

EFICÁCIA HORIZONTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO: ESTUDO DA LEI 13.796/2019¹

HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF RELIGIOUS LIBERTY IN PRIVATE INSTITUTIONS OF EDUCATION: STUDY OF THE LAW 13.796/2019

Jéssyka Mayra da Silva Almeida²

Rodrigo Pereira Moreira³

Sérgio Augusto Lima Marinho⁴

RESUMO

O surgimento dos direitos fundamentais como direitos de defesa está relacionado à sua aplicação entre Estado-cidadão. Contudo, a construção histórica dos direitos fundamentais passou a demonstrar que a sua violação também pode ser praticada por meio de entidades privadas, surgindo a necessidade de aplicar tais direitos às relações entre particulares. O direito à liberdade religiosa, com a sua gama de posições jurídicas subjetivas e dimensão objetiva, também deve ser aplicado entre particulares, razão pela qual o objetivo do presente artigo é investigar a forma como a aplicação desse direito ocorre nas instituições de ensino privadas antes e depois da Lei 13.796/2019. A partir do método dedutivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, chegando à conclusão de que a eficácia horizontal da liberdade religiosa nas instituições de ensino privadas foi mediada pela atuação do legislador ao editar a Lei 13.796/2019.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; direito à educação; relações privadas.

¹ Artigo submetido em 02-10-2019 e aprovado em 02-12-2019.

² Graduada em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara (ILES/ULBRA). Endereço Eletrônico: jessykasalmeida@gmail.com.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito da Universidade Estadual de Goiás e do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara. Endereço Eletrônico: rodrigop.moreira@yahoo.com.br.

⁴ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado. Endereço Eletrônico: marinho_adv@hotmail.com.



ABSTRACT

The emergence of fundamental rights as rights of defense is related to their application between the citizen and the state. However, the historical construction of fundamental rights has to demonstrate that its violation can also be practiced by private entities, resulting in the need to apply such rights in relations between individuals. The right to religious freedom, with its range of subjective legal positions and objective dimension, should also be applied between private individuals, which is the purpose of this paper to investigate how the implementation of this right occurs in private educational institutions before and after Law 13,796 / 2019. From the deductive method, a bibliographical and jurisprudential research was conducted and concluded that the horizontal effect of religious freedom in private educational institutions was mediated by the legislature's performance when editing the Law 13,796 / 2019.

KEYWORDS: fundamental rights; right to education; private relations.

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2019, foi publicada a Lei 13.796, alterando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, cuja proposta é regulamentar a disponibilização de prestações alternativas para as pessoas que, em razão de sua religião, não possam comparecer em aulas ou avaliações em determinado dia da semana. Tal lei vem ao encontro da efetivação do direito fundamental da liberdade religiosa nas instituições de ensino privadas, haja vista que a lei deve ser cumprida na seara pública e particular.

Assim, levando em consideração que a liberdade religiosa é prevista como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, é preciso entender qual é o papel da Lei 13.796/19 nas relações entre particulares, na medida em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sempre foi um tema que não alcança unanimidade na sua forma de aplicação, ficando a doutrina dividida entre aqueles que defendem uma eficácia direta e outros que defendem a eficácia indireta.

Para verificar a eficácia horizontal do direito fundamental à liberdade religiosa no âmbito das instituições de ensino privadas, utilizar-se-á o método de pesquisa dedutivo, com procedimento de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esta última para verificar como a liberdade religiosa era aplicada nas instituições de ensino antes da Lei 13.796/19.

Com isso, pretende-se propor uma forma de interpretação do Art. 7º- A, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Para tanto, em um primeiro momento, realizar-se-á um



estudo sobre o direito fundamental à liberdade religiosa. Na segunda etapa, serão investigadas as teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas para, ao final, analisarmos a interpretação e as inovações da Lei 13.796/19.

1. LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A liberdade religiosa pode ser definida como um direito complexo, de vertentes subjetivas, cujos titulares são pessoas físicas e jurídicas, e objetiva, revestindo-se, assim, de dimensões positivas e negativas, vinculando os órgãos estatais e os particulares.⁵ A liberdade religiosa vai muito além do direito de ter, não ter ou deixar de ter uma religião, ao contrário, como direito complexo garante aos seus titulares uma série de posições jusfundamentais e cria para o Estado, além do dever de respeitá-la (não interferência), o dever de garanti-la (cunho prestacional). De forma deveras simplista, pode-se afirmar que ela é concebida com a finalidade de garantir que toda pessoa possa assumir a crença e prática religiosa que lhes pareçam mais adequadas.⁶

Primeiramente, é importante destacar que a liberdade religiosa é um direito assegurado constitucionalmente. A Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, estabelecendo: a) a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (artigo 5º, IV); b) a prestação de assistência religiosa, nos termos da lei, nas entidades civis e militares de internação coletiva (artigo 5º, V); c) que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (artigo 5º, VI).

⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

⁶ CARBONELL, Miguel. De La libertad de consciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 122.



Ademais, apesar de discutível a sua força normativa, o preâmbulo da Carta Magna introduz uma Constituição de uma sociedade política que tem como um de seus valores supremos a Liberdade, e se pretende fraterna, pluralista e sem preconceitos. Então, a liberdade religiosa emerge como um valor supremo do país, pois não há que se falar em pluralismo e ausência de preconceitos, onde não haja respeito e tolerância à religião.

Nesse sentido, Aldir Soriano pondera que “uma sociedade fraterna, justa e pluralista, nos termos do preâmbulo Constitucional, só pode subsistir com liberdade, inclusive liberdade religiosa. Conseqüentemente, essa sociedade deve ser tolerante, em relação às diferentes confissões religiosas, senão deixa de ser pluralista e não terá a liberdade como valor supremo”.⁷

Ressalte-se que a liberdade religiosa é um direito fundamental revestido de especial significação, especialmente em decorrência das perseguições e até mesmo atrocidades cometidas ao longo dos séculos em nome de ideais religiosos. A importância desse direito é tão destacada que já houve quem afirmasse que esta, especialmente como reconhecida nas ex-colônias inglesas, foi a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana.⁸

Realizadas essas considerações necessárias, passa-se a apresentar rol de ações, estados e posições jurídicas protegidos *prima facie* pelo direito à liberdade religiosa, ressalte-se que esse rol não se pretende exaustivo, mas meramente exemplificativo, tendo em vista que, a partir da perspectiva de suporte fático, toda ação, estado ou posição jurídica que apresentar características as quais, ainda que isoladamente consideradas, tiverem relação com o âmbito temático da liberdade religiosa serão protegidas por este direito.⁹

⁷ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo Juarez de Oliveira, 2002, p. 86.

⁸ JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. México, Unan, 2003, p. 115 ss.

⁹ Esclareça-se ainda que este catálogo de posições jusfundamentais leva em consideração a permeabilidade categorial da liberdade religiosa que, na perspectiva deste trabalho encontra seu fundamento imediato na liberdade de consciência a qual além de direito matriz em relação à liberdade religiosa, serve de ponte que liga este direito a um complexo de liberdades comunicativas, conforme desenvolvido no tópico 1.2. Ademais, o elenco de ações, estados e posições jurídicas considerados como protegidos pela liberdade



Nessa senda, apresentam-se como direito subjetivo individual decorrente da liberdade religiosa: a) A liberdade de crença que abrange a liberdade de ter, não ter, deixar de ter e mudar de religião; b) a liberdade de atuação de acordo com a própria crença – agir ou não agir de acordo com as normas da religião professada; c) liberdade de culto (incluída a inviolabilidade dos templos); d) liberdade de buscar novos adeptos para a crença que se professa; e) liberdade de exprimir e divulgar livremente o pensamento em matéria religiosa; f) liberdade de informação a respeito da religião; g) liberdade de produção de obras a respeito da religião; h) liberdade de ensino religioso; i) liberdade de cátedra religiosa; j) liberdade de reunião, associação e manifestação com outros de acordo com as convicções religiosas; k) direito à privacidade religiosa; l) direito à objeção de consciência por motivo relacionado à religião; m) direito à assistência religiosa em situações especiais, dentre outros.¹⁰

