

Laicidade, favorecimento e a acomodação razoável no Brasil

FÁBIO CARVALHO LEITE

Introdução

Nos últimos anos, a laicidade tem merecido maior atenção por parte dos acadêmicos de Direito. Contudo, essa contribuição intelectual teve poucos reflexos na interpretação e aplicação do conceito pelos tribunais. Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), mais especificamente o julgamento conjunto dos processos RE 611.874 e ARE 1.099.099, realizado em 20/11/2020, podem sugerir algum avanço por parte do tribunal no tratamento do tema. E uma leitura mais otimista pode também considerar que os fundamentos das decisões influenciarão juízes e tribunais inferiores. Como argumento neste trabalho, o avanço do STF refere-se mais ao resultado alcançado (seja nos dois casos concretos, seja nas teses formuladas naqueles julgamentos) do que à interpretação do conceito de laicidade.

Grosso modo, a laicidade é invocada em (i) casos em que se discute o direito a um tratamento diferenciado a cidadãos que professam crenças minoritárias (o que inclui algumas religiões cristãs fora do catolicismo) e (ii) casos que envolvem um favorecimento à crença majoritária (cristianismo em geral, catolicismo em particular). No primeiro grupo, questiona-se se a laicidade impede um tratamento diferenciado a crenças minoritárias, a fim de se acomodar condutas religiosamente motivadas e que não estão previstas como exceção ao cumprimento das leis do Estado; no segundo, se a laicidade impede um favorecimento à religião majoritária.

O pouco avanço na compreensão da laicidade está limitado ao primeiro grupo, que reúne casos em que o STF tem recorrido à ideia de “acomodação razoável”, compatibilizando a laicidade estatal com uma discriminação positiva em favor de quem, por motivos religiosos, não pode cumprir com obrigações previstas em normas do poder público. Mesmo nesses casos, o avanço quanto ao conceito de laicidade não é tão significativo. De todo modo, ao menos há um desenvolvimento quanto ao tema, o que definitivamente não ocorre nos casos relativos a supostos favorecimentos à crença majoritária — casos em que a laicidade ainda é considerada de modo extremamente superficial, beirando à infantilidade.

Este breve trabalho está dividido em 3 tópicos: no primeiro, trato da acomodação razoável e em que medida isso afetou a compreensão a respeito da laicidade; no segundo, aponto os problemas que permanecem na interpretação da laicidade, a partir de julgados do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre favorecimento à crença majoritária, e mesmo nos referidos julgados sobre acomodação razoável. No terceiro (considerações finais), apresento algumas sugestões para o aprimoramento do debate em torno da laicidade no Direito.

Acomodação razoável no Brasil

Não há na Constituição brasileira um dispositivo específico voltado à acomodação de exceções a regras gerais por razões religiosas, e seria precipitado assumir que o art. 5º, VIII, garante este direito. Na verdade, trata-se de um dispositivo que poderia servir de fundamento tanto para reconhecer como para negar a acomodação, ao menos na via judicial. O art. 5º, VIII da Constituição dispõe 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”. A primeira parte deste inciso é de relativa clareza e não suscita maiores discussões. A divergência que pode surgir a respeito do sentido e alcance deste dispositivo encontra-se na sua segunda parte, que trata da possibilidade de conflito entre a conduta que decorre da consciência (ao que aqui importa) religiosa e

aquela imposta por uma norma emanada diretamente do Estado —devido-se levar em conta que, ao menos em tese, as condutas prescritas por normas religiosas podem ser as mais variadas, suscitando assim diversos conflitos com as normas emanadas do poder público.

