro das empresas, ou mesmo na vida política e social. No entanto, a nossa sociedade mostra-se cega diante dessa forma de violência indireta. A pretexto de tolerância, tornamo-nos complacentes.

O assédio moral consubstancia-se no “terror psicológico” – ato em que se busca tornar a vítima infeliz –, por intermédio de um tratamento repetidamente humilhante, degradante, ameaçador e incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é evidente que por meio do assédio moral podem ocorrer inúmeras práticas discriminatórias.

Ulisses Otávio Elias dos Santos para conceituar o assédio moral separou os seus termos. O assédio expressaria uma insistência impertinente, perseguição, pretensão constante em relação a alguém, e moral seria o conjunto de

---

<sup>201</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa do cotidiano. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 9.

princípios ou valores que pertencem ao domínio do homem, que vai nortear o seu modo de agir e de pensar, geralmente de maneira virtuosa<sup>202</sup>.

O assédio moral pressupõe uma situação de *ser* ou uma sequencia de atos – não se configura em episódios isolados. Trata-se de uma conduta repetitiva e prolongada no tempo. Assim, um só ato discriminatório pode reverberar-se em dano moral a ser indenizado, mas não em assédio.

O assédio moral, hodiernamente, não só é discutido nas relações empregatícias, mas também em todas as esferas da vida social, em especial, dentro das escolas, configurando-se o chamado “bullying”, no qual alunos de determinado grupo discriminam repetidamente, por meio de violência física, verbal e/ou psicológica, aluno ou alunos de outros grupos diferentes ou minoritários, pelos mais variados “motivos” (inaceitáveis, frise-se). Intrínseca é a relação entre o assédio escolar e o assédio ocorrido no ambiente de trabalho, afinal a formação profissional dá-se, essencialmente, nas instituições de ensino.

No cenário laboral, o assédio moral pode ser vertical, quando é exercido pelo superior em relação ao seu subordinado ou pelo empregador em face do empregado; bem como ser horizontal, quando se instaura entre pessoas da mesma hierarquia dentro da cadeia funcional da empresa. O que importa no presente estudo é o praticado de forma vertical, ou seja, pelo empregador ou pelo preposto em face do trabalhador.

Paulo Jakutis<sup>203</sup> discorre acerca do assédio moral discriminatório típico, exercido na forma vertical, da seguinte maneira: “A atuação constante do empregador [...] desrespeitando o trabalhador, agredindo-o, impondo-lhe apelidos, fazendo anedotas a respeito dele, expondo-o ao ridículo [...]”.

Os requisitos para a configuração do assédio moral trabalhista não são unânimes na doutrina. No entanto, podem-se citar dois que são recorrentes e dois que são controvertidos.

São recorrentes: (1) a prática de atos de cunho psicológico pelo autor e (2) a conduta repetitiva, prolongada no tempo (o “ser”). São controvertidos: (3) a finalidade de exclusão e (4) a comprovação do dano psíquico-emocional.

---

<sup>202</sup> SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. Assédio moral e a relação com o trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 22, n. 261, p. 59-61, set. 2005. p. 1.

<sup>203</sup> Obra citada, p. 234.

A finalidade de exclusão apresenta-se como um desejo do empregador de “se livrar” do empregado, forçando um pedido de demissão ou uma antecipação de aposentadoria, por exemplo. É prescindível, pois pode ser que o único intuito do empregador, no assédio moral, seja a satisfação de um desejo pessoal se ele for sádico, por exemplo.

A comprovação do dano psíquico-emocional provém de correntes patronais insistindo na necessidade de laudo médico pericial que comprove o dano psicológico. Entretanto, deve-se avaliar a conduta do agressor e não os reflexos orgânicos na vítima. A conduta tem que ser potencialmente lesiva, isto é, ser capaz de gerar um dano psicológico. As pessoas possuem graus diferentes de sensibilidade. O ilícito não pode ser deslocado para a vítima, cada um tem a sua própria capacidade de resistência<sup>204</sup>.

Apresentam-se formas exemplificativas de materialização do assédio moral no ambiente de trabalho: (a) subtração de tarefas ou imposição do regime de ociosidade compulsória, transformando o contrato de trabalho em contrato de inação; (b) segregação do trabalhador dentro do ambiente de trabalho; (c) manipulação da reputação pessoal ou profissional por divulgação de rumores maliciosos; (c) ridicularização pública; (d) supervisão excessiva; (e) imposição de metas inatingíveis; (f) menosprezo de desempenho; (g) atribuição de tarefas triviais, entre outras.

---

<sup>204</sup> Processo REsp 85019 / RJ RECURSO ESPECIAL1996/0000726-8 Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/03/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 18/12/1998 p. 358 JSTJ vol. 4 p. 246 REFOR vol. 347 p. 291 REFOR vol. 350 p. 223 Ementa CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. ASSERTIVA CONSTANTE DO ARESTO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NESTA INSTÂNCIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO. RESPONSABILIDADE TARIFADA. DOLO DO JORNAL. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. II - **Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.** III - Agindo o jornal internacionalmente, com o objetivo de deturpar a notícia, não há que se cogitar, pelo próprio sistema da Lei de Imprensa, de responsabilidade tarifada. IV - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição (grifo nosso).

Nessa seara, configura-se o assédio moral por discriminação religiosa quando: (1) o empregador ou seu preposto xingam, falam mal, adotam apelidos, fazem brincadeiras com o empregado fundados no seu credo religioso como, por exemplo, chamando-o de “crentinho”, “santo do pau oco”, “tapado”, “fanático” ou cometem qualquer um dos comportamentos acima enumerados, entre outros e (2) de forma reiterada; dispensando-se a finalidade de exclusão e a comprovação médica do dano psíquico pelos motivos já esposados.

Nessa conjuntura, se houver um comportamento abusivo por parte do empregador na constância do vínculo laboral, o qual desrespeite o trabalhador e comprometa a sua dignidade, no tocante à sua crença, há assédio moral vertical configurado na prática de discriminação religiosa, havendo a necessidade de tal ato ser combatido para que não gere problemas ainda maiores, como, por exemplo, doenças psicológicas no empregado assediado.

### 3.8.1 Assédio Religioso

É imprescindível que seja entendido do que se trata o assédio religioso, dado as diversas formas de assédio que existem no ordenamento jurídico brasileiro. Perceba-se que o assédio religioso é uma espécie de assédio moral e, por isso, todos os requisitos exigidos para a caracterização do assédio moral devem estar presentes na caracterização do assédio religioso.

A liberdade religiosa é um direito fundamental garantido a todos os cidadãos na Constituição Federal, “contudo, o exercício da liberdade religiosa deve merecer contenções, pena de restarem vulnerados outros direitos fundamentais das pessoas”<sup>205</sup>.

De acordo com Edilton Meireles, há três situações relacionadas à liberdade religiosa nas relações laborais<sup>206</sup>:

- a) A empresa convocar seus empregados para participar de cultos religiosos;

---

<sup>205</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011. p. 49.

<sup>206</sup> MEIRELES, 2004 apud OLMOS, Cristina Paranhos. Obra citada, p. 70.

- b) O empregado se ausentar do trabalho em face de suas convicções religiosas<sup>207</sup>; e
- c) As organizações religiosas discriminarem os trabalhadores que não professam a fé por elas defendida.

A situação descrita na letra “b” já foi examinada no tópico “3.3.2”, o qual discorre sobre a discriminação religiosa perpetrada na vigência do pacto laboral, inclusive se ilustrando um caso concreto de adventistas que não compareceram ao trabalho nos sábados, dia de guarda de seu credo religioso.

A descrita na letra “c”, por sua vez, foi analisada no item “3.2.1” quando se examinou as organizações religiosas e as empresas de tendência quanto à forma especial de contratação trabalhista, ante a essência do negócio desenvolvido pela empresa.

A letra “a” se fará presente no tópico “3.8.1.3.2” que descreve o assédio religioso institucional, podendo ser configurado pela convocação dos empregados da empresa a participarem de cultos religiosos. Traçam-se, a seguir, o conceito, as características e as espécies de assédio religioso.

### 3.8.1.1 Conceito

O autor Manoel Jorge e Silva Neto<sup>208</sup> define assédio religioso como “[...] todo comportamento ilícito, de pessoa natural ou jurídica, destinado à conversão de agnósticos, ateus ou indivíduos que professem fé diversa do assediante, para a qual se utiliza de violência física ou moral”.

O assédio religioso ocorre porque o crente tem plena convicção de que ele segue a doutrina certa e que por esse motivo, e pela sua fé, alcançará a salvação eterna. Entretanto, nem toda investida de um crente contra um agnóstico ou um ateu pode ser considerada assédio, pois na medida em que os últimos consentem, deixa de existir a perseguição<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Manoel Jorge e Silva Neto pondera que nada impede que o empregado exima-se quanto à sua presença na empresa em data tida por inadequada por sua facção religiosa, desde que comunique o fato previamente e compense a ausência em data a ser estipulada pelo empregador (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 160).

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>209</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista*

Assim, o assédio religioso configura-se como uma tentativa de conversão do outro à sua fé religiosa de maneira intermitente e coativa, em frontal desrespeito às convicções religiosas daquele que é alvo do assédio. A seguir desmembra-se esse conceito, no qual se fazem presentes as características do assédio.

### 3.8.1.2 Caracterização

O assédio religioso ocorre quando um crente, convicto das suas crenças, tenta impor a outro indivíduo, seja ele de outra religião, agnóstico ou ateu, a sua fé, e o faz usando de violência física ou moral.

Para que seja caracterizado o assédio, o comportamento do assediante deve ser ilícito, pois, se de alguma maneira o assediado tolerar ou aceitar a agressão, não há que se falar em ilicitude. Pode ser cometido por pessoa física ou jurídica, pois o assédio pode partir de um crente ou de uma organização religiosa, a exemplo de uma determinada seita. O objetivo é que o assediado seja convertido àquele seguimento religioso, e, por ser, algumas vezes, intolerante, o assediante acaba se utilizando de violência física ou moral para tentar alcançar o almejado<sup>210</sup>.

Desta feita o assédio religioso caracteriza-se por um comportamento ilícito de pessoa física ou jurídica com o objetivo de converter alguém a uma determinada fé religiosa por intermédio de coação física ou moral.

### 3.8.1.3 Espécies

O assédio religioso se caracteriza pela opressão/agressão física ou moral por parte do assediante contra o assediado, na esperança de que este se converta e comece a seguir os preceitos que aquele julga ser o correto e verdadeiro.

Há dois tipos de assédio religioso: o assédio religioso individual e o assédio religioso institucional. É possível essa distinção, haja vista que o assédio pode ser cometido por uma só pessoa (crente) ou por organizações religiosas (pessoa jurídica) e até mesmo por empresas.

---

do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011. p. 50.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 51.

É importante estabelecer essa diferenciação, pois os seus reflexos serão gerados no momento de apurar o modo de reparação do dano, questão que será abordada no próximo capítulo.

### 3.8.1.3.1 Assédio religioso individual

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto<sup>211</sup> “entende-se por *assédio religioso individual* o comportamento ilícito do crente que se destina à conversão de agnóstico, ateu ou mesmo de pessoa que tem fé religiosa diversa, o que se dá por meio de atos reiterados de conversão invasiva”.

De acordo com o autor, conversão invasiva é o ato que segue em desrespeito à liberdade da pessoa, delimitando numa grande proporção a sua liberdade<sup>212</sup>.

Cite-se como exemplo o caso de empregada que causa perturbação da ordem no ambiente de trabalho praticando proselitismo religioso. Ernesto Lippman acentua que “a liberdade religiosa não se confunde com a possibilidade de perturbação da ordem do ambiente de trabalho mediante proselitismo religioso” e cita julgado nesse sentido do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região<sup>213</sup>:

A Constituição garante a inviolabilidade de crença e a livre manifestação do pensamento, sendo **proibido privar de direitos por motivos religiosos**. Por isso, **nada impedia que a reclamante defendesse sua crença**, ainda que no âmbito da reclamada, que adotava doutrina diversa. O caso somente chama a atenção pela **perturbação que a manifestação da reclamante veio a causar na ordem estabelecida pela entidade**, refletindo, pois, no descumprimento de suas obrigações contratuais. Estando a reclamante adstrita ao contrato de trabalho, não poderia ela se voltar contra os princípios que norteavam as atividades da instituição e para os quais foi contratada. **É, partindo do próprio princípio constitucional da liberdade de crença, que a reclamante estava obrigada a respeitar os princípios religiosos da reclamada**. Também rege a espécie de contrato firmado entre as partes de livre manifestação de vontade e as regras a ele inerentes (grifo nosso).

Manoel Jorge entende que o proselitismo religioso praticado por empregado no ambiente laboral abre as portas para que o empregador rescinda o

---

<sup>211</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> LIPPMAN apud ROMITA, Aryon Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 308.309.



contrato por justa causa por incontinência de conduta, prevista no art. 482, “b”, da CLT<sup>214</sup>.

Conclui-se que o assédio religioso individual é praticado por um indivíduo em face de outro na tentativa de conversão deste à fé professada por aquele por entendê-la superior às demais.

### 3.8.1.3.2 Assédio religioso institucional

Primeiramente, cumpre destacar o conceito de assédio moral organizacional ou institucional, pois, como já salientado, o assédio religioso é espécie de assédio moral. Nessa seara, o assédio moral organizacional diz respeito a determinadas políticas de gestão de pessoal praticadas por algumas empresas, as quais levam ao surgimento de um ambiente de trabalho hostil, instável que afeta, no plano coletivo, o psicológico do trabalhador.

Consoante Silva Neto por assédio moral institucional<sup>215</sup>

[...] são compreendidas as práticas originárias dos segmentos religiosos propriamente ditos ou de órgãos públicos e que se propõem à conversão de fiéis por meio ilícito, à hostilização de outros segmentos religiosos ou desrespeitam o princípio da laicidade. No assédio religioso institucional nota-se relação imediata e direta entre o ato de assédio e a organização religiosa [...]

O assédio religioso institucional por parte de organizações religiosas acontece quando, por exemplo, o líder de uma seita religiosa incita os fiéis a hostilizarem outra religião, ou praticantes desta religião. Já o assédio religioso institucional por parte do Poder Público pode ocorrer quando um agente público favorece determinadas pessoas em razão de sua opção religiosa, ou ainda, se realiza um concurso público em dias “sagrados” para um determinado grupo religioso. Nessas hipóteses têm-se a violação do princípio da neutralidade do Estado, preconizado no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal<sup>216</sup>.

<sup>214</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

<sup>215</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011. p. 52.

<sup>216</sup> “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...].”

Também ocorre assédio religioso por parte da empresa quando ela constrói nos arredores ou dentro de seu estabelecimento templo representativo de determinado seguimento religioso, isto porque “a edificação seria paradigmática do envolvimento do ente coletivo com certa seita” e, a não ser que se torne espaço ecumênico, deve ser fechado ou demolido, na opinião de Silva Neto<sup>217</sup>.

Pode ocorrer assédio religioso institucional, ainda, quando o empregador convoca os empregados a participarem de cultos religiosos. Nesse aspecto, mesmo o convite é ofensivo à liberdade religiosa do empregado, pois segundo Manoel Jorge a recusa pode soar como um ato de rebeldia e não como um ato representativo da liberdade de crença<sup>218</sup>.