Por sua vez, apresentam-se como direitos reconhecidos às confissões religiosas: a) direito de autocompreensão ou autodefinição relativo à identidade religiosa; b) direito de auto-organização e autoadministração que lhes possibilita dispor a respeito de seus órgãos, membros, representantes, etc.; c) direito de autodissolução; d) direito de praticar atos de culto privado ou público; e) direito de construir ou adquirir edifícios com a finalidade de realização das atividades religiosas; f) direito de ensinar a confissão professar e divulgá-la em busca de novos adeptos; g) direito de comunicação em matéria religiosa e de culto; h) direito de autofinanciamento e gestão dos recursos obedecida à finalidade da confissão religiosa; i) direito de utilização dos meios de comunicação social próprios com o intuito de realização de suas atividades; etc.¹¹

religiosa que se apresenta, toma por base o catálogo de posições jusfundamentais proposto por Jaime Weingartner Neto (WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 ss.), ressaltando-se que, para os fins do presente trabalho, trata-se apenas de posições jusfundamentais *prima facie* garantidas pelo direito à liberdade religiosa e cuja garantia em definitivo depende das circunstâncias do caso concreto.

¹⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 ss.

¹¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 ss.



Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, por um lado, geram direitos subjetivos para os seus titulares, que consistem justamente no conjunto das posições jusfundamentais asseguradas pelo seu âmbito de proteção. Em uma perspectiva objetiva, os direitos fundamentais além de expressarem uma ordem de valores fundamentais objetivos, impõem efeitos jurídicos autônomos, distintos da sua perspectiva subjetiva.¹²

A liberdade religiosa, numa perspectiva subjetiva, gera para os seus titulares, que, como visto, são tanto pessoas individualmente consideradas quanto confissões religiosas, uma gama de posições jusfundamentais protegidas pelo âmbito de proteção desse direito e que serão violadas sempre que houver uma intervenção desacompanhada de uma justificativa constitucional.

A seu turno, como vetor objetivo, a liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade religiosa, condição indispensável ao exercício desse direito.¹³ A existência dessa neutralidade será verificada a partir da visualização das diversas formas pelas quais pode se dar a relação do Estado e as confissões religiosas. A partir de tal análise, restará clarividente a necessidade de neutralidade religiosa para se garantir a liberdade religiosa e a própria subsistência do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, convém dedicar algumas linhas ao modo pelo qual pode se dar a relação entre o Estado e as confissões religiosas. Uma primeira postura que o Estado pode tomar é a de identificação, nesses casos, a comunidade política e a comunidade religiosa constituem um único objeto. Os exemplos históricos dessas relações nos mostram que há uma dupla tendência: pode ocorrer tanto um domínio do poder religioso

¹² A respeito dos deveres estatais impostos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e imprescindíveis à garantia dos direitos subjetivos decorrentes desses direitos, confira-se SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 144-145.

¹³ A neutralidade religiosa do Estado é apenas um dos efeitos da liberdade religiosa como vetor objetivo, nessa senda, Jayme Weingartner Neto apresenta uma série de princípios, deveres de proteção e garantias institucionais semelhantemente decorrentes da liberdade religiosa WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-77.



sobre o poder político, *teocracia*,¹⁴ quanto um domínio do poder político sobre o poder religioso, *cesaropapismo*.¹⁵

Esse modelo de relação entre Estado e confissões religiosas obviamente se mostra contraditório, tanto em relação à liberdade religiosa (visto que o Estado não somente tem uma religião oficial, mas é a própria igreja) quanto em relação ao pleno desenvolvimento de um ambiente democrático e de uma cultura de direitos fundamentais.¹⁶

Postura diametralmente oposta é a de oposição do Estado à religião. Essa oposição pode ser relativa configurando-se o Estado laicista, ou pode ser absoluta, caracterizando o Estado ateu (ou de confessionalidade negativa).¹⁷ A oposição do Estado às confissões religiosas é fenômeno relativamente recente, visto que relacionado ao totalitarismo moderno (nacional-socialista e marxista-leninistas). Nesse quadro, a liberdade religiosa também não pode ser garantida sendo apenas tolerada (oposição relativa) quando não pode ser destruída (oposição absoluta).¹⁸

¹⁴ “*Identificação*, sob a forma de teocracia, encontrava-se na antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados. Também a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do imperador do Sacro Império Romano-Germânico” (grifos do autor). MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 107 – 108.