Trata-se de aspecto que revela uma dificuldade inerente ao tema, mas que não deveria ser razão suficiente para a resolução das questões jurídicas. Esse, no entanto, foi o caminho tradicionalmente traçado no direito brasileiro. A título de ilustração, em 2003, quando a então prefeita de São Paulo, Marta Suplicy, permitiu que fossem abonadas as faltas de servidores públicos judeus em três feriados religiosos, o então Professor titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, manifestou sua oposição ao ato apontando justamente estes problemas potenciais: “E os muçulmanos? E as testemunhas de Jeová? E os umbandistas? Pela lógica, esse direito pode ser entendido a todos” (FOLHA DE SÃO PAULO, 11/10/2003, p. E2). No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 2.806, em que se questionava a constitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul que dispunha sobre “fatos relacionados com a liberdade de crença religiosa, determinando à administração pública e a entidades privadas o respeito e a observância às doutrinas religiosas” naquele Estado:

Sr. Presidente, estou de pleno acordo com o eminente relator, mas creio que a lei tem implicações maiores do que o simples problema de iniciativa legislativa.

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 violados, 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.

No julgamento do RE 611.874 e do ARE 1.090.099, em novembro de 2020, mencionados na introdução, o STF adotou uma abordagem distinta, incorporando o conceito de acomodação razoável a condutas religiosamente motivadas.

A expressão “acomodação razoável” tem origem nos EUA, em meados dos anos 60, a partir de medidas voltadas ao combate à discriminação no mercado de trabalho. Embora a legislação abrangesse a discriminação por raça, religião, nacionalidade, cor ou sexo (*Civil Rights Act*, promulgado em 1964, e emendas seguintes), foi inicialmente na análise e julgamento de casos de discriminação religiosa que a Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission — EEOC*) e os tribunais aplicaram o conceito de “acomodação razoável”, compreendido como um dever imposto ao empregador de comprovar que não poderia acomodar as práticas religiosas de seus empregados sem que isso implicasse um ônus indevido.

O conceito foi posteriormente importado pelo Canadá e ali desenvolvido de tal forma que, apesar da origem norte-americana, a acomodação razoável hoje é mais associada ao direito canadense, que conferiu um fundamento mais multiculturalista e comunitarista ao conceito (KOUSSENS, 2009), e se tornou uma referência em relação ao tema. Na França, por exemplo, o Relatório final apresentado pela “Comissão de Reflexão sobre a Aplicação do Princípio da Laicidade na República”, em dezembro de 2005, teve marcante influência desse conceito, afirmando, num de seus pontos, que “o respeito às exigências religiosas deve ser compatível com o bom funcionamento do serviço, segundo o princípio que os cidadãos do Quebec chamam de ‘acomodação razoável’” (LEITE *et al.*, 2010).

O Brasil esteve alheio a debates e reflexões desenvolvidos a respeito do tema, ao menos até pouco tempo (WEINGARTNER NETO, 2007; SANTOS JÚNIOR, 2013). Em 2009, no julgamento do recurso STA n°. 389, pelo STF, houve menção à acomodação religiosa e o reconhecimento de 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”.

Curiosamente, a decisão foi contrária à pretensão dos autores, mas o caso é peculiar, porque pretendiam um tratamento diferenciado por considerarem insatisfatória a acomodação já feita pela norma estatal. O edital do Exame Nacional do Ensino Médio — ENEM estabelecia um tratamento diferenciado aos candidatos sabatistas (judeus e adventistas do sétimo dia), que, para cumprirem com seu dever de guarda do sábado, poderiam fazer a prova às 18h, devendo, contudo, chegar ao local do exame no mesmo horário dos demais candidatos. Os autores da ação pediram a mudança de data ou, alternativamente, a possibilidade de realizarem outra prova, com o mesmo grau de dificuldade, em outro dia que não sábado. De certo modo, a discussão era sobre qual acomodação seria a mais razoável.

Os recursos julgados em novembro de 2020 referiam-se a (i) docente reprovado em estágio probatório por não ter ministrado aulas às sextas-feiras, após as 18h, em cumprimento a suas obrigações religiosas (ARE 1.099.099) e (ii) candidato que, autorizado por decisão judicial, realizou etapa de concurso público em horário e local diversos daqueles determinados pela comissão organizadora (RE 611.874). Em ambos os casos, as decisões foram favoráveis aos autores das ações, e o STF aprovou as seguintes teses:

RE 611.874 – Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

ARE 1.099.099 – Nos termos do art. 5º, VIII, da CRFB, é possível a Administração Pública, inclusive em estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize

o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

O tribunal rejeitou o argumento da Advocacia-Geral da União de que tratamento diferenciado por razões religiosas violaria o princípio constitucional da laicidade, constando na ementa do acórdão do RE 611.874 o seguinte trecho:

1. A tessitura constitucional deve se afastar da ideia de que a laicidade estatal, compreendida como sua não-confessionalidade, implica abstenção diante de questões religiosas. Afinal, constranger a pessoa de modo a levá-la à renúncia de sua fé representa desrespeito à diversidade de ideias e à própria diversidade espiritual.