De acordo com o autor citado, a empresa, da mesma forma do Estado, deve assumir uma posição de neutralidade quanto ao fenômeno religioso, pois a empresa não tem religião<sup>219</sup>.

### *3.8.1.3.3 Assédio religioso nas organizações religiosas e nas empresas de tendência*

Após vistas as espécies de assédio religioso, fica a pergunta: é possível que seja cometido assédio religioso dentro das organizações religiosas e das empresas de tendência? E seria um assédio individual ou institucional?

Para responder a esses dois questionamentos, usar-se-á a distinção trazida por Manoel Jorge e Silva Neto acerca de organização religiosa e empresa de tendência. Organização religiosa “adota como atividade principal a divulgação da fé religiosa, que se objetiva, porém, por meio de cultos.” A exemplo: Arquidioceses da Igreja Católica, os Centros Espíritas e outros. A empresa de tendência “não tem por atividade principal a execução da liturgia religiosa, de cultos, mas é também vinculada a determinado segmento religioso e a sua existência está presa à disseminação da fé”, por exemplo, “instituições educacionais que são responsáveis pela divulgação e consolidação dos dogmas de determinado segmento religioso”<sup>220</sup>.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que quando houver prática de assédio religioso, e essa intolerância for política de gestão de recursos

---

<sup>217</sup> SILVA NETO, 2008, p. 162-163.

<sup>218</sup> Proteção constitucional à liberdade religiosa, p. 162.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>220</sup> SILVA NETO, 2011, p. 55-56.

humanos, ambas (organização religiosa e empresa de tendência) estarão cometendo assédio religioso institucional.

No entanto, se o empregador, que é muçulmano, obriga os empregados a fazerem todas as orações necessárias para essa religião durante o dia, ele estará cometendo assédio religioso individual.

### 3.9 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Segundo Caldeira<sup>221</sup> o princípio da não discriminação visa:

[...] uma proteção maior e efetiva daqueles que sofrem a distinção. Esse princípio é consagrado no Direito do Trabalho como um princípio protetor do empregado e objetiva igualar os trabalhadores entre si e perante o poder de comando do empregador, não atingindo, entretanto, a desigualdade concreta que existe entre empregados e empregadores na estrutura interna da empresa.

Assim, é evidente que os empregados nunca irão se equiparar, na questão de direitos, aos empregadores, até porque estes possuem o poder diretivo e podem exercê-lo dentro de seus limites, inclusive para efetuar uma dispensa por justa causa, com base nas hipóteses previstas no art. 482 da CLT.

Ocorre que se a dispensa é eivada por motivo discriminatório, torna-se abusiva, conforme o entendimento de Teixeira<sup>222</sup>:

Ao **dispensar** o empregado **por motivo discriminatório**, o empregador está exercendo o seu direito de despedir de forma não apenas arbitrária (ou seja, sem causa econômica, financeira, disciplinar, técnica ou outra prevista em lei como justificadora), mas também **de forma verdadeiramente abusiva**. Há um evidente abuso do direito por parte do empregador, que exerce de modo ilegítimo um direito (abstratamente) legítimo. A rescisão contratual se efetiva de modo contrário à sua finalidade, pois não se visa apenas pôr fim a relação de emprego, mas sim prejudicar um empregado por motivo discriminatório, puni-lo com o desemprego em virtude de visão preconceituosa da entidade patronal. Mesmo sendo, abstratamente, legítimo o direito de despedir, exercido de tais moldes o direito se revela irregular e anormal, em completo desvio de sua função social (grifo nosso).

Ademais, a dispensa discriminatória é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, veja-se o art. 1º da lei 9.029/1995:

---

<sup>221</sup> CALDEIRA, Gabriela Mendes. *O princípio da não discriminação e o direito do trabalho*. 2008. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1313>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

<sup>222</sup> TEIXEIRA apud LIMA, 2009. Obra citada, p. 107.

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, **ou sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (grifo nosso).

Observe-se que o Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou no sentido de que a interpretação do art. 1º, da lei 9.029/95 deve ser ampliativa sendo que o seu rol, quanto aos critérios de discriminação, é exemplificativo. Tal consideração deu-se em julgamento de Recurso de Revista para reintegrar portador de HIV despedido discriminatoriamente, transcreve-se parte do voto da Ministra Rosa Maria Weber:

A alegação da embargante, no sentido de que **o direito positivo vigente não ampara a proteção do empregado soropositivo contra despedida discriminatória, não resiste a uma análise percuciente e cuidadosa da legislação, a começar pelo art. 3º, IV, da Carta Magna**, que situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o **combate a todas as formas de discriminação**.

Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se **hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral**.

O art. 1º da Lei 9.029/95 proíbe a adoção de **qualquer prática discriminatória** para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante o dispositivo enumerar certas modalidades de práticas discriminatórias, quais sejam, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, **esse rol não pode ser considerado numerus clausus**, cabendo a **integração pelo interprete**, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação, impossíveis de serem antevistas pelo legislador". (Processo: RR - 94300-38.2006.5.24.0005 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/03/2009) (grifo nosso).

Sendo assim, como o rol do art. 1º, da Lei citada não é taxativo e veda a adoção de qualquer prática discriminatória durante e na manutenção do vínculo de emprego, a dispensa por motivos religiosos é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, a dispensa discriminatória configura-se em ato ilícito (art. 187, CC) gerador de danos materiais a serem indenizados em favor do empregado discriminado, em razão da perda dos salários advindos da relação laboral, através da reintegração no emprego com o ressarcimento integral de toda a remuneração do período de afastamento (art. 4º, I, da lei 9.029/95).

Ou quando esta restar inviável, com a percepção **em dobro** da remuneração do período de afastamento (art. 4º, II, da lei 9.029/95), nesse último

caso, cumulando-se à rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, CLT) com o recebimento de todas as verbas rescisórias decorrentes da terminação do vínculo e, por fim, de indenização pelos danos morais em virtude da violação à honra do trabalhador (art. 927, CC)<sup>223</sup>.

Nesse sentido tem entendido os Tribunais:

ATO DISCRIMINATÓRIO. EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA, DISPENSA. PARTICIPAÇÃO EM MOVIMENTO PAREDISTA. RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA PELA INSTÂNCIA TRABALHISTAS. ATO DISCRIMINATÓRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Se ficou configurada a justa causa, pelo fato de o Reclamante ter se recusado a retornar ao trabalho, não obstante a decretação da abusividade do movimento paredista, o empregador deveria dispensar todos os empregados que persistiram na greve, já que todos incorreram em causa justa para a resolução do contrato, e não apenas alguns, sob pena de tratamento discriminatório. Se o ato, apesar de pessoal, é único, mas a empresa dispensou apenas alguns, forçoso concluir, na esteira do entendimento do Acórdão do Regional, que **a empresa se aproveitou de uma situação de momento, de um desliz praticado por seus empregados, para se desfazer, sem qualquer ônus, daqueles que lhe fossem mais convenientes, por critérios absolutamente desvinculados da justa causa, em ação discriminatória.** Incabível, todavia, a reintegração por não haver previsão legal, normativa ou contratual. Se o ato é ilícito, impõe-se a reparação do dano. Embargos conhecidos e providos parcialmente. (Ac. TST SBDI 1 – E-RR 378487/97 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, julgado 08/09/03) (grifo nosso).

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. O Tribunal Regional, tendo consignado que a reclamada não poderia dispensar seus empregados imotivadamente, determinou a reintegração do reclamante porque as provas coligidas aos autos demonstraram que, entre agosto de 2007 e junho de 2008, ela teria dispensado dezenas de empregados aposentados com o intuito de renovar o quadro de pessoal. 2. Nesse contexto, não há falar em violação do art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição da República, porquanto, ainda que seja possível à reclamada dispensar imotivadamente seus empregados, o direito de resilição unilateral do contrato de trabalho não é absoluto, encontrando limites na cláusula geral de tutela da pessoa humana. 3. Assim, não se trata de negar a existência do direito de resilição contratual ou de criar jurisprudencialmente uma nova forma de estabilidade, mas de proteger os direitos fundamentais. O empregador, ao dispensar seus empregados movido por razões discriminatórias, exerce seu direito excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, ofendendo os princípios constitucionais da proteção da dignidade humana, da isonomia e da não discriminação (arts. 1º, inc. III, 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Carta Magna). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO

<sup>223</sup> Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

CONSTATADA. Na hipótese, não se constata violação ao art. 37, § 10, da Constituição da República, na medida em que esse preceito não legitima a conduta adotada pela reclamada, mormente porque, além de não ter sido invocado no momento da dispensa do reclamante, não alcança as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da Previdência Social. Recurso de Revista de que não se conhece. (Processo: RR - 114100-75.2009.5.04.0014 Data de Julgamento: 14/12/2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011) (grifo nosso).

Realizar a dispensa de um empregado por motivos religiosos (perseguição religiosa) configura discriminação. Como narrado nos tópicos anteriores (3.4 e 3.5), o empregador tem o seu poder diretivo o que lhe confere autonomia até certo ponto, pois quando essa autonomia extrapola um direito fundamental do empregado, no caso o direito a liberdade de crença religiosa, a força do empregador se transforma em abuso de direito, o que num extremo pode gerar a dispensa discriminatória.

### 3.10 CONCLUSÕES

O ser humano é fonte de dualismos. Por isso, amor e intolerância são sentimentos antagônicos, mas que podem ser demonstrados pela mesma pessoa, até mesmo com relação ao mesmo objeto.

Discriminação religiosa é toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião, cujo efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, do gozo e do exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A discriminação religiosa na relação de emprego é toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir a igualdade de oportunidade no emprego.

Ela caracteriza-se como um juízo desqualificante preconcebido emitido pelo empregador em relação à crença ou descrença do empregado.

Nas empresas de tendência e nas organizações religiosas, a discriminação religiosa na admissão pode ser considerada legítima a depender da função a ser exercida e da essência do negócio desenvolvido pela empresa.

A discriminação religiosa pode ocorrer nas fases pré e pós-contratual e durante a ocorrência do vínculo trabalhista.

A discriminação religiosa ocorre na fase pré-contratual quando o empregador deixa de contratar um candidato em razão de sua crença religiosa ou de sua descrença.

A discriminação religiosa, durante o vínculo laboral, pode ter diversas configurações, mas, normalmente, ocorre quando há advertências infundadas, fixação de menores salários ou obstáculos à ascensão profissional por conta da crença ou descrença do trabalhador.

A discriminação religiosa pós-contratual ocorre quando o ex-empregador denigre a imagem, calunia ou difama um ex-empregado no mercado de trabalho em virtude da opção religiosa deste.

No conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à liberdade religiosa do empregado deve-se aplicar a técnica de ponderação dos interesses, buscando eventual solução.

Os direitos individuais do trabalhador configuram-se em limite ao exercício do poder diretivo. Quando o empregador discrimina, religiosamente, o empregado, ele comete um abuso do poder diretivo a ser indenizado pela via do dano moral.

A constitucionalização do Direito Privado resultou em uma aproximação deste com o Direito Público por meio da profusão de normas principiológicas e por meio de uma releitura axiológica de toda ordem jurídica.

Ante a releitura constitucional do Direito Privado, os direitos fundamentais insculpidos na Constituição passam a vigorar, também, nas relações entre os particulares.

O assédio moral pode configurar-se quando há discriminação religiosa na relação de emprego, através de práticas de atos de cunho psicológico, de maneira intermitente, pelo empregador ou por superior hierárquico em face da escolha religiosa do empregado.

O assédio religioso é uma espécie de assédio moral. Em resumo, o assédio religioso caracteriza-se pelo proselitismo intolerável, insistente e persuasivo, física ou moralmente, na tentativa de conversão do outro à sua fé.

O assédio religioso pode ser individual ou institucional. O primeiro acontece quando o crente tenta converter, de forma ilícita, um ateu, um cético, um agnóstico ou, até mesmo, um crente em outra fé para aquela que entende como correta.

O segundo ocorre quando a empresa adota uma política de disseminação de certo credo religioso, seja por “convites” para que os empregados participem de cultos, seja pela construção de templo representativo de determinado seguimento religioso.

É possível a ocorrência de assédio religioso no seio das organizações religiosas e das empresas de tendência.

A dispensa em razão de motivos religiosos é discriminatória e, portanto, abusiva, sendo vedada pelo art. 1º, da lei nº 9.029/1995, segundo uma interpretação ampliativa deste.



## CAPÍTULO 4 – FORMAS DE NEUTRALIZAÇÃO E REPARAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Maurício Godinho Delgado<sup>224</sup> afirma que: “[...] o Direito do Trabalho foi o grande instrumento que as democracias ocidentais mais avançadas tiveram de integração social, de distribuição de renda, de democracia social. Um poderoso e eficaz instrumento que conseguiu exatamente estabelecer uma forma de incorporação do ser humano ao sistema socioeconômico, em especial daqueles que não tenham outro meio de afirmação senão a própria força do seu labor”.

O mesmo autor, ainda, assevera “que apenas mediante a permanência do vínculo empregatício e com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais é que a ordem justalabalhista cumprirá, satisfatoriamente, o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições para o empregado de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em uma determinada sociedade.”<sup>225</sup>

Emprestando-se este paradigma – o da inclusão social por intermédio do Direito do Trabalho – é que se abre o presente capítulo na esperança de que, mais uma vez, o Direito do Trabalho, por ser arma de combate às desigualdades estruturais na relação de emprego, possa ajudar a neutralizar e a reparar a discriminação laboral, onde o empregado tenha permissão para ser quem é, não só no seio de sua família e de seus amigos, mas também no ambiente de trabalho, observando-se, evidentemente, as limitações e acatamentos que esse meio exige.

Soares<sup>226</sup>, discorrendo sobre a centralidade do trabalho para os autores clássicos da sociologia, mencionou o seguinte:

---

<sup>224</sup> DELGADO apud GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 41.

<sup>225</sup> DELGADO, 2004 apud SUZUKI, Fábio Hiroshi. *Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro*: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

<sup>226</sup> SOARES, Luiz Felipe. *Etapas do pensamento social*. 2011. Disponível em: <<http://etapasdopensamento.blogspot.com/2011/11/resumo-centralidade-do-trabalho-nos.html>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

O autor Claus Offe examina três pontos centrais nos contextos históricos e sociológicos que levaram esses autores clássicos a tratar o trabalho como categoria chave da teoria sociológica. **O primeiro ponto que influencia as teorias sociais clássicas é designado pela expansão do trabalho e a separação desse trabalho das demais atividades, essencialmente pela separação da esfera da produção da esfera doméstica; o segundo ponto central se constitui pela ênfase na compreensão da revolução burguesa, da reforma religiosa e o desenvolvimento da Economia Política.** Esses elementos propiciaram uma inversão de valores atribuída ao trabalho, desconstruindo a antiga hierarquia de “nobre” e “vulgar” relacionado à atividade do trabalho; **O terceiro e último ponto central da teoria social clássica remete ao desenvolvimento da racionalidade econômica, exemplificada por Weber através da contabilidade racional.** Esta racionalidade que organiza e regulamenta o trabalho, os salários, cria a burocracia e se torna força estratégica de desenvolvimento do capitalismo (grifo nosso).