¹⁵ A identificação sob forma de cesaropapismo ocorreu em diferentes momentos históricos como no início do império romano, momento em que os imperadores eram ao mesmo tempo autoridades religiosas e sumo sacerdotes. Também se pode destacar a configuração do cesaropapismo em diversos estados protestantes, como na Inglaterra de Henrique VIII que rompeu com a autoridade papal promovendo a dissolução de mosteiros e se denominando a autoridade suprema, tornou o chefe supremo da igreja anglicana. MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 109.

¹⁶ Nesse sentido, Jorge Miranda pondera que “A liberdade religiosa está no cerne da problemática dos direitos fundamentais, mas é, como se sabe – talvez por isso mesmo – uma aquisição recente, e ainda desconhecida ou negada em numerosos países. Não existiu nas teocracias ocidentais e nas Cidades-Estados da antiguidade clássica, nem pode existir em certos Estados islâmicos da actualidade; assim como não poderia coadunar-se com o cesaropapismo bizantino”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

¹⁸ Nesse sentido é a lição de Jorge Miranda: “[...] Muito menos garantem a liberdade religiosa os regimes totalitários e a maior parte dos regimes totalitários contemporâneos, sejam quais forem as suas inspirações; toleram-na, quando a não podem destruir”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.



No ambiente de um Estado que se pretende total sendo o único apto a conformar a sociedade, não há espaço para a religião que, fatalmente, se reduz à clandestinidade.¹⁹ Semelhantemente, esse tipo de relação entre o Estado e a Religião não somente é nocivo à democracia e aos direitos fundamentais dentre os quais se destaca a liberdade religiosa, como inviabiliza a existência de ambos.

A terceira relação possível entre o Estado e as confissões religiosas é a de não identificação (conhecido como Estado laico). Contudo, há que se ter presente que mesmo a não identificação pode assumir feições distintas. Apesar de não haver identificação, pode ocorrer uma união entre o Estado e igreja, e, nesse caso, tanto pode haver uma autonomia relativa entre ambas, como pode ocorrer a ascendência de um dos poderes sobre o outro.²⁰

Havendo união com ascendência do poder religioso sobre o poder político, resta configurado o clericalismo,²¹ lado outro, caso o poder ascendente seja o poder político, configurado estará o regalismo, regime que historicamente prevaleceu quando houve união entre o poder político e o poder religioso.²²

¹⁹ Nesse sentido Paulo Pulido Adragão pondera que: “o século XX foi também o século dos totalitarismos, que se caracterizaram, nas relações Igreja-Estado, pelo modelo da oposição absoluta do Estado à religião. Designam-se por totalitários os sistemas jurídico-constitucionais caracterizados por uma ideologia oficial que não reconhece validade ao pluralismo e abrange todos os aspectos da vida do homem, sem distinguir sociedade civil e Estado. Por isso, não se podem permitir o reconhecimento de qualquer espaço de liberdades fundamentais – também no âmbito da religião – fora do seu controlo. Aqui se compreendem, como se sabe, quer os sistemas constitucionais de matriz soviética, de que ainda existem alguns exemplos, quer os sistemas históricos do fascismo italiano e do nacional socialismo alemão”. ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Liberdade Religiosa e Estado*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 84 – 85.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

²¹ A esse respeito Jorge Miranda assevera que: “clericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as *reduções* jesuítas construídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real”. (grifos do autor) MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 110.