Os acórdãos foram desnecessariamente extensos (ARE 1.099.099: 187 páginas; RE 611.874: 260 páginas) — como, aliás, tem sido frequente em julgamentos que envolvem direitos fundamentais — o que dificulta elaborar até mesmo um resumo dos fundamentos adotados pelos ministros. De todo modo, o trecho (abaixo) do voto da ministra Rosa Weber, nos dois julgados, reflete bem o entendimento adotado pelos ministros a respeito da laicidade:

a neutralidade exigida do Estado (art. 19, I, CF), em razão da premissa da regra constitucional da laicidade, derivada da secularização e racionalidade da esfera pública, não implica indiferença perante as religiões e suas demandas.

Ao contrário, a regra constitucional da laicidade exige do Estado a promoção da tutela do exercício do direito fundamental de crença e profissão de fé, em um contexto de autêntica pluralidade e tolerância religiosas. Constitui obrigação moral e jurídica do Estado constitucional democrático concretizar os direitos fundamentais. Não lhe cabe frustrar os deveres de proteção atuando de modo insuficiente ou mesmo deixando de atuar.

Essa mudança na compreensão da laicidade estatal, compatibilizando o conceito com a acomodação razoável, é algo positivo na jurisprudência do STF, que pode influenciar as instâncias inferiores em casos relacionados a tratamentos diferenciados por razões religiosas. Mas a ideia de que houve um avanço na interpretação da laicidade deve ser recebida com muitas reservas, pois não vale para as questões relativas à eventual favorecimento de crença majoritária, como será abordado a seguir.

A superficialidade da laicidade estatal na jurisprudência

No Brasil, as questões jurídicas que envolvem Direito e religião, em geral, são histórica e tradicionalmente tratadas de modo superficial. É muito adequada, a propósito, a descrição feita pelo antropólogo Emerson Giumbelli sobre a forma como a doutrina brasileira aborda o tema: “passa-se do extremamente genérico ao demasiadamente particular quando se trata de religião nas discussões jurídicas” (GIUMBELLI, 2002, p. 232). Não espanta que a questão relativa à presença de crucifixos nos tribunais tenha sido julgada pelo Conselho Nacional de Justiça em decisão que continha apenas quatro parágrafos. Para se ter uma ideia, em março de 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou dois casos, no mesmo dia, envolvendo questões semelhantes: a presença de um monumento dos Dez Mandamentos no pátio da Assembleia Legislativa do Texas (caso *Van Orden v. Perry*) e no Tribunal de Justiça do Condado de McCreary, no estado de Kentucky (caso *McCreary County, Kentucky, et al. v. American Civil Liberties Union of Kentucky et al.*). Os acórdãos têm dezenas de páginas, com bons argumentos para os dois lados, e o tribunal decidiu pela constitucionalidade no primeiro caso e pela inconstitucionalidade no segundo — e em ambos, por maioria apertada (5x4). Em linhas gerais, quando questões relevantes sobre atos do poder público favorecendo o cristianismo (ou, mais especificamente, o catolicismo) são levadas ao judiciário, há uma forte tendência em se proceder a uma distorção dos argumentos que invocam a laicidade. A estratégia enquadra-se naquilo que se conhece como “falácia do espantalho” (*thes-trawmanfallacy*). O objeto específico da discussão (crucifixos em salas de

audiência, por exemplo) é deixado de lado, e substituído por questões mais genéricas que não estão em debate (como o monumento do Cristo Redentor, no Corcovado). E, assim, argumentos sérios sobre laicidade são transformados em incríveis pretensões laicistas, antirreligiosas e ateístas (um suposto Estado ateu), mais fáceis de serem rejeitadas.