Considerando, dessa forma, à luz da sociologia do trabalho, que em função da separação entre o local de trabalho e o ambiente doméstico houve evolução na capacidade geradora daquele âmbito, eis que acelerou o sistema de produção, não se quer, no presente estudo, adentrar no caráter objetivo de tal entendimento.

Quer-se sim focar no caráter subjetivo do trabalhador com enfoque no ser humano, haja vista que se defende a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e conseqüentemente, da não discriminação na relação empregatícia, o que conseqüentemente gerará maior produtividade num ambiente de trabalho livre de tolhimentos psicológicos.

Assim, espera-se que o trabalhador se sinta bem no ambiente laboral, da mesma forma que se sente em seu lar, ou seja, que no local de trabalho o empregado possa ter interação com seus colegas e principalmente com seus superiores, a fim de que não haja pressões desnecessárias e tampouco, ilegais, em prol não só do trabalhador, mas também da própria produtividade.

Portanto, apesar da teoria clássica remeter à separação dos ambientes profissionais e domésticos, não se espera que haja ligação entre esses dois ambientes, mas sim que o trabalhador possa sentir que no ambiente de trabalho é respeitado e tratado como um ser humano digno, assim como, geralmente, o é em seu lar.

Ressalte-se que a Constituição Federal define o direito ao trabalho como direito social, não sendo permitida, dessa forma, qualquer tipo de discriminação que tenha por objetivo reduzir ou limitar as oportunidades de acesso e/ou manutenção do emprego.

A religião ou a ausência dela faz parte da essência humana. As pessoas têm a necessidade de ligação com o sobrenatural ou de afirmar que essa ligação não existe. Assim, a própria Constituição assegura o direito à liberdade religiosa, na qual se inclui a possibilidade de acreditar ou não em Deus e seguir ou não uma doutrina ou liturgia.

A crença em um Deus, em uma religião ou até mesmo a agnostia são uma extensão da personalidade humana, a qual é formada, dentre outros aspectos, pela vivência religiosa e espiritual de cada um ou pela ausência dessa vivência. Nesse espeque, negar, dissimular, esconder, reprimir, humilhar, ser discriminado, ser aviltado por sua crença ou descrença é ter parte de sua personalidade tolhida ou desprezada.

Nada mais desestimulante e preocupante, para a saúde mental do trabalhador e para um ambiente sadio de trabalho, do que ser discriminado pela opção religiosa ou pela falta dessa opção. Aí está uma escolha que nenhum indivíduo gostaria, precisaria ou deveria fazer: credo religioso ou emprego?

Ainda, se houvesse alguma conexão entre a escolha religiosa do empregado e a sua capacidade técnica ou manual de desenvolver a atividade laboral, a escolha se justificaria por si só, mas não há nenhuma prova científica de que um católico, um protestante, um judeu, um espírita ou um agnóstico seja melhor, técnica ou manualmente, para desempenhar determinada profissão, ressalvas feitas às organizações religiosas e às empresas de tendência.

Nesse contexto, é que se quer tratar da discriminação religiosa nas relações de emprego, como acontecimento que deve ser repudiado socialmente e pelo ordenamento jurídico. Para tanto, propõem-se formas de neutralização e de reparação da discriminação religiosa no âmbito trabalhista.

#### 4.1 NEUTRALIZAÇÃO

A neutralização constitui-se em “ato ou efeito de neutralizar(-se)”. Neutralizar, por sua vez, significa: “1. Declarar ou tornar neutro (um país, um território, um continente, uma cidade etc.); 2. Anular, inutilizar, eliminar; 3. Tornar inerte as propriedades de (uma coisa) e 4. Tornar-se neutral, indiferente, inativo”<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1191.

A acepção que se empresta aqui da palavra neutralização é aquela tomada no sentido de anular os efeitos da discriminação nos casos concretos ou no sentido de eliminá-la parcialmente, isto porque se tem a consciência de que a sua eliminação total é impossível fatidicamente, porque, como já se disse, somente numa sociedade perfeita, ideal e utópica a discriminação nunca ocorrerá.

Na sociedade contemporânea, por mais que sejam colocados em foco os direitos dos vulneráveis<sup>228</sup>, é evidente que o preconceito e a discriminação, por cor, por raça, pela escolha religiosa, pela sexualidade, pela aparência, pela posição socioeconômica e por tantos outros critérios injustificáveis, ocorrem a todo instante.

Basta lembrar que nas décadas de 50, 60, 70 e até mesmo nos anos 80, as mulheres “desquitadas” eram consideradas abandonadas à sua própria sorte. Em plenário, na discussão da votação da EC nº 9/77, que introduziu o divórcio no Brasil, alguns parlamentares chegaram às vias de fato. Segundo, o Desembargador Arnaldo Camanho de Assis<sup>229</sup>, “a dimensão do dissenso pode ser aferida pelas seguintes opiniões, expressadas durante os debates em plenário: ‘a desquitada é uma mulher cantável’; ‘divórcio é fabricação de menores abandonados’; ‘vamos lembrar a hora da Ave Maria’, de um parlamentar que ocupou a tribuna às 18 horas”<sup>230</sup>.

Certamente que para gerações passadas, a discriminação das mulheres “desquitadas” poderia ser justificável ante a cultura e o comportamento social da época, o que pode remanescer até os tempos atuais ou não. Mas, contemporaneamente, essa discriminação já se alterou – o que não significa que ela foi eliminada do seio social—, dando lugar a outras formas de discriminação da mulher.

---

<sup>228</sup> Há distinção entre os termos vulneráveis e minorias para alguns autores. O primeiro termo seria utilizado quando se fala em grupos ou pessoas, historicamente, com direitos ou garantias excluídos ou diminuídos em razão de qualidades negativas que lhes foram atribuídas em relação ao conjunto da sociedade. O segundo termo seria mais de utilização numérica, como para designar os homossexuais. Assim, por exemplo, existem grupos vulneráveis que não são minorias como é o caso das mulheres.

<sup>229</sup> EC nº 66/2010: *A Emenda constitucional do casamento*. Extraído de Direito Legal de 26 de julho de 2010. Disponível em: <<http://direito-legal.jusbrasil.com.br/noticias/2298161/ec-n-66-10-a-emenda-constitucional-do-casamento>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

<sup>230</sup> Disponível em: <[http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil\\_16jun1977.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_16jun1977.htm)>.

Por isso, defende-se que a discriminação não será extirpada da sociedade, mesmo se neutralizadas algumas de suas manifestações, porque ela é mutante de geração em geração.

Veja-se o entendimento do referido Desembargador sobre a EC nº 66/10, a qual dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos<sup>231</sup>:

Nos tempos atuais, nada mais justifica, sob qualquer ponto de vista, a sobrevivência do instituto da separação judicial. A sociedade brasileira de 2010 seguramente não é mais a mesma de 1977. **Os valores sociais mudaram muito, com seguro avanço no que se refere a velhos e ultrapassados preconceitos, que, atualmente, são vistos como resquício retrógrado de um passado a que ninguém mais quer retornar.** Por outro lado, a sutil diferença jurídica entre a separação judicial e o divórcio - a separação judicial dissolve a sociedade conjugal; o divórcio dissolve o vínculo conjugal - repercute apenas no fato de o divórcio permitir novo casamento, o que não é possível com a só separação judicial. O sofrimento imposto ao ex-casal separado - que, por imposição legal, deve voltar a conversar (e nem sempre isso é possível) para, em nova ida à Justiça, pedir o divórcio - **deserve aos anseios de uma sociedade que clama pela felicidade e pelo bem-estar**, sendo a todos os títulos inútil e despropositado exigir o prolongamento desse sofrimento, que ultrapassa o casal separado e repercute nos seus filhos, nos seus familiares, nos seus amigos (grifo nosso).

Portanto, conclui-se que ao longo do tempo as situações que ensejam discriminações estão sendo transformadas. Em resposta, tanto o ordenamento jurídico quanto a jurisprudência procuram se adequar à realidade na tentativa de neutralizar ou reparar tal conduta ilícita.

Nessa esteira, apresentam-se como meios de neutralizar a discriminação religiosa no âmbito das relações de emprego: a regulamentação do art. 7º, I, da CF; a criminalização das práticas discriminatórias na relação de emprego; as sanções penais aplicáveis àqueles que praticam a discriminação; as ações afirmativas, bem como a suspensão da atividade religiosa – esta proposta por

Silva Neto<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011. p. 47-65.

Neste trabalho, a neutralização difere-se da reparação, porque esta é mais pontual, concreta, com caráter mais individual e pecuniário, geralmente alcançável por meio da tutela judicial, enquanto aquela tem caráter mais amplo, generalizante, abstrato e difuso, normalmente prevista ou podendo ser prevista em lei. As formas de neutralização são mais inclusivas, enquanto as formas reparatórias são mais restauradoras.

É preciso ressaltar, também, que o modelo adotado no presente estudo difere do modelo adotado pelos demais doutrinadores estudados. Usualmente, na doutrina, costumam-se apresentar como modelos de combate à discriminação: o repressor e o da ação afirmativa.

O modelo repressor estaria abalizado mais em normas jurídicas que visam sancionar penal ou civilmente o sujeito discriminador, preservando tão somente a igualdade formal e, portanto, considerado estático, na medida em que não apresenta instrumentos para a modificação da realidade social daqueles grupos ou pessoas que sofrem discriminação.

O modelo da ação afirmativa, por sua vez, seria inclusivo, sendo efetivado por meio de políticas públicas e, portanto, mais dinâmico, ativo. A ação afirmativa busca a neutralização dos atos discriminatórios, mas, por outro lado, o sancionamento penal tem a mesma finalidade, se analisado sob um prisma pedagógico, por isso se optou por neutralização e reparação, para analisar o combate às práticas discriminatórias por meio de um viés finalístico.

#### 4.1.1 Regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal

A cessação da relação de emprego por iniciativa voluntária do empregador possui grande significação social, eis que por meio desta, o empregado perde o meio único de que dispõe para a sua subsistência e de sua família. .

Nessa perspectiva – do mau e indiscriminado uso do poder de despedir – é que se enquadra o disposto no artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores [...] além de outros [...]  
I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...].

Este inciso do art. 7º da Carta Magna resguarda a relação de emprego em face de dois tipos de demissão (arbitrária e sem justa causa), não se tratando, entretanto, de estabilidade.

Ante a previsibilidade de indenização para o trabalhador injustamente demitido, tal dispositivo pretende empenhar, dentre outros aspectos, responsabilidade patrimonial ao empregador pelo dano causado com a rescisão unilateral.

Necessário de início, estabelecer os conceitos de justa causa e despedida arbitrária. Segundo Octavio Bueno Magano<sup>233</sup>, a primeira significa a quebra de padrão esperado de conduta pelo empregado e a segunda, qual seja, despedida arbitrária, quer dizer a atuação do empregador não amparada em razão objetiva, isto é, de ordem técnica, econômica ou financeira.

Quanto à justa causa (motivos relativos à conduta culposa ou dolosa do empregado), devem ser reconhecidas algumas das hipóteses previstas no artigo 482, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>234</sup> e devidamente comprovada pelo empregador, para que este se exima de qualquer indenização ao empregado faltoso.

No que diz respeito à despedida arbitrária, a mesma deve estar limitada às hipóteses de dispensa motivada, consoante o artigo 10, II, “a” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988<sup>235</sup>, bem

---

<sup>233</sup> MAGANO, 1992 apud SUZUKI, Fábio Hiroshi. *Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa*. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

<sup>234</sup> Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando construir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo de honra e boa fama ou ofensas físicas praticada contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

<sup>235</sup> Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição:

como o art. 165, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>236</sup>, quando se tratar de dirigente eleito de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

Ocorre que se pretende no presente tópico mostrar a real aplicabilidade do dispositivo em tela, sua classificação e eficácia, em face de conter em seu texto a expressão “nos termos de lei complementar”, a qual, até o momento, diga-se de passagem, não foi criada.

Nesse espeque, da leitura do texto normativo em questão, evidencia-se que deve haver uma indenização compensatória, sendo que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o dispositivo, a indenização para o caso de dispensa arbitrária é a de 40% do valor dos depósitos realizados pelo empregador na conta vinculada do Fundo de Garantia do Trabalhador, que está prevista no art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e no art. 9º, §1º, do Decreto n.º 99.684, de 1990.

Diante disso, oportuno estabelecer uma classificação para a norma em comento, com base na lição de José Afonso da Silva<sup>237</sup>, que por meio de sua clássica disposição tripartida das normas constitucionais, classifica-as da seguinte forma: (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição pela atuação do legislador; e (3) normas de eficácia limitada ou reduzida, que não receberam normatividade suficiente do constituinte, de modo que dependem da intervenção legislativa para produzirem seus principais efeitos.

Partindo-se da teoria acima exposta, vários autores classificaram o art. 7º, I, da Constituição Federal.

Para José Eduardo Haddad<sup>238</sup>, o mencionado dispositivo apenas se limita a instituir a proteção contra a despedida arbitrária através de lei complementar,

---

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

<sup>236</sup> Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

<sup>237</sup> AFONSO DA SILVA, 2000 apud SUZUKI, Fábio Hiroshi. *Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa*. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

<sup>238</sup> HADDAD, José Eduardo. *Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho*. São Paulo:



a qual também fixará a indenização compensatória pelo ato danoso do empregador. Por isso, a mencionada lei complementar é quem estabelecerá meios e critérios de proteção contra a despedida arbitrária e é necessária para conferir a eficácia plena ao mencionado dispositivo constitucional.

Sergio Pinto Martins<sup>239</sup> corrobora o entendimento de Haddad asseverando não ser o inciso I, do artigo 7º da Constituição uma norma de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada.

Em contraposição, José Afonso da Silva<sup>240</sup> entende que a norma do artigo 7º, I, conjugada com a do artigo 5º, §1º, ambos, da Constituição de 1988, em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata e de eficácia contida. Afirma que a proteção contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária é um direito ou garantia fundamental e a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade com a definição dos elementos “despedida arbitrária” e “justa causa”, os quais delimitarão a sua eficácia.

Por outro lado, como ensina Jorge Luiz Souto Maior<sup>241</sup>, da previsão constitucional do artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988 não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica. Pelo contrário, é uma norma de eficácia plena, pois tal proteção trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores e a complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.

Necessário, diante de todos esses posicionamentos, mencionar o de Delgado<sup>242</sup>:

A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais – ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra constitucional. **Nessa Linha, o preceito contido no**

---

LTr, 1998. SUZUKI, Fábio Hiroshi. Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012

<sup>239</sup> MARTINS, 2000 apud SUZUKI, Fábio Hiroshi. *Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro*: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

<sup>240</sup> Obra citada, p. 293.

<sup>241</sup> MAIOR, Jorge Luiz Solto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

<sup>242</sup> Obra citada, p. 1038.

**inciso I do art. 7º em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido (grifo nosso).**

Lima<sup>243</sup> arremata:

Temos para nós que a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia. [...]  
Compreendido o texto especialmente em conjugação com o §1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º, que se enquadram, também, entre os direitos e garantias fundamentais, chegaremos à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida.

Posto isto, adota-se no presente estudo a posição destes de José Afonso de Lima e de Maurício Godinho Delgado, no sentido de que a norma prevista no art. 7º, I da CF possui aplicabilidade imediata e eficácia contida.

A aplicabilidade imediata se deve pelo fato do previsto na norma do art. 5º, §1º, da Carta Magna de 1988, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, o art. 7º, I da CF, por se tratar de norma definidora de direito e garantias fundamentais – proteção contra a dispensa imotivada e sem justa causa - possui presunção de aplicabilidade imediata.

Com relação à classificação de eficácia contida, deve-se ao fato de que a indeterminação de expressões vagas e abertas – “despedida arbitrária” e “justa causa” – impede a plena eficácia do direito disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal, podendo tal fato contribuir para a negação do reconhecimento dos direitos fundamentais pelos empregadores.

Nessa linha é de extrema importância que o art. 7º, I da Constituição Federal seja devidamente regulamentado, com a criação de lei complementar que torne sua eficácia plena, o que pode ser concretizado pela via do mandado de injunção<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 293.

<sup>244</sup> Art. 5º, LXXI, CF - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Necessário ressaltar, entretanto, que pelo fato do art. 7º, inciso III, do mesmo dispositivo, prever ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço forma autônoma e independente da indenização por dispensa pelo empregador, o legislador não poderá elaborar a lei complementar prevista no art. 7º, I, da Carta Magna de 1988, dispondo que o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço será a indenização compensatória, na concepção de Sergio Pinto Martins<sup>245</sup>.

Nesse contexto – de necessidade de regularização do art. 7º, I, da CF – evidencia-se que apesar de a norma possuir aplicabilidade imediata, por se tratar de direito fundamental do trabalhador, para que seja integralmente eficaz no campo da neutralização das discriminações religiosas no âmbito do trabalho, deve ser regulada por lei complementar.

#### 4.1.2 Criminalização das Práticas Discriminatórias na Relação de Emprego

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, antecipa o tema da discriminação ao informar que a República Federativa do Brasil tem como valores “uma sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceitos**, fundada na harmonia social” e prevendo, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III.

Ainda, no art. 3º, IV, há a defesa da promoção do bem de todos “**sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de **discriminação**”, sendo que no caput do art. 5º há a seguinte previsão: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Diante de tais normas, o legislador sentiu-se obrigado a repelir toda espécie de manifestação discriminatória, sendo permitido a ele traçar sua criminalização.

Atualmente, podem-se encontrar dispositivos, na legislação esparsa, que criminalizam a prática de atos discriminatórios, mesmo no Código Penal é possível constatarem-se disposições nesse sentido.

No entanto, o que aqui se defende é a inserção, na Consolidação das Leis Trabalhistas, de normas que não só vedem como, também, criminalizem a

---

<sup>245</sup> Obra citada, p. 217-219.

prática de discriminações, em especial a religiosa, no âmbito da relação de emprego.

Pensa-se isso como medida mais rigorosa que visasse causar um impacto patronal, no sentido dele refletir melhor antes de se utilizar de mecanismos discriminatórios em relação a seus empregados. Mas, sabe-se que tal solução seria somente inibitória, afinal o Código Penal criminaliza o homicídio e mesmo assim ele ocorre todos os dias dentro do território nacional.

#### 4.1.2.1 Sanções penais

Primeiramente, vale ressaltar que a Lei n.º 9.029/1995 considera crime a adoção das seguintes práticas discriminatórias relativas ao vínculo empregatício:

Art. 2º [...]

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Após, a mesma lei supramencionada, com redação dada pela Lei n.º 12.288/2010, sem prejuízo da cominação criminal, estabelece no seu art. 3º as seguintes penas disciplinares:

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais (grifo nosso).

Frise-se que a aplicação do dispositivo citado refere-se a qualquer tipo de discriminação praticada pelo empregador, inclusive nas dispensas discriminatórias, já que o seu *caput* dispõe que as cominações são aplicáveis às infrações do disposto na lei, a qual, nos termos do art. 1º, veda a adoção de **qualquer** prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego e sua manutenção.

Poucos meses após a promulgação da Constituição Federal de 1988, especificamente em 05 de janeiro de 1989, foi criada a Lei nº 7.716, a qual definiu os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, prevendo em seu art. 1º o seguinte: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de **discriminação** ou **preconceito** de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

Supracitada lei, com redação dada pela Lei n.º 9.459/1997, prevê a punição para os sujeitos ativos dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, dispondo em seus arts. 4º e 20, as seguintes sanções:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

**Pena: reclusão de dois a cinco anos.**

[...]

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, **religião** ou procedência nacional.

**Pena: reclusão de um a três anos e multa** (grifo nosso).

Seguem julgados que evidenciam a aplicabilidade da pena prevista no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, confirmam-se:

APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA SENTENÇA QUE ABSOLVEU O RÉU DO CRIME DE RACISMO PRATICADO NO "ORKUT", SITE DE RELACIONAMENTOS DA INTERNET. ART. 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/1989. AUTORIA, MATERIALIDADE, ADEQUAÇÃO TÍPICA E ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADOS. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO IMPOSTA. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O RÉU PRATICOU O CRIME DE RACISMO, DE PRECONCEITO CONTRA A RAÇA NEGRA, PORQUE, AO FAZER CRÍTICAS AO SISTEMA DE COTAS ADOTADO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, ESCREVEU EM VÁRIAS MENSAGENS QUE DIVULGOU PELO SITE DE RELACIONAMENTO DENOMINADO "ORKUT", DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES - INTERNET, QUE OS "NEGROS SÃO BURROS, MACACOS SUBDESENVOLVIDOS, FRACASSADOS, INCAPAZES, LADRÕES, VAGABUNDOS, MALANDROS, SUJOS E POBRES". 2. SENDO AS

EXPRESSÕES RACISTAS, DE PRECONCEITO CONTRA A RAÇA NEGRA, NÃO HÁ QUE SE FALAR QUE ELAS ESTARIAM PROTEGIDAS PELA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO, ASSEGURADA PELO ART. 5º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PORQUE ESTA NÃO JUSTIFICA A PRÁTICA DE QUALQUER CRIME. 3. O RÉU AGIU COM DOLO INTENSO PORQUE, NAS MENSAGENS QUE DIVULGOU, REITEROU AS EXPRESSÕES OFENSIVAS À RAÇA NEGRA. 4. O FATO DE O RÉU TER SIDO CONSIDERADO SEMI-IMPUTÁVEL PELO LAUDO TÉCNICO QUE CONCLUIU QUE ELE ERA CAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO QUE PRATICOU, NÃO SENDO INTEIRAMENTE CAPAZ, NO ENTANTO, DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO, NÃO O ISENTA DE PENA, MAS APENAS CONFERE-LHE O DIREITO DE TER A PENA REDUZIDA DE UM A DOIS TERÇOS, SEGUNDO DISPÕE O ARTIGO 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. 5. DEVE O RÉU RESPONDER POR CRIME CONTINUADO, DE ACORDO COM O PREVISTO NO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL, PORQUE DIVULGOU AS TRÊS MENSAGENS PRECONCEITUOSAS NO MESMO CONTEXTO EM QUE FAZIA CRÍTICAS AO SISTEMA DE COTAS ADOTADO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. ASSIM, AS TRÊS MENSAGENS OFENSIVAS NÃO CARACTERIZAM O CRIME DE RACISMO NA MODALIDADE DO CONCURSO MATERIAL, PREVISTO NO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL. 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E CONDENAR O RÉU NAS SANÇÕES DO ART. 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/1989, COMBINADO COM O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL, APLICANDO-LHE A PENA DE 01 (UM) ANO E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 07 (SETE) DIAS-MULTA, CALCULADOS À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS DO DISTRITO FEDERAL.<sup>246</sup> (GRIFO NOSSO)

PENAL - PRECONCEITO DE RAÇA OU COR - LEI N. 7.716/89 - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO PELA DEFESA - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO Configura crime de racismo, a oposição indistinta à raça ou cor, perpetrada através de palavras, gestos, expressões, dirigidas a indivíduo, em alusão ofensiva a uma determinada coletividade, agrupamento ou raça que se queira diferenciar. Comete o crime de racismo, quem emprega palavras pejorativas, contra determinada pessoa, com a clara pretensão de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça. O crime de racismo é tão repudiado pela consciência nacional que a Carta Política o considerou imprescritível (inciso XLII do art. 5º).<sup>247</sup> (grifo nosso).

Por fim, destaca-se a sanção penal disposta no art. 140, §3º do Código Penal, com redação alterada pelas Leis n.º 9.459/1997 e 10.741/2003:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.  
[...]

<sup>246</sup> 767015720058070001 DF 0076701-57.2005.807.0001, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 03/09/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 17/11/2009, DJ-e p. 87.

<sup>247</sup> 310240 SC 2004.031024-0, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 15/02/2005, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Chapecó.

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pena - reclusão de um a três anos e multa (grifo nosso).

E, quanto à violação ao sentimento religioso, destaca-se o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no art. 208, do CP:

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência (grifo nosso).

Nesse contexto, percebe-se que, de uma forma geral, a ordem criminal pátria condena as práticas discriminatórias, bem como a violação ao sentimento religioso de outrem. No entanto, aqui, defende-se a criminalização específica da conduta discriminatória no ambiente laboral.

Percebe-se que as medidas sancionatórias, as quais variam entre reclusão de um a cinco anos e multa, não são suficientes para inibir as práticas discriminatórias na relação de emprego, em virtude de seu caráter genérico e não têm o condão de reparar o dano causado ao trabalhador, o qual possui o direito de ser devidamente indenizado por ter sido vítima da discriminação.

#### 4.1.3 Ações Afirmativas

As ações afirmativas, também conhecidas como “discriminação positiva” ou “ação positiva”, de acordo com Gomes<sup>248</sup>, definem-se como:

[...] políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado

<sup>248</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7.

promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação (grifo nosso).

O mesmo autor, para fins classificatórios, aponta o seguinte:

[...] nos EUA as ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do Poder executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação do Poder Legislativo; do Poder Judiciário, que além de apôr sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros Poderes, concebe e implementa ele próprio medidas de igual natureza; e pela iniciativa privada.<sup>249</sup>

Nos termos do artigo 15 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, é totalmente permitido a existência de programas que visem melhorar a conjuntura dos grupos que sofrem discriminação, sendo que por meio dessa disposição evidencia-se a previsão da criação e aplicabilidade das ações afirmativas, confira-se:

**15. (1) Todo indivíduo é igual perante a lei e tem direito a proteção e benefícios iguais da lei sem que possa prevalecer qualquer discriminação**, sobretudo em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física.  
(2) O parágrafo (1) não impede a existência de nenhuma **lei, programa ou atividade que tenha por objetivo melhorar a situação de indivíduos ou de grupos desfavorecidos**, especialmente em razão da sua raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física (grifo nosso).

Nas palavras de Paulo Jakutis, por meio das ações afirmativas “são adotadas políticas e ações que realmente fazem distinções entre pessoas em situações semelhantes, mas essa diferenciação, contrariamente ao que ocorre com a discriminação, tem uma explicação lógica e uma finalidade específica, visando a melhorar a condição social de um grupo ou classe em desvantagem crônica”<sup>250</sup>.

Os nossos Tribunais também já se manifestaram acerca das ações afirmativas:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO.

<sup>249</sup> Obra citada, p. 53.

<sup>250</sup> Obra citada, p. 40.



CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente - comprometedora das noções de profundidade e distância - implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. **A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.** 4. Recurso ordinário provido. (grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM VAGA RESERVADA A DEFICIENTE FÍSICO. EXAME MÉDICO ADMISSIONAL. AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA APRESENTADA. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 7.853/89 E DECRETO N. 3.298/99. EXAME QUE DEVE SER REALIZADO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Por força do art. 37, VIII, da Constituição Federal, é obrigatória a reserva de vagas aos portadores de deficiência física, o que demonstra **adoção de ação afirmativa que visa conferir tratamento prioritário a esse grupo, trazendo para a Administração a responsabilidade em promover sua integração social.**

2. Nessa linha, a Lei n. 7.853/89 estabelece as regras gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, determinando **a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência.**

3. No caso dos autos, o candidato aprovado em concurso para o cargo de médico do trabalho foi excluído do certame após exame médico admissional, que atestou a incompatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada.

4. Entretanto, o Decreto n. 3.298/99, que vem regulamentar a Lei n. 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que o exame da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório.

5. Recurso especial provido para assegurar a permanência do recorrente no concurso de médico do trabalho promovido pelo Município de Curitiba.<sup>252</sup> (grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SISTEMA DE COTAS PARA ALUNOS NEGROS EGRESSOS DE ESCOLA PÚBLICA. FREQUÊNCIA EM ESCOLA PRIVADA MEDIANTE BOLSA DE ESTUDOS INTEGRAL. EXCLUSÃO DE ALUNA EM FASE ADIANTADA DO CURSO DE GRADUAÇÃO. SINGULARIDADE.

1. *Omissis*
2. *Omissis*

<sup>251</sup>

RMS 26071 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 13/11/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261 Parte(s) RECTE.(S): JOSÉ FRANCISCO DE ARAÚJO ADV.(A/S): ANTONIO VALE LEITE E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO LIT.PAS.(A/S): UNIÃO ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

<sup>252</sup> Processo REsp 1179987 / PR RECURSO ESPECIAL 2010/0026227-2 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 13/09/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 26/09/2011.

3. **As ações afirmativas são medidas especiais que têm por objetivo assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.**

4. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do art. 3º da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular. (REsp 1.132.476/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 21.10.2009).

5. Sobre as normas que estabelecem o processo seletivo, sabe-se que estas não comportam exceção, sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto. Ou seja, "não se pode interpretar extensivamente norma que impõe como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa" (REsp 1.247.728/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 14.6.2011).

6. *Omissis*

7. *Omissis*

8. *Omissis*

9. *Omissis*

10. *Omissis*

11. *Omissis*

12. *Omissis*

Recurso especial improvido.<sup>253</sup> (grifo nosso).

### Segundo Treviso<sup>254</sup>:

Devem-se construir, politicamente, condições que permitam aos cidadãos exercer a luta pela sua dignidade. Da mesma forma, devem-se criar instrumentos de progresso e igualdade econômica para a eliminação das situações de desigualdade. São nestes contextos que nascem as ações afirmativas, transformando-se em **instrumento de inclusão dos grupos menos favorecidos, concedendo-lhes a possibilidade de adquirirem as condições mínimas necessárias para o acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna**. Não é por outra razão concluímos que as ações afirmativas, atualmente, são de extrema importância para a concretização do princípio da dignidade humana, para o fortalecimento e concretização dos direitos humanos e, principalmente, para a promoção da igualdade substancial (grifo nosso).

Na verdade, as ações afirmativas buscam fazer com que a igualdade deixe de ser apenas formal, e passa a ser um ideal constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Aliás, referidas ações possuem grande importância

<sup>253</sup> Processo REsp 1254118 / RS RECURSO ESPECIAL 2011/0108387-7 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/08/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 23/09/2011.