Cito aqui duas decisões judiciais que ilustram bem essa estratégia. A primeira, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), refere-se a um processo de improbidade administrativa movido contra o então prefeito do Rio de Janeiro pelo fato de ter destinado verbas públicas à construção de uma igreja da religião católica. A questão parecia simples, e o ex-prefeito foi condenado nas duas primeiras instâncias judiciais. A condenação, no entanto, foi reformada no STJ, e por unanimidade. O relator do recurso especial (REsp nº. 1.536.895) alegou que a destinação de recursos para a construção da igreja é “de natureza infracional extremamente duvidosa (...) porque, como se sabe, a sociedade brasileira é profundamente religiosa — embora o Estado seja laico, mas não ateu, e muito menos ímpio — como se pode afirmar”. Após mencionar as caravelas dos descobridores do Brasil, “cujas naus, aliás, ostentavam a Cruz de Cristo como símbolo e motivo para as suas ousadas aventuras transoceânicas”, o ministro escreveu:

8. Ademais, não se pode negar que grande parte das cidades brasileiras, inclusive capitais de Estados, como São Paulo/SP, São Luís/MA, Salvador/BA, Belém/PA, Natal/RN, dentre outros, ostentam nomes ou alusões a santos e episódios da religião cristã, isso para não falar no nome do Estado de Santa Catarina e em inúmeros topônimos nacionais, como Bahia de Todos os Santos/BA, Baía de São Marcos/MA, Ilha de São Luís/MA e Municípios como Santa Maria/RS, São Benedito/CE, São Sebastião do Paraíso/MG, São José do Rio Preto/SP, e muitos outros que, segundo o censo do IBGE chegam a mais de 2.500.

9. Os Municípios Brasileiros, todos eles, têm o seu Santo Padroeiro, como Nossa Senhora da Assunção, em Fortaleza/CE, São Sebastião, no Rio de Janeiro/RJ, além de Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil, e São João Bosco, cultuado aqui em Brasília/DF.

10. Muitas cidades do Brasil foram fundadas por missões religiosas cristãs, sobretudo as dos Padres Jesuítas, que realizaram a catequese dos indígenas (processo de discutível ou questionável humanismo) e foram os nossos primeiros educadores; (...)

A pergunta a ser respondida era: pode um governante destinar verba pública para construção de igreja? É uma pergunta importante, sobretudo se considerarmos que no Brasil, segundo dados do IBGE de 2018, há 5.568 governos municipais, 26 governos estaduais, 1 governo distrital e 1 governo federal. Qual é a relação entre os fatos históricos mencionados pelo ministro e o julgamento de que foi lícita a destinação de verba para construção de igreja católica? Tais fatos podem ser citados em todo e qualquer processo sobre o tema. Isso significa que os milhares de governantes podem destinar recursos públicos para a construção de igrejas? Ou só para as cristãs? Ou seria apenas para as católicas? Ou a licitude dependeria do valor destinado? Ou dependeria de a população local ter interesse na construção da igreja?

O outro caso a ser aqui mencionado é a decisão do STF no julgamento da ADI 4.439, em que se discutia a importante (e polêmica) questão em torno da constitucionalidade do ensino religioso confessional. O Ministro Gilmar Mendes escreveu em seu voto:

Aqui me ocorre uma dúvida interessante: será que precisaremos, em algum momento, chegar ao ponto de discutir a retirada da estátua do Cristo Redentor do Morro do Corcovado por simbolizar a influência cristã em nosso país? Ou a extinção do feriado nacional de nossa padroeira, Nossa Senhora Aparecida? A alteração do nome de Estados e de cidades, porque recebem o nome de santos, como São Paulo e Santa Catarina?