<sup>254</sup> TREVISÓ, Marco A. M. *A igualdade, o princípio da proibição da discriminação e as ações afirmativas como promoção dos direitos humanos, à luz da teoria crítica*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109\\_igualdade\\_acoes\\_afirmativas.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109_igualdade_acoes_afirmativas.pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

para a materialização do princípio da dignidade humana, para o fortalecimento e aplicação dos direitos humanos e, principalmente, para a promoção da igualdade substancial.

Postulam-se meios concretos para que todas as pessoas tenham acesso aos bens necessários para uma vida digna, inclusive, através de políticas públicas e economia de mercado aberta e acessível a todos.

Da mesma forma, devem-se criar instrumentos de progresso e igualdade econômica para a eliminação das situações de desigualdade. Nessa perspectiva é que nascem as ações afirmativas, transformando-se em instrumento de inclusão dos grupos menos favorecidos, concedendo-lhes a possibilidade de adquirirem as condições mínimas necessárias para o acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna.

Observe-se que o sistema de cotas não é o único a propiciar a ação afirmativa e entre as estratégias previstas incluem-se “mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa”<sup>255</sup>.

E, mais, podem ser adotados o “método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado)”<sup>256</sup>.

Nesse contexto, isto é, de adoção de medidas positivas pelo Estado, no sentido de incluir as pessoas menos favorecidas e objeto de discriminações, que as ações afirmativas se incluem, sendo que por meio delas é que haverá a devida aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais inerentes aos trabalhadores.

Isso significa que ao Estado laico não cabe somente um dever de abstenção ou uma omissão no que diz respeito à opção religiosa de cada um e à forma de estruturação das organizações religiosas, mas também uma obrigação de propiciar a todos os seus cidadãos o exercício amplo da liberdade religiosa que pode se consubstanciar na facilitação da profanação de determinados credos minoritários.

---

<sup>255</sup> SANT’ANNA; PAIXÃO apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 99.

<sup>256</sup> GOMES apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Obra citada, p. 99.

#### 4.1.4 Suspensão da Atividade Religiosa

Utilizando-se dos ensinamentos de Manoel Jorge e Silva Neto<sup>257</sup>, tem-se que a suspensão da atividade religiosa revela-se como forma de solucionar o assédio religioso no ambiente de trabalho. Entretanto, aplica-se somente ao assédio religioso institucional, já discorrido em tópico anterior (Capítulo III, tópico 3.8.1.3.2).

De acordo com o mencionado autor<sup>258</sup>, por assédio religioso institucional, entendem-se as práticas originárias dos segmentos religiosos propriamente ditos ou de órgãos públicos que se propõem à conversão de fiéis por meio ilícito, à hostilização de outros segmentos religiosos ou desrespeitam o princípio da laicidade. No assédio religioso institucional, nota-se relação imediata e direta entre o ato de assédio e a organização religiosa, ou mesmo da prática assediante relacionada a determinado órgão público.

Diante disso, em um primeiro momento, deve ficar claro que não há direito fundamental que possa ser considerado absoluto, porquanto haja a técnica da ponderação de interesses, também já analisada no Capítulo anterior (tópico 3.6). Nesse espeque, tal técnica mostra-se de total utilidade para solução de questões ligadas ao assédio religioso, eis que medidas de coerção devem ser tomadas contra o segmento religioso que conduz a uma atividade nociva.

Para Manoel Jorge e Silva<sup>259</sup> “se a hipótese é de assédio religioso de caráter institucional, mediante o qual a organização religiosa utiliza expedientes francamente invasivos para consumir a conversão, a circunstância denota a existência de atividade nociva, cumprindo sejam adotadas medidas judiciais tendentes à imediata suspensão da atividade da seita assediante.”

Assim, na conjectura do assédio religioso institucional, vislumbra-se a possibilidade de interferência nas atividades religiosas da empresa. Nos termos do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil<sup>260</sup>, o juiz pode impedir a atividade nociva

---

<sup>257</sup> Obra citada.

<sup>258</sup> Obra citada, p. 63-34.

<sup>259</sup> Obra citada, p. 67.

<sup>260</sup> Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, **desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva**, se necessário com requisição de força policial (grifo nosso).

por meio de tutela inibitória configurada na seguinte obrigação de não fazer: “abster-se de praticar atividade religiosa nociva dentro da empresa”.

## 4.2 REPARAÇÃO

A Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções preconiza que:

§1. Todos os estados adotarão medidas eficazes para **prevenir e eliminar** toda discriminação por motivos de religião ou convicções no reconhecimento, o exercício e o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.

§2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para **promulgar ou derrogar leis**, segundo seja o caso, **a fim de proibir toda discriminação deste tipo** e por tomar as **medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria** (grifo nosso).

Entretanto, conforme já se observou, na prática, torna-se impossível eliminar toda a discriminação religiosa, mesmo porque ela deriva de um sentimento humano de superioridade, o qual não tem como ser controlado pelo Estado. Embora, o ideal fosse a eliminação da discriminação por motivos religiosos, bem se sabe que isso somente seria possível numa sociedade perfeita e, portanto, utópica.

Entretanto, como não é possível fatidicamente esgotar a discriminação religiosa nas relações de emprego, devem-se considerar mecanismos de reparação quando ela aconteça, seja como meio de punir aquele que discrimina, seja como instrumento de caráter pedagógico ou como forma de minorar o sofrimento e as consequências que esse tipo de discriminação pode trazer para a vida da vítima e de sua família.

### 4.2.1 Indenização Pecuniária

A indenização pecuniária seria a expressa em dinheiro, ou seja, diferente das outras formas de indenizações que serão tratadas, como a reintegração ao emprego e a retratação.

Cristina Paranhos Olmos<sup>261</sup> aborda a seguinte distinção em se tratando de indenização pecuniária para deixar claro que ela não se confunde com indenização trazida no bojo da lei nº 9.029/95:

**A indenização pecuniária não se confunde com a indenização prevista na lei nº. 9.029/95**, pois é gerada com base nos arts. 186 e 927 do Código Civil, e busca não recuperar os prejuízos morais, o que é impossível, mas sim fazer com que o empregado se sinta, de certa forma, recompensado pela situação injusta a que foi exposto (grifo nosso).

A autora citada defende que “a indenização pecuniária devida ao empregado que sofre discriminação deve ser classificada como indenização por dano moral”<sup>262</sup>. No entanto, deve ser acrescido ao dano moral, o dano material se esse porventura ocorrer e for comprovado como, por exemplo, por intermédio do instituto da perda de uma chance, que a seguir se verá.

Revelam-se, assim, formas de indenização pecuniária, por ocasião de condutas discriminatórias realizadas no emprego, as referentes ao dano moral e ao dano material, abaixo explanada.

#### 4.2.1.1 Por danos morais

O ilícito de cunho moral, de percepção mais dificultosa que o de cunho patrimonial, advém do ataque à honra e à liberdade do empregado, ocasionado, no que concerne ao objeto do presente estudo, quando ocorre uma despedida discriminatória religiosa ou uma discriminação nas fases pré ou pós contratual.

Sabe-se que, no Estado Democrático de Direito, são vedadas quaisquer práticas discriminatórias, constituindo-se como princípios da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF), bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF).

Ademais, o Estado Democrático de Direito tem como princípios a cidadania (art. 1º, II, CF), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e os

---

<sup>261</sup> Obra citada, p. 145.

<sup>262</sup> Obra citada, p. 137.

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF). Não bastasse, em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelos princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), da igualdade entre os Estados (art. 4º, V), da defesa da paz (art. 4º, VI), do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII) e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX).

O art. 5º, caput, da Constituição Federal expressa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. O inciso III reza que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e os incisos IV e V preceituam que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Também, genericamente, o art. 5º, XLI prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Os parágrafos do art. 5º da Constituição estabelecem que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (§ 1º); que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§ 2º); e 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 (§ 3º).

Todo esse emaranhado de normas-princípios espalhadas pela nossa Constituição demonstram, claramente, a intenção do constituinte brasileiro em reprimir qualquer forma de discriminação seja por status, seja direta ou indireta. Não só isso, pois demonstram, também, a intenção punitiva do Estado quando haja discriminação de uma forma geral nas mais variadas situações sociais do dia a dia.

Especificamente, no que tange à proibição da discriminação religiosa tem-se que 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 as suas liturgias (art. 5º, VI) e que é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII). E, ainda, 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 (art. 5º, VIII) e que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X).

Sendo assim, quando alguém é discriminado pela sua opção religiosa sofre um atentado à sua intimidade e à sua vida privada, pois o discriminador interfere na esfera particular do discriminado, afinal a escolha ou não de uma determinada religião tende a ser algo de cunho estritamente pessoal configurado numa ligação única entre a pessoa e o divino ou na ausência dessa ligação, no caso dos ateus. E, mesmo que haja uma interferência familiar nessa eleição religiosa, cabe somente ao próprio indivíduo decidir no que quer crer e qual a importância de Deus em sua vida. Se, outrora, existem religiões melhores ou piores, tal percepção está no interior de cada um, no dia a dia, na educação, nas vivências pessoais e não nas mãos de um único indivíduo ou de uma única denominação. Estabelecer um patamar de superioridade ou de hierarquia entre religiões ou entre pessoas que pregam uma determinada crença é algo repudiado pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região decidiu que a ingerência na vida privada do trabalhador é ilícita e deve ser indenizada pela via do dano moral, ainda mais quando o fato da vida do empregado é irrelevante para a boa execução do contrato de trabalho, acompanhe-se:

Ingerência na vida privada do trabalhador. Configuração. [...] DANO MORAL. INGERÊNCIA NA VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR. IRRELEVÂNCIA DO FATO PARA O CONTRATO DE TRABALHO. O contrato de trabalho é bilateral e exige das partes um respeito a um padrão mínimo de moral e ética, no que diz respeito às condições contratuais. Não cabe ao empregador emitir juízo de valor acerca da conduta do empregado e submetê-la à discussão em reuniões na empresa. Comprovado que o fato supostamente reprovável atribuído à autora não teve qualquer influência no cumprimento dos deveres inerentes ao contrato de trabalho, a exposição da autora aos colegas e, em conseqüência, a toda a comunidade, causou inegável constrangimento. O abalo moral sofrido justifica a condenação. Recurso a que se nega provimento para manter a sentença, inclusive quanto ao valor da condenação” (TRT 9ª. Região, Proc. 00389-2002-669-09-00-4, Ac. 00548/2004, Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu, DJPR 23.01.2004, p. 189) (grifo nosso).



Destarte, podem ser criados estereótipos ofensivos à honra de quem professa determina fé, tais como: “os bispos de tal igreja são ladrões, pois usam o dinheiro do dízimo dos seguidores para enriquecerem ilicitamente”. Certamente que essa hipótese não é impossível fatidicamente, mas generalizações são maléficas e podem desencadear em discriminações injustas, afinal pode existir um ou mais de um, dentre todos os bispos da igreja citada hipoteticamente, que sejam honestos e estejam ali para encontrar na religião a verdade ou a paz para as suas vidas.

Parece que há duas coisas aqui: respeitar a fé, que é subjetiva; outra é questionar o papel institucional que as Igrejas exercem na sociedade e, nesse caso, é tema da esfera pública e não do presente estudo. Este se atém ao estereótipo que um empregado pode receber por frequentar determinada igreja. Não é porque os mentores daquela fé foram, de repente, condenados por furto, que o trabalhador que professe aquele mesmo credo é ladrão.

Se, de alguma maneira, tornar-se pública a discriminação religiosa, a vítima, proporcionalmente à repercussão do dano, poderá pleitear indenização pela exposição de sua imagem, sendo que há corrente doutrinária que entende ser o dano à imagem englobado pelo dano moral e há corrente doutrinária que defende a tripartição do dano em: material, moral e à imagem, amparada no art. 5º, V, da CF. Particularmente, na relação de emprego, o dano à imagem, usualmente, acontece na fase pós-contratual na qual o empregador divulga informações desabonadoras do empregado no mercado de trabalho.

Com efeito, há várias penalidades previstas para o empregador que discrimina seu empregado, algumas delas arroladas, inclusive, na lei nº 9.029/1995, sendo que tais medidas são importantes para coibir a discriminação no pacto laboral, entretanto, não se destinam a reparar o dano moral causado ao trabalhador vítima da discriminação, apenas com caráter indenizatório.

O empregado lesado possui o direito a uma reparação por ter sofrido dano moral que frise-se, não se confunde com a indenização compensatória, a qual é devida pela perda do emprego (40% sobre os depósitos do FGTS – art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mas que com ela acumula-se, caso a dispensa seja discriminatória.

Ademais, importante ressaltar que o entendimento de que é cabível o dano moral quando há discriminação religiosa nas relações de trabalho vem sendo cada dia mais unânime, veja-se:

**DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** A Constituição Federal, ao dispor em seu art. 5º, incisos V e X, sobre a possibilidade de reparação do dano moral pôs um ponto final nas divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a reparação de dano imaterial, e reafirmou seu principal desiderato de elevar ao grau máximo de proteção a dignidade da pessoa humana. Em complemento à Lei Maior, as normas infraconstitucionais que regulam a matéria impõem a observância de certos requisitos ao reconhecimento do dano moral, sendo imprescindível a verificação da ocorrência de ato danoso, praticado com culpa ou dolo, e a existência denexo causal entre aquele ato e o dano moral suportado pela vítima. Vale frisar: o dano moral em si não é passível de prova porque inexistem critérios objetivos para apurar a dor ou o sofrimento que aflige a alma da vítima. **No caso concreto ficou robustamente comprovado que a reclamante só não foi contratada pela empresa ré, após realizar algumas etapas do processo seletivo, por causa de crença religiosa, sem qualquer motivo plausível, pois professar a sua fé religiosa não traria qualquer implicação no exercício da função a que se submetia no processo seletivo nem às atividades desempenhadas pela empresa ré. Esses fatos evidenciam, no seu conjunto, que houve discriminação injustificada e injustificável atentatória à garantia constitucional de isonomia no trato (inciso VIII do art. 5º da Lei Maior), pelo que a autora tem direito à indenização para reparar o dano moral sofrido.** (TRT 23ª Região - RO-0086100-18.2010.5.23.0009. Rel.: Des. Edson Bueno. Data de Publicação: 24/03/2011) (grifo nosso).

Diante do exposto, todo ataque discriminatório fundado em critérios religiosos enseja a devida reparação indenizatória pelo dano moral decorrente da violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do ofendido, por conta do abalo psicológico sofrido pela degeneração de sua reputação e da humilhação que, na maioria das vezes, o discriminado vivencia na situação concreta.

#### 4.2.1.2 Por danos materiais

Há casos em que a atuação do empregador acarreta dano ao patrimônio material do empregado, havendo, assim, por parte do prejudicado, o direito à reparação correspondente.

No aspecto do dano material enfrentam-se duas vertentes, quais sejam: a do período em que o trabalhador ficou “parado”, já mencionada no Capítulo III, e a perda de uma chance na fase pré-contratual.

A primeira situação – tempo em que o empregado ficou afastado do emprego – possui ligação com a previsão do art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 9.029/95, in verbis:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Nessa perspectiva, o ato abusivo da dispensa discriminatória, conforme previsto no art. 187 do Código Civil, poderá ser ressarcido, materialmente falando, de duas maneiras, as quais serão mais bem delineadas no tópico 4.2.3.1:

a) reintegração no emprego com o “ressarcimento integral de toda a remuneração do período de afastamento” (art. 4º, I, da lei 9.029/95) ou quando não foi aconselhável ou possível tal reintegração com o ressarcimento mencionado;

b) a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento (art. 4º, II, da lei 9.029/95), cumulando-se à rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, CLT) com o recebimento de todas as verbas rescisórias decorrentes da terminação do vínculo.

Quanto ao outro aspecto do dano material – perda de uma chance –, necessário mencionar a divisão desta teoria por Fernando Noronha<sup>263</sup> o qual apresenta duas modalidades: (1) “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e (2) “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, essa última subdivide-se em (2.1.) “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”.

Defende-se que a natureza da chance perdida, em qualquer dessas espécies, seja de dano autônomo e distinto dos “eventuais benefícios esperados”.

No presente caso de reparação de dano material pela perda de uma chance, ocorre a modalidade de “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, mais precisamente pela presença de discriminação na fase de pré-contratual.

Pode ser exemplificada pela expectativa gerada no candidato, pelo contratante/entrevistador, o qual afirma que o posto de trabalho será ocupado por aquele, e o candidato por essa razão não procura novos empregos, tampouco aceita novas ofertas de trabalho, passando até a efetuar gastos por ter em mente que

---

<sup>263</sup> NORONHA, 2003 apud SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107-108.

aquele emprego já é seu ou para assumir o novo emprego. Entretanto, passado algum tempo, é informado de que a vaga não será ocupada por ele, eis que professa determinada fé religiosa.

Sérgio Savi<sup>264</sup>, considera a perda de uma chance como subespécie de dano emergente. Afirma que a oportunidade deve ser tida como incorporada ao patrimônio anterior do sujeito que sofre a lesão e, sendo assim, insere a perda de uma chance dentro de tal conceito, o que extingue o problema da certeza do dano. A indenização pela perda de uma chance não é concedida em função da vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem.

Dessa forma, a reparação por dano material pode configurar-se através do ressarcimento pecuniário previsto no art. 4º, da Lei nº 9.029/95, estudado adiante, e pela indenização da perda de uma chance ocorrente nos casos de discriminação religiosa pré-contratual.

#### 4.2.2 Retratação

O verbo retratar possui as seguintes definições: “1. Retirar, considerar inválida (afirmação); admitir que (algo que se disse) era falso, errado, ou que não deveria ser dito. P. 2. Retirar o que disse, desdizer-se [...]”<sup>265</sup>

Todo ser humano é formado de bens morais (honra, imagem, bom nome, intimidade, opinião, etc.), os quais compõem a individualidade de cada um. Tais bens devem permanecer intactos, não podendo, de forma alguma, serem molestados. Ademais, os valores sociais do trabalho são ressaltados pela dignidade da pessoa humana, a qual deve ser sempre observada.

Dito isso, quando o tema se refere ao instituto da retratação, deve-se ter em mente que se trata de uma forma de reparação, não pecuniária, concernente a determinado dano moral causado.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>266</sup>, discorrendo acerca do dano moral na relação de trabalho, lecionam o seguinte entendimento:

<sup>264</sup> SILVA, 2006 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 77.

<sup>265</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006. p. 706.

<sup>266</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003 apud FEITOSA, Isabela Britto. A compensação do dano

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo **conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro**. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que **lesiona a esfera personalíssima** da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (grifo nosso).

Na acepção do dano moral devem ser buscados meios de defesa na própria Constituição. O artigo 5º, V e X, da Carta Magna asseguram, respectivamente, o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e a inviolabilidade da “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Já o art. 1º, da Carta Maior, erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana”.

Necessário ressaltar os ensinamentos de Sergio Cavalieri<sup>267</sup>, no sentido de se evitarem excessos e abusos na configuração do dano moral, recomendando que só se deva reputar como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.”

Traçado esse quadro da esfera do dano moral, importante transcrever alguns casos pacificados quanto à configuração do dano moral no âmbito trabalhista, mencionados por Stoco<sup>268</sup>:

O comunicado à praça que certo empregado foi demitido e que a empresa não se responsabiliza por seus atos, quando a despedida foi ato rotineiro e sem motivo extraordinário ou especial, constitui ato ilícito, porque causa dano à **imagem profissional** das relações públicas. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor a evitar que repita seu comportamento (TJRS – 5º C. – Ap. – Rel. Araken de Assis) (grifo nosso).

A despedida do empregado insere-se no direito potestativo do empregador e não gera, via de regra, direito a indenização por dano moral. Todavia **a exposição do obreiro, no ato da despedida, a desnecessária situação de constrangimento e humilhação perante terceiros**, atingindo-lhe o sentimento de dignidade pessoal, o próprio conceito desfrutado perante os colegas de trabalho, extrapola os limites de tal direito, ensejando indenização por dano moral (TRT – 24ª R. – RO 1.494/2000 – Rel. Ademar de Souza Freitas) (grifo nosso).

A expedição de **carta desabonadora da conduta do empregado**, impossibilitando sua contratação em novo emprego, caracteriza o dano

---

moral in natura na justiça do trabalho. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5983](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5983)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

<sup>267</sup> CAVALIERI FILHO, 2007 apud FEITOSA, Isabela Britto. Obra citada.

<sup>268</sup> STOCO, 2007 apud FEITOSA, Isabela Britto. Obra citada.

moral, a ser indenizado segundo o prudente arbítrio do juiz, no sentido de que não se promova o enriquecimento ilícito do ofendido nem o empobrecimento do ofensor (TRT 11ª R. – RO 887/2002-911-11-00 – Ac. – Rel. Antônio Carlos Marinho Bezerra) (grifo nosso).

**Ofensas verbais injustamente proferidas pelo empregador contra o empregado, em público**, diante dos demais colegas, caracterizam a **comoção íntima própria do dano moral reparável**, sendo, assim, passíveis de indenização (TRT – 15ª R. – 5ª T. – AP. 020071/2003 – Rel. Ricardo Regis Laraia) (grifo nosso).

Portanto, diante da análise das jurisprudências acima colacionadas, entende-se que a dor, o sofrimento, o vexame e a humilhação na esfera da relação de emprego são consequências, as quais devem ser reparadas e é nesse ínterim que se encaixa a retratação, consubstanciada em uma forma de amenizar o dano experimentado pelo trabalhador.

Para Olmos<sup>269</sup>, discorrendo acerca da regulamentação do instituto da retratação:

É verdade que **não há qualquer posituação para tal tipo de sanção**, mas entendemos que o **magistrado**, valendo-se das regras de experiência e na busca pelo bem estar da sociedade, **pode impor ao empregador obrigação de fazer**, para que **retrate-se publicamente** pela discriminação indevidamente praticada.

O art. 461 do Código de Processo Civil determina que, além de conceder a tutela específica da obrigação de fazer, o juiz determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

Se o sistema positivado não contém preceito específico para a determinação forçada de retratação pública, é bastante razoável que, com base nos princípios gerais de direito e nos próprios princípios constitucionais, **a tutela jurisprudencial seja concedida para tal fim, desde que pleiteada pelo ofendido** (grifo nosso).

Assim, apesar de não haver legislação mencionando o instituto da retratação, é clara sua efetiva aplicação com base nos princípios gerais de direito, bem como se utilizando do previsto no art. 461 do Código de Processo Civil, que trata da tutela da obrigação de fazer, baseada no pedido do ofendido.

A retratação busca, portanto, amenizar um ato patronal prejudicial ao trabalhador. Ato que muitas vezes, de acordo com Isabela Britto Feitosa<sup>270</sup> subtrai do trabalhador a oportunidade de obter nova colocação no concorrido mercado formal

<sup>269</sup> Obra citada, p. 141-142.

<sup>270</sup> FEITOSA, Isabela Britto. *A compensação do dano moral in natura na justiça do trabalho*. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5983](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5983)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

de trabalho, impedindo-o de prover o sustento próprio, de sua família e, inclusive, frustrando a ascensão profissional almejada por todo ser humano.

Podem-se estabelecer duas formas de retratação, quais sejam: a emissão de carta de boa referência e a retratação pública.

A emissão de carta de boa referência é necessária se ao empregado foram imputadas falsas informações sobre sua conduta profissional, que o impeça de ingressar em novo estabelecimento de trabalho, abrangendo, portanto, apenas a esfera profissional.

Já a retratação pública, de tal sorte, revela-se de suma importância quando há a propagação no meio social de fato desabonador ao empregado, buscando-se publicamente a retratação para se redimir da situação vexatória imposta ao lesado. Saliente-se que quando se trata de meio social englobam-se os meios profissional, familiar, social, esportivo e entre outros frequentados pela vítima.

A retratação pública é totalmente admitida pela norma do art. 29 e seguintes da Lei nº 5.250/67, quando proferida em veículos de comunicação em massa, a qual prevê o seguinte:

Art. 29. Toda (*sic*) pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que fôr (*sic*) acusado ou ofendido em publicação feita em **jornal ou periódico**, ou em **transmissão de radiodifusão**, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem **direito a resposta ou retificação** (grifo nosso).

Sendo assim, tais reparações que procura o efeito *status quo ante*, devem ser devidamente analisadas e requeridas em juízo, protegendo-se o interesse da vítima vir em primeiro lugar.

Confira-se a aplicabilidade desse instituto na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INIBITÓRIA C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PRÁTICAS DE ATOS ILÍCITOS. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RETRATAÇÃO OU REPARAÇÃO PÚBLICA FORMAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>271</sup>

A retratação terá o efeito pedagógico para o empregador que pensará duas vezes antes de praticar condutas nocivas, eis que não é provável que

---

<sup>271</sup> TJDF - 83993720098070000 DF 0008399-37.2009.807.0000, Relator: DÁCIO VIEIRA, Data de Julgamento: 02/12/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 14/12/2009, DJ-e p. 71

empresas e outros tipos de estabelecimentos queiram ter seu nome vinculado a ato de desrespeito à dignidade do empregado.

Portanto, evidencia-se que a retratação no direito do trabalho visa amenizar o dano impingido à moral do empregado e a tentativa de retorno da sua imagem e da sua honra ao estado anterior da agressão, sendo, também, uma maneira de o empregador se redimir.

#### 4.2.3 Reintegração

O empregado dispensado por ato discriminatório possui o direito de retornar ao seu posto de trabalho, bem como a receber indenização pelo dano sofrido, nos termos do art. 4º da Lei n.º 9.029/1995:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:  
I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;  
II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Primeiramente, insta salientar que a dispensa por discriminação é ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil, sendo que, por expressão do art. 166, inciso III, também do Código Civil, “é nulo o negócio jurídico quando [...] III – o motivo determinante, comum a ambas as partes for ilícito”.

Nessa perspectiva, segundo Ana Beatriz Ramalho de Oliveira Ribeiro<sup>272</sup>, o termo “readmissão”, estatuído no art. 4º acima transcrito, constitui impropriedade técnica, sendo apontado como correto o vocábulo “reintegração”:

Pode-se dizer que a menção à readmissão no texto legal constitui uma **impropriedade técnica**. Isso porque **a readmissão ocorre quando o contrato de trabalho foi validamente rescindido**, por pedido de demissão do empregado, término de contrato a termo, ou despedida sem justa causa, sendo esse mesmo empregado posteriormente readmitido à empresa. **Já a reintegração é a consequência da nulidade da dispensa, não permitida pela lei**. Quando a dispensa do empregado decorre de ato discriminatório do empregador, vedado pelo ordenamento jurídico, a hipótese é, pois, de reintegração, não de readmissão (grifo nosso).

---

<sup>272</sup> RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. *A Lei 9.029/95 no combate à discriminação nas relações de trabalho*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8837](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8837)>. Acesso em: 14 abr. 2011.



Corroborando com o entendimento doutrinário acima exposto o seguinte julgado<sup>273</sup>:

LEI Nº 9029/95. AFASTAMENTO DISCRIMINATÓRIO DOS QUADROS DA EMPRESA. ARTIGO 4º, I, QUE ASSEGURA VERBAS DEVIDAMENTE CORRIGIDAS DESDE O ATO DISCRIMINATÓRIO. TESE DA READMISSÃO RECHAÇADA. I Não há falar em readmissão do empregado para fazer face ao ato discriminatório, quando o artigo 4º, I, da lei nº 9029/95 é no sentido de conferir a mais ampla tutela ao empregado afastado injustificadamente da empresa, conferindo-lhe, portanto, o direito à sua **reintegração** no quadro funcional. Também não cabe falar em limitação dos efeitos das providências jurisdicionais ao momento do regresso do reclamante à empresa, pois quando o autor requereu a sua "recontratação" com a percepção de todos os salários pós-demissão-discriminatória, expressou o seu interesse na sua reintegração no emprego, e não o de ser simplesmente readmitido, tal como alegado pela ora recorrente. **E não poderia ser diferente, pois, de fato, a lei nº 9.029 de 13 de Abril de 1995, operacionaliza as medidas judiciais anti-discriminatórias** (grifo nosso).

Nesse passo, tem-se que a lei proporciona ao empregado, em caso de dispensa discriminatória, a opção de retornar ao emprego, por não haver rescisão do contrato de trabalho, ante ilicitude do ato. Ou seja, proporciona ao empregado a oportunidade de reintegrar-se ao trabalho recebendo também o pagamento das remunerações relativas ao tempo de inatividade, devidamente corrigidas e acrescidas de juros legais (inciso I do art. 4º).

Ainda dentro desse contexto, a lei confere ao empregado que não queira ou não possa ser reintegrado, o pagamento dobrado do valor do período de inatividade, também devidamente corrigido e acrescido de juros legais, como uma forma de indenização pecuniária (inciso II do art. 4º).

De acordo com Ana Lúcia Coelho de Lima<sup>274</sup> a reparação prevista no art. 4º da Lei n.º 9.029/1995 refere-se apenas ao dano material perpetrado pelo empregado com a perda do emprego, não se confundindo, entretanto, com o direito que o trabalhador possui de receber indenização por danos morais eventualmente sofridos, tese que se defendeu nos tópicos 4.2.1, 4.2.1.1 e 4.2.1.2.

---

<sup>273</sup> TRT 6ª Região - 162500822008506 PE 0162500-82.2008.5.06.0020, Relator: Zeneide Gomes da Costa, Data de Publicação: 05/09/2009.

<sup>274</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.

Para Carrion<sup>275</sup>:

A reintegração, que é **obrigação de fazer**, não se transforma em força física. **Negando-se o empregador a readmiti-lo, poderá o empregado receber salários e demais vantagens sem trabalhar, indefinidamente, ou pleitear a rescisão com indenização em dobro, sem prejuízo das multas administrativas;** repele ao direito e ao bom-senso a reintegração manu militari, com os inconvenientes da convivência forçada após a exasperação produzida por esse fato; reforça esse entendimento o **art. 729, que comina pena de multa diária e pagamento dos salários ao empregador que deixar de cumprir sentença de reintegração.**

**Os salários do trabalhador na ação são devidos mesmo que tenha trabalhado para outro empregador.** Para a efetiva reintegração, a empresa requer a notificação do empregado para que reassuma, ou este obtém mandado de reintegração. O empregado reintegrado deverá perceber salários com todos os reajustes e vantagens concedidos à categoria.