A “dúvida interessante” levantada pelo ministro não é dúvida, e nem é interessante. O entendimento pela inconstitucionalidade do ensino religioso confessional, defendido por 5 dos 11 ministros, não guarda relação com o monumento histórico-cultural do Cristo Redentor no Morro do Corcovado, e não se tem notícia de nenhum movimento pela alteração

do nome do Estado de Santa Catarina. Mas é a partir dessa estratégia argumentativa um tanto infantil que a comunidade jurídica deixa de avançar na urgente reflexão sobre o princípio constitucional da laicidade.

A superficialidade da discussão em torno da laicidade é mais flagrante nesses casos de favorecimento estatal às crenças majoritárias (no caso do ensino religioso, as religiões Católica e Evangélica, que, na lógica da modalidade confessional, praticamente monopolizam o ensino nas escolas públicas).

Considerações finais

A mudança na compreensão da laicidade nos processos em que se discute a legalidade de tratamentos diferenciados por motivos religiosos ocorreu apenas na medida necessária para a procedência dos pedidos, por meio da acomodação razoável. Talvez uma “adaptação” do conceito de laicidade para a compatibilização da aplicação da acomodação razoável, sem que isso represente uma revisão minimamente mais densa sobre o significado da laicidade.

Não há necessariamente uma contradição entre a forma como o conceito é compreendido nos casos de tratamento diferenciado a religiões minoritárias e de favorecimento às religiões majoritárias, pois os aspectos da laicidade considerados nos julgamentos são distintos. O que se nota é apenas o afastamento da noção mais tradicional e simplista de que a laicidade impediria que o poder público adotasse comportamentos positivos em atenção a regras religiosas observadas em grupos minoritários, com vistas a uma democracia mais inclusiva. As considerações que deveriam ser feitas nos casos de favorecimento às religiões majoritárias (católicos e evangélicos) são de outra ordem, como, por exemplo: as medidas adotadas no caso, beneficiando determinada religião, poderiam ser adotadas a todas as crenças? Existe interesse público na questão? O poder público está endossando determinada crença? O caráter é preponderantemente religioso ou secular?

A forma como a laicidade é usualmente abordada não permite que se chegue a essas questões, que são efetivamente as mais relevantes a

serem enfrentadas. Todos conhecemos a relação da religião católica e do cristianismo com a formação histórica do Estado brasileiro. Sabemos também que a sociedade brasileira é religiosa (embora em diferentes graus) e que é majoritariamente cristã e católica. Esses são fatos históricos e dados demográficos que não estão em discussão, e não têm relevância para a maior parte das questões concretas que são problematizadas no direito, e eventualmente levadas ao poder judiciário. O debate sobre o caráter confessional do ensino religioso, por exemplo, independe do nome dos Estados de Santa Catarina, São Paulo, ou Espírito Santo. Depende, sim, de uma tomada de posição sobre questões mais específicas como: há interesse público em se ensinar catolicismo para crianças católicas, ou interesse seria privado? Todas as crianças terão aulas sobre as suas religiões? Quantas dezenas de milhares de professores deveriam ser contratados para que todas as crianças tivessem esse direito, superando em quantidade os professores de disciplinas como matemática e língua portuguesa? Esse serviço seria remunerado pelo poder público? Qual é o interesse que um contribuinte que professa religião de matriz africana teria em financiar o ensino de religião evangélica a crianças de famílias evangélicas?

Questões como essas não são sequer levantadas nos debates judiciais. O simples questionamento já é, de antemão, caracterizado como hostilidade à religião, e rotulado como uma postura laicista. A partir dessa distorção de argumentos, são escritas páginas e páginas diferenciando os conceitos de laicidade e laicismo, apresentados quase na forma de um conflito do bem contra o mal. Difícil imaginar uma estratégia mais infantil.

FÁBIO CARVALHO LEITE é doutor em Direito Público (UERJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Professor Associado 3 (de dedicação exclusiva) da PUC-Rio. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Bolsista “Cientista do Nosso Estado” (FAPERJ). Pesquisador bolsista do Núcleo de Pesquisa Liberdade de expressão e de imprensa e Mídias Sociais da Emerj (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Membro do International Consortium for Law and Religion Studies (ICLARS).