A *readmissão sem salários* do tempo do afastamento é criação da jurisprudência, sem apoio em lei, decidindo por equidade em casos de falta cometida pelo empregado, que não justificava a rescisão (grifo nosso).

Dessa forma, a reintegração ao trabalho ou a indenização pecuniária, relativa ao pagamento em dobro do tempo de inatividade do empregado, não prejudicam a indenização por danos morais, a qual poderá, se realmente devida, ser pleiteada pelo empregado. Sustentam, neste sentido, de reintegração cumulada com indenização por danos morais, os seguintes julgados abaixo transcritos:

DISCRIMINAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. Comprovado nos autos que a reclamada tinha ciência da doença do reclamante, resta configurada a discriminação e, por consequência, nula é a dispensa, motivo pelo qual **são devidas a reintegração e a indenização por danos morais.** Recurso a que se dá provimento.<sup>276</sup> (grifo nosso).

DOENÇA PROFISSIONAL/ACIDENTE DO TRABALHO - Comprovada a demissão de empregada ainda portadora de doença profissional, e que ainda se encontra enferma, é ilegal a demissão, **deve ser mantida a sentença que determinou a reintegração e ainda condenou a reclamada também em danos morais.** HORAS EXTRAS - Comprovada a sua realização com documentos juntados pela própria reclamada e testemunhas e depoimento pessoal do reclamado também deve ser mantida a decisão neste aspecto. Recurso conhecido a que se nega provimento para manter a decisão recorrida.<sup>277</sup> (grifo nosso).

SERVIDOR CONTRATADO NA VIGÊNCIA DA CF/69 SEM CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. Sendo a reclamante

<sup>275</sup> Obra citada, p. 408.

<sup>276</sup> 413200404602002 SP 00413-2004-046-02-00-2, Relator: SILVIA ALMEIDA PRADO, Data de Julgamento: 20/04/2010, 8ª TURMA, Data de Publicação: 26/04/2010.

<sup>277</sup> 142200700216007 MA 00142-2007-002-16-00-7, Relator: ALCEBÍADES TAVARES DANTAS, Data de Julgamento: 04/08/2010, Data de Publicação: 23/08/2010.

detentora da estabilidade no serviço público, na forma do art. 19 do ADCT da CF/88, sua dispensa é nula, **sendo-lhe devida a reintegração no quadro da Municipalidade. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Provados os elementos caracterizadores do dano, devida é a indenização por danos morais.** Recursos conhecidos e provido parcialmente o do autor.<sup>278</sup>

ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL. VALOR ARBITRADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO. Empregada que sofreu entorse e contusão do punho e da mão direita ao escorregar na escada da empresa faz jus ao pagamento de indenização por danos morais e pensão mensal enquanto perdurar a redução da capacidade laboral, arbitradas em valor e percentual compatíveis. Em decorrência, reconhece-se o direito à reintegração no emprego prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91. Provimento negado a ambos os recursos. [...].<sup>279</sup>

Diante do explanado, verifica-se que o direito de o trabalhador, ao ter encerrado seu contrato de trabalho de forma discriminatória, por motivo religioso, ser reintegrado ao trabalho. Acaso tal medida não seja possível ou recomendável, terá o direito à indenização em dobro referente ao período de inatividade, salientando que a adoção de alguma dessas medidas não interferirão na possibilidade do recebimento de indenização por eventuais danos morais e/ou materiais sofridos.

#### 4.2.3.1 A Lei nº 9.029/1995

A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, foi promulgada com a finalidade de proibir determinadas práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Olmos<sup>280</sup> discorrendo acerca da mencionada legislação, afirma o seguinte:

A Lei nº 9.029/1995, apesar de ter trazido grande inovação no que tange à garantia à não-discriminação, **não contemplou todas as hipóteses de preconceito contra o trabalhador**, entretanto, o empregado dispõe de **total proteção contra a prática discriminatória, mesmo as não previstas expressamente na lei em questão**, utilizando-se, dessa forma, as sanções previstas na referida lei por analogia a qualquer tipo de ato discriminatório (grifo nosso).

<sup>278</sup> 534200900716000 MA 00534-2009-007-16-00-0, Relator: LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/02/2010, Data de Publicação: 12/05/2010.

<sup>279</sup> 383720105040030 RS 0000038-37.2010.5.04.0030, Relator: MARIA MADALENA TELESKA, Data de Julgamento: 22/09/2011, 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

<sup>280</sup> Obra citada, p. 44.

A mesma autora, em continuação à abordagem da Lei nº 9.029/1995, assevera ainda:

[...] a edição da Lei n. 9.029/95 foi passo de importância imensurável ao tratar-se das medidas de combate à discriminação. Isoladamente, a Lei n. 9.029/95 não prevê todas as hipóteses de discriminação, mas conjugada com os outros preceitos legais que tratam da matéria [...] conclui-se que a proteção contra a discriminação está suficientemente positivada.<sup>281</sup>

Outrossim, conforme ensinamento de Paulo Jakutis<sup>282</sup>, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995 “é o diploma brasileiro específico sobre a discriminação no emprego”. Verifiquem-se algumas formas de aplicabilidade da lei em questões pacificadas:

Despedida discriminatória. Racismo. Direito à reintegração. Previsão legal. Lei n. 9.029/95. Embargos declaratórios. A prática do racismo, além de se constituir em infração penal grave, inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), gera o direito de o trabalhador discriminado buscar a reparação judicial, optativamente, de percepção em dobro do período de afastamento ou readmissão, com ressarcimento integral, nos exatos termos dos artigos 1º e 4º da Lei n. 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Ademais, mesmo que se entenda que este preceito legal somente seria aplicável às situações futuras, resta claro que as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, para a garantia dos princípios de impessoalidade, moralidade e legalidade, somente podem demitir seus servidores mediante ato motivado, sendo a prática do racismo demonstração da vulneração, além das regras constitucionais já citadas, dos princípios democráticos aqui explicitados. Estes fundamentos impõem a rejeição dos embargos que visam à indicação do dispositivo legal que sustenta a decisão reintegratória, no caso.<sup>283</sup> (grifo nosso).

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABORTO ESPONTÂNEO. LEI Nº 9.029/95. RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA. 9.0291. A indenização por dano moral dispensa a existência de crime, havendo somente a necessidade de demonstração da prática de ato ilícito, decorrente de uma violação ao íntimo do ofendido, posto ter-lhe sido causado um mal evidente. Deve estar presente o nexos de causalidade entre o fato e o dano causado. 2. Tomando em conta os três elementos reconhecidamente essenciais na definição da responsabilidade civil - a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexos de causalidade entre um e outro - a questão colocada neste feito não se amolda aos parâmetros jurídicos do dever da responsabilização da ré em

<sup>281</sup> Obra citada, p. 47.

<sup>282</sup> JAKUTIS apud RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. A Lei 9.029/95 no combate à discriminação nas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8837](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8837)>. Acesso em: 14 abr. 2011.

<sup>283</sup> TRT – 12ª – ED n. 1.603/96 – Processo RO-V-1.595/95 – 1ª T – v. u. – 5.11.96 – rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid.

detrimento aos prejuízos alegadamente sofridos pela parte autora, pois não se verifica a comprovação de ocorrência do nexa causal entre a conduta da ré e o dano da parte autora. 3. O conjunto probatório produzido não autoriza concluir que o aborto sofrido pela autora tenha mesmo decorrido do "susto que levou" quando um cão "avançou em sua direção". 4. Não se há de pretender imputar qualquer responsabilidade ao IBGE por não haver esse Instituto buscado verificar, quando da contratação da autora e das demais recenseadoras, se havia dentre elas alguma (mulher) grávida, pois isto implicaria evidente afronta à Lei nº 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais. 9.0295. Apelação improvida.<sup>284</sup> (grifo nosso). RECURSO DE REVISTA. DISPENSA IMOTIVADA. ATO DISCRIMINATÓRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. Diante do teor do decisum regional, que manteve a decisão que determinou a reintegração da empregada no emprego, não só pela necessidade de motivação do ato de dispensa, como também em face da prova de que a demissão se deu por ato discriminatório, não há como viabilizar o conhecimento do recurso de revista por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial 247 da C. SDI, destacando-se que a reintegração se deu também pela nulidade de dispensa da autora, em face do estado debilitado de saúde, aplicando por analogia o art. 4º, inciso I, da Lei 9029/95, remetendo a v. decisão que a autora trabalhava desde 1986 e que anteriormente aos problemas de saúde não conta que tivesse qualquer tipo de problema que justificasse sua despedida. Decisão em sentido contrário implica reexame do conjunto fático-probatório, impossível nesta instância recursal, a teor da Súmula nº 126 do C. TST. Recurso de revista não conhecido.<sup>285</sup>

Referida lei mostrou-se como um dos meios de coibir algumas práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, sendo que nas afirmações de Paulo Jakutis<sup>286</sup> "a lista de possibilidades discriminatórias apontadas pelo seu art. 1º é meramente exemplificativa, já que expressamente veda qualquer prática discriminatória e limitativa".

#### 4.2.4 Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho

O art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho elenca as hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo que não há menção expressa à rescisão motivada por prática de ato discriminatório pelo empregador e/ou seus prepostos.

Segundo Cristina Paranhos Olmos<sup>287</sup>, o empregador que discrimina ilicitamente o empregado pode incidir na hipótese do art. 483, "d", da CLT, haja vista que afronta as obrigações do contrato de trabalho, especialmente a de tratar os empregados igualmente, bem como, na hipótese prevista na alínea "e" do mesmo

<sup>284</sup> 1613 PR 2001.70.07.001613-1, Relator: JAIRO GILBERTO SCHAFER, Data de Julgamento: 21/05/2008, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 02/06/2008.

<sup>285</sup> TST - 1570002020015120018 157000-20.2001.5.12.0018, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 17/09/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/09/2008.

<sup>286</sup> Ibidem.

<sup>287</sup> Obra citada, p. 116.

dispositivo ao tratar os empregados de maneira díspar ou preconceituosa, configurando-se em ato lesivo à honra e à boa fama destes.

Esta é a situação descrita no julgado abaixo colacionado, em que por discriminação em razão de idade, houve a rescisão indireta e saliente-se, com direito à indenização por danos morais:

DISCRIMINAÇÃO POR IDADE. OCIOSIDADE IMPOSTA. **RESCISAO INDIRETA. DANOS MORAIS. A ociosidade imposta é uma das mais graves ofensas ao trabalhador.** Ainda mais ao intelectual que por longos anos contribuiu para o engrandecimento do nome da empresa. Não bastasse tal situação humilhante, a ela fora levada a autora por **motivos discriminatórios em razão de sua idade.** Superaram-se os limites do poder potestativo da empresa, ferindo-se, não somente a dignidade da trabalhadora, mas princípios constitucionais, éticos e sociais. A ociosidade imposta à autora se dera com a finalidade de esta deixar a empresa e se firmara em bases discriminatórias, infringindo normas expressas na Constituição Federal e na Lei 9029/95. Devida a indenização por danos morais<sup>288</sup> (grifo nosso).

A discriminação efetuada pelo empregador mostra-se suficiente para acabar com a confiança que, via de regra, existe no pacto laboral e, sendo assim, passa a desmotivar a continuidade da relação de emprego. Por isso, considerando que a rescisão indireta do contrato de trabalho enseja o seu término com o pagamento das parcelas típicas da dispensa sem justa causa, nada mais correto do que conferir ao trabalhador discriminado tal direito.

Com efeito, sendo a rescisão indireta o término do contrato de trabalho jungida por uma falta grave cometida pelo empregador, prevista no art. 483 da CLT, e considerando que a discriminação equipara-se como uma forma de o empregador não ter cumprido as obrigações do contrato (alínea “d”) ou como ato lesivo à honra e boa fama do empregador (alínea “e”), a rescisão indireta pode, sem sombra de dúvidas, ser decretada quando houver discriminações nas relações de trabalho. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. 1. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS. A ausência de depósitos do FGTS na conta vinculada do empregado constitui motivo para a rescisão indireta do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. 2. HORAS EXTRAS. REGIME DE ESCALAS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. Como corolário do reconhecimento da representatividade sindical e de seus instrumentos de atuação, a Constituição Federal de 1988

---

<sup>288</sup> TST - 3138200005202007 SP 03138-2000-052-02-00-7, Relator: LIZETE BELIDO BARRETO ROCHA, Data de Julgamento: 29/09/2005, 1ª TURMA, Data de Publicação: 13/12/2005.

admite a derrogação da máxima jornada permitida, também mediante avença em acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII e XXVI; art. 8º, III). A adoção do regime de compensação de horas de 12x36, lastreado em instrumento de direito coletivo do trabalho, atende aos interesses das categorias envolvidas, moldando-se ao ordenamento vigente. Cumpridos os termos ajustados, indevidas restam horas extras e reflexos. Recurso de revista conhecido e desprovido.<sup>289</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. RESCISÃO INDIRETA. **O Regional, após análise do contexto fático-probatório dos autos, entendeu ter havido discriminação do reclamante fato ensejador da rescisão indireta.** Não se cogitando de ofensa ao art. 8º da CLT. Aresto formalmente inválido (Súmula nº 337). 2. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. A reclamada foi condenada à multa prevista no art. 538 do CPC, por embargos protelatórios, e não por litigância de má-fé, conforme o art. 17 do CPC. Inviável o recurso de revista pela divergência jurisprudencial, por inespecificidade. Incidência da Súmula nº 296. Agravo de instrumento conhecido e não provido<sup>290</sup> (grifo nosso).

Assim, considerando a configuração da conduta discriminatória em duas premissas que ensejam a rescisão indireta do contrato, pode o empregado, vítima de discriminação religiosa, pugnar perante a Justiça do Trabalho, tal rescisão e demais direitos decorrentes.

#### 4.2.5 Inversão do Ônus da Prova

O empregador ao negar contratação ou praticar qualquer outro ato discriminatório relacionado ao vínculo empregatício, simplesmente silencia sobre os motivos que o levaram a agir da referida forma. Por sua vez, o candidato discriminado, que teve violado seu direito fundamental de acesso ao trabalho, por ter que arcar com o ônus probatório, nos termos do art. 818 da CLT e art. 333 do CPC, acaba prejudicado por dois motivos: negativa de emprego e de tutela jurisdicional eficaz e justa.

Diante disso, se faz de extrema importância o impedimento de tal desigualdade de meios, eis que ao candidato a uma vaga de emprego é imputada a prova da ocorrência de discriminação na não admissão, sendo que ao empregador é oferecido o direito de não externar os motivos que ensejaram a não contratação. Daí se denota a ausência da “paridade de armas”.

---

<sup>289</sup> RR - 12500-31.2008.5.02.0069, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 28/04/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 14/05/2010.

<sup>290</sup> AIRR - 904-22.2010.5.01.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 22/09/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 24/09/2010.

Evidencia-se, diante de tal situação, uma completa desigualdade, haja vista ser inviável, algumas vezes, ao trabalhador, vítima de discriminação, a prova de suas alegações, sendo que ao empregador é aceitável a simples negação dos fatos.

Nesse tópico quer-se comprovar a extrema importância da adoção do instituto da inversão do ônus da prova, já que se trata de benefício à parte hipossuficiente na relação, isto é, o empregado.

Nesse sentido de inversão do ônus da prova quando a empresa alega que os fatores que determinaram a dispensa foram outros que não a discriminação é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o qual se transcreve:

**CONDUTA ANTISSINDICAL E DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA.**

A empresa atrai o ônus referente à dispensa, sem justa causa, do obreiro ao justificar a medida como ato de liberalidade. Assim como diante dos fortes indícios de que a aludida dispensa tenha relação com a participação sindical do trabalhador, ensejando a chamada discriminação indireta.

Tese contrária tornaria inconciliável o princípio da "melhoria da condição social do trabalhador" (art. 7º, caput, CF/88) com o princípio da não discriminação, corolário do princípio da igualdade (art. 1º, III e IV da CF/88), e redundaria numa interpretação superficial do ordenamento jurídico, admitindo-se prática discriminatória e antissindical e contrariando a proteção insculpida no art. 543, § 6º, da CLT. [...]

No caso presente, ainda observa-se que, ao contestar a demanda, a empresa justifica a dispensa da autora, ainda que tenha ocorrido sem justa causa, "em virtude de seu comportamento e da redução abrupta de sua produtividade" (fl. 44).

Nesse compasso, a empresa também atrai o ônus referente à dispensa da obreira ao justificar sua liberalidade. Atribuindo à autora mau comportamento e déficit de produtividade, que ensejam serem provados.

[...]

Pelo conjunto probatório apresentado, constata-se ainda caber a inversão do ônus da prova pelos fortes indícios de que a dispensa da autora tenha relação com sua participação sindical, tanto pelas evidentes indisposições da empresa com a entidade sindical, quanto pela dispensa conjunta de trabalhadoras que mantinham engajamento nas atividades propostas pelo sindicato, ainda que ninguém tenha dito explicitamente que a interessada estava sendo dispensada por estar participando do sindicato e ela não ser sindicalizada.

Tendo o autor apresentado elementos suficientes para a presunção de veracidade, isto também propicia a inversão do ônus da prova, revertendo, a partir daí, para o agressor, o encargo de provar a inexistência de ato danoso ou discriminatório, pela chamada discriminação indireta.

[...] Não provados pela empresa os fatos alegados em sua contestação e perante os indícios de veracidade encontrados na tese da autora, presumem-se verdadeiras as alegações da exordial.



Por fim, oportuno ressaltar que a adoção da técnica em questão não prejudica de nenhuma forma o bom empregador, uma vez que o mesmo passará a analisar os dados que interessam ao bom exercício do trabalho e não questões pessoais que implicam em discriminações, bem como tratará de forma igual seus empregados no tocante aos horários, remuneração, entre outros.

Destarte, a inversão do ônus probatório é medida imperiosa para redução dos ilícitos que ferem a dignidade do trabalhador.

#### 4.3 CONCLUSÕES

Na relação de emprego existem diversas situações de desigualdades geradas pelo fato da diferença social e econômica existente entre empregado e empregador.

Sendo assim, as discriminações e agressões que atentem contra a dignidade do trabalhador não podem ser aceitas, devendo o poder público e o poder judiciário zelarem pela proteção do hipossuficiente, por meio da vinculação direta dos empregadores aos direitos fundamentais dos empregados e da garantia desses direitos fundamentais contra eventuais agressões.

O Capítulo ora abordado trouxe à baila a necessidade de efetivação de meios concretos que permitam a que todas as pessoas acessem aos bens necessários para uma vida digna, e em especial, um ambiente de trabalho em que sejam respeitadas as garantias inerentes ao trabalhador.

Assim, mostram-se algumas formas possíveis de neutralização da discriminação no ambiente laboral, quais sejam: regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal; a criminalização das práticas discriminatórias na relação de emprego; as sanções penais aplicáveis àqueles que praticam a discriminação; as ações afirmativas, bem como a suspensão da atividade religiosa.

Quanto ao previsto no art. 7º, I da CF, abordou-se a necessidade de sua regulamentação por meio de lei complementar, eis que apesar de possuir aplicabilidade imediata – por se tratar de direito fundamental do trabalhador – sua norma possui eficácia contida em razão da inércia do Poder Legislativo.

Com relação à criminalização das práticas discriminatórias e respectivas sanções penais, evidenciam-se algumas leis que penalizam determinadas práticas discriminatórias.

Tais medidas sancionatórias, variando entre reclusão de um a cinco anos e multa, não são suficientes para inibir as práticas discriminatórias na relação de emprego, face seu caráter genérico.

Com relação às ações afirmativas, as mesmas configuram-se em políticas públicas e economia de mercado aberta e acessível a todos, pelas quais os direitos humanos são a resposta, concreta e correta, contra a diferença social, principalmente no que tange à acessibilidade ao mercado de trabalho.

Quanto à suspensão da atividade religiosa, referente ao assédio institucional, onde os segmentos religiosos ou órgãos públicos se propõem à conversão de fiéis por meio ilícito e quando tal prática influencia na relação de trabalho nocivamente, ela pode imediatamente ser deferida pelo Poder Judiciário, neutralizando assim a discriminação eventualmente existente.

Além disso, há as formas de se reparar o dano causado pela discriminação religiosa, por meio de: indenização pecuniária pelos danos morais e materiais eventualmente existentes e indenização não pecuniárias, quais sejam, retratação e reintegração. Também a aplicabilidade da Lei nº 9.029/1995, a rescisão indireta do contrato de trabalho e a inversão do ônus da prova.

Com relação à reparação pecuniária do dano moral, fica clara a devida reparação em face de atitudes discriminatórias fundadas em critérios religiosos, já com relação ao dano material, configuram nas hipóteses dos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 9.029/95 ou na perda de uma chance, a qual ocorre na modalidade de “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, mais precisamente pela presença de discriminação na fase de pré-contratual.

A retratação busca amenizar um ato patronal prejudicial ao trabalhador, podendo ser por meio de emissão de carta de boa referência ou de retratação pública.

Já na reintegração, quando do encerramento do contrato de trabalho de forma discriminatória por motivo religioso, dá ao empregado o direito insculpido no art. 4º da Lei nº 9.029/1995.

A criação da Lei nº 9.029/1995 mostrou-se como um dos meios de coibir algumas práticas discriminatórias nas relações de emprego.

Havendo configuração da conduta discriminatória pelo empregador, faculta-se ao empregado pugnar perante a Justiça do Trabalho a rescisão indireta do contrato e demais direitos decorrentes.

Por fim, a inversão do ônus probatório é medida imperiosa para redução dos ilícitos que ferem a dignidade do trabalhador, haja vista ser inviável, algumas vezes, ao trabalhador, vítima de discriminação, a prova de suas alegações.

## CAPÍTULO 5 - CONCLUSÕES

Discorrer sobre discriminação e religião não é tarefa fácil. Eis aí duas questões complexas, polêmicas e delicadas.

Teorias científicas e acientíficas tentam explicar e desvendar ambos os fenômenos, porém com sucesso parcial e contestável. A verdade, nesses casos, é sempre relativa, afinal as nuances da discriminação e da religião variam de ser para ser.

Mesmo quando dois seres viveram a mesma situação discriminatória, no mesmo ambiente de trabalho e pelo mesmo período de tempo, não será possível afirmarem-se, antecipadamente, quais os seus efeitos para a esfera subjetiva dos discriminados e muito menos se serão os mesmos.

Cada um, sendo único, sofrerá de um jeito, superará de outro ou, talvez, não superará. Quem vai dizer?

A medicina pode até enumerar diversos abalos psicológicos que uma pessoa brutalmente discriminada pode vir a sofrer, mas, no caso concreto, ela pode nem sofrer.

Por esse ângulo, os motivos subjetivos ensejadores da discriminação e as suas consequências para aquele que a sofre são, ainda, em parte, um enigma, quem nem se ousou desvendar.

O que se tentou demonstrar é que a discriminação está envolta em preconceitos, mitos, estereótipos e sentimentos de superioridade do homem em relação ao homem.

Partindo-se de que a relação de emprego se estabelece entre homens, nada mais natural do que aquilo que já acontece no meio social entre eles – a discriminação – reverberar-se no ambiente laboral.

O ambiente de trabalho é um meio propício, fecundo para que as discriminações ocorram, porque ali as pessoas notam o quão singulares elas são e o quão difícil é conviver com pessoas tão diferentes.

Especificamente na relação entre patrão e empregado, há um elemento acentuado para que a discriminação se prolifere: o poder diretivo.

Tal poder confere ao empregador o exercício de determinar e direcionar a atividade laboral e é, a princípio, legal e, quase sempre, necessário.

Entretanto, o poder pode ser confundido com arbítrio porque o liame entre eles é tênue. Tanto é assim que a mesma ordem, proferida pelo mesmo empregador, na mesma hora e local pode causar diferentes impactos nas pessoas.

Então, somente e quando o exercício do poder diretivo for abusivo pode-se falar em discriminação.

A religião, no mesmo compasso, também é parte da essência do indivíduo. Portanto, também, não se pode precisar razões ou motivos para crer e para não crer. E, nesses casos, o importante não é entender e sim respeitar.

A liberdade e o respeito são dois sentimentos que caminham de mãos dadas, um ao lado do outro.

Se o indivíduo quer se sentir livre para crer no que bem entender ou para não crer em nada, ele tem que permitir, consciente e inconscientemente, que o outro também tenha a mesma liberdade.

A liberdade almejada para si deve ser a mesma a ser suportada pelo exercício da liberdade do outro.

Não é simples, confessa-se. Mas, é defensável diante da tentativa da humanidade em viver numa esfera cosmopolita.

Se for impraticável suportar um colega de trabalho, um chefe, um empregado que, provavelmente, mora na mesma cidade, tem a mesma nacionalidade, a mesma cultura, a mesma língua, imagine-se interar com membros de realidade completamente estranhas.

A espiritualidade, o sobrenatural e a fé não se explicam, se respeitam. Por isso mesmo, qualquer discriminação com fulcro em superioridade religiosa, deve ser repudiada no Estado Democrático de Direito.

A laicidade estatal ampara a defesa da liberdade religiosa e essa é individual e intocável, seja pela família, seja pelos amigos, seja pelo Estado, seja pelo empregador.

A busca pela felicidade foi citada várias vezes nos julgados dos Tribunais pátrios trazidos para este estudo como fundamento para igualar, materialmente, as necessidades de cada ser humano.

Feliz é o homem que pode exercer o seu ofício em paz, sem ser discriminado. E é essa felicidade que se entende deva ser extensível a todos os seres humanos indistintamente.

## REFERÊNCIAS

- ACAPA. *Jovem gay é torturado por pai religioso para "curar" homossexualidade*. Disponível em: <<http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/jovem-gay-e-torturado-por-pai-religioso-para-curar-homossexualidade/2/13/14936>>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- ASSIS, Aroldo Camanho. *EC nº 66/2010: a emenda constitucional do casamento*. 2010. Disponível em: <<http://direito-legal.jusbrasil.com.br/noticias/2298161/ec-n-66-10-a-emenda-constitucional-do-casamento>>. Acesso em: 16 nov. 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 563-564
- BRINTON, Sam. *I'm From Perry, IA. Part 1 - True LGBT Stories. (Parte I)*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=usGKHdC19Mo>>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- BRINTON, Sam. *I'm From Perry, IA. Part 1 - True LGBT Stories. (Parte II)*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=15M-BIUUc5k&feature=relmfu>>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CALDEIRA, Gabriela Mendes. *O princípio da não discriminação e o direito do trabalho*. Salvador, 2008. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1313>>. Acesso em: 6 abr. 2011.
- CANOTILHO, J. J.; GOMES E MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Universidade de São Paulo, 1973.

FEITOSA, Isabela Britto. *A compensação do dano moral in natura na justiça do trabalho*. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5983](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5983)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

FEITOSA, Isabela Britto. *A compensação do dano moral in natura na justiça do trabalho*. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5983](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5983)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Gnotícias. Após pastor queimar o Alcorão, dezenas morrem em ataques e protestos contra a atitude: não me sinto responsável pelas mortes, 4 de Abril. Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/dezenas-morrem-protestos-queima-alcorao-pastor-18519.html>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito - possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Preconceitos e discriminação nas relações de trabalho*. Disponível em: <[http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2006/preconceito/Preconceitos\\_e\\_Discriminacao\\_nas\\_relacoes\\_de\\_trabalho.doc](http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2006/preconceito/Preconceitos_e_Discriminacao_nas_relacoes_de_trabalho.doc)>. Acesso em: 30 jan. 2012.

GUIMARÃES, Ignez; ROCHA, Luciana. *Da técnica de ponderação de princípios aplicada às sumulas vinculantes do STF. Direito Público, ano 7, n. 33, maio./jun. 2010*.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Um diálogo sobre Deus e o mundo. In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HADDAD, José Eduardo. *Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Fabris, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos*. São Paulo: LTr, 2006.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *O ocidente e sua sombra*. Brasília: Letrativa, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Ana Lúcia Coelho. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009.

LIMA, Mauricio G. do Nascimento. *Paradigmas constitucionais do patrimônio mínimo: uma abordagem sistêmica da função social da pessoa jurídica ante os procedimentos expropriatórios do Estado*. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35524>>. Acesso em: 6 abr. 2010.

LIPPMAN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan (Org.). *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro*. Direito civil constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

MAIOR, Jorge Luiz Solto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008.



MARTINEZ, João Flávio. *A face do terror sob a ditadura das seitas*. 2007. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/estudos/artigo.aspx?lng=PT-BR&article=937&menu=7&submenu=4>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004.

MONTE, Naira Baccarelli et. al. *Ética, estigma e discriminação de grupos vulneráveis no processo educacional*. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd132/etica-estigma-e-discriminacao-de-grupos-vulneraveis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

NOBRE, Marcos. *Curso livre de teoria crítica*. São Paulo: Papyrus, 2008.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. V. III.

NUNES, Raquel Portugal. Autodiscriminação: o inimigo dentro do trabalhador. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan. (Org.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANNA, Márcio Túlio; CANTELLI; Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. *A Lei 9.029/95 no combate à discriminação nas relações de trabalho*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8837](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8837)>. Acesso em: 14 abr. 2011.

ROMITA, Aryon Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. Assédio moral e a relação com o trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 22, n. 261, p. 59-61, set. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2012.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio religioso nas relações institucionais e trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 41, mar. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES, Luiz Felipe. *Etapas do pensamento social*. 2011. Disponível em: <<http://etapasdopensamento.blogspot.com/2011/11/resumo-centralidade-do-trabalho-nos.html>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. Limites aos poderes do empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2230, ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13296>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2007.

SUZUKI, Fábio Hiroshi. *Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa*. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. *A igualdade, o princípio da proibição da discriminação e as ações afirmativas como promoção dos direitos humanos, à luz da teoria crítica*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109\\_igualdade\\_acoes\\_afirmativas.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109_igualdade_acoes_afirmativas.pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2012.