²² Mais uma vez a lição de Jorge Miranda se mostra oportuna esclarecendo que “*No regime de união, prevaleceu historicamente a tendência para o realismo* resquício ou continuador do cesaropapismo. Com formas ora mais moderadas, ora mais acentuadas, traduzia-se na intervenção dos Estados na vida interna das Igrejas, em especial na designação dos bispos e no provimento dos ofícios eclesiásticos”. (grifos do autor) MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 110.



A não identificação também pode ocorrer com separação do Estado em relação às confissões religiosas, todavia essa separação pode se dar de forma relativa (onde se vislumbram tratamento especial ou privilégios concedidos pelo Estado a alguma religião) ou de forma absoluta na qual o tratamento dispensado às diversas religiões é idêntico.²³

Há quem defenda que o constitucionalismo pátrio assume um modelo de não identificação do Estado com qualquer confissão religiosa (Estado laico), mas com separação relativa. Nesse sentido, Daniel Sarmento pondera: “não me parece possível, à luz da Constituição de 1988 e de certas características de nosso Estado, que é um Estado do bem-estar social, um modelo de laicidade como aquele da muralha que separa Religião e Estado”.²⁴

Esse modelo em que há a não identificação do Estado com as confissões religiosas é o modelo de Estado Laico. A laicidade impõe ao Estado a obrigação de se manter neutro em termos religiosos o que não significa assumir uma posição de negação da existência de Deus, vez que esta é justamente uma posição concernente ao debate religioso,²⁵ mas de agir de forma com que suas ações, meios e fins não invadam o terreno confessional.²⁶

Nessa senda, a laicidade do Estado se diferencia do laicismo, enquanto aquela “significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 406.

²⁴ SARMENTO, Daniel. *Consciências Privadas e Razões Públicas*. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

²⁵ Há que se ressaltar que “Laicidade do Estado não é hostilidade estatal em relação à religião. Isso não é laicidade do Estado. O Estado que é hostil em relação à religião não é neutro, ele está tomando partido. Isso não é laicidade do Estado. Nem em relação a religiões majoritárias, como hoje acontece, por exemplo, na Turquia, onde, em nome da laicidade do Estado, a religião majoritária, a religião islâmica é muitas vezes reprimida, até mesmo pelo Poder Judiciário”. SARMENTO, Daniel. *Consciências Privadas e Razões Públicas*. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

²⁶ ALARCÓN, Mariano López. *Contenido esencial del derecho de libertad religiosa*. *Anales de derecho. Universidad de Murcia*. n. 15. p. 25-39, Murcia, 1997, p. 35.



reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos”,²⁷ este representa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária descambando inclusive para o enfraquecimento do próprio princípio da laicidade.²⁸

A laicidade é um objetivo sadio que deve ser perseguido pelo Estado Constitucional, ao passo que o laicismo deve ser por ele combatido. Enquanto ela se mostra um conceito pacífico ele é um conceito beligerante, aquela é princípio inspirador do diálogo, ao passo que este é um fator que promove a aceleração do desacordo, ela promove o pluralismo, ele promove a imposição de uma única ideia. Nos dizeres de María Blanco: “a laicidade embasa múltiplas convicções, o laicismo monopoliza a sociedade sem Deus”.²⁹

É importante frisar que o princípio do Estado laico não possui apenas um caráter negativo, no sentido de abstenção estatal em relação às questões afeitas à religião, mas também possui um conteúdo positivo, que carrega como corolários o respeito, a autonomia e a cooperação que devem existir entre Estado e Igreja, comunidade civil e comunidade religiosa.³⁰

Ressalte-se ainda que separação entre Estado e Religião não determina o desconhecimento ou negligencia a realidade social e cultural religiosa. Semelhantemente, não tem o condão de afastar as confissões religiosas da esfera pública e trancafiá-las na esfera privada.³¹ Não é razoável deduzir do princípio da separação entre Estado e Igreja,

²⁷ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

²⁸ A esse respeito confira-se: MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

²⁹ BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. *Revista Persona y Derecho*. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 204. (tradução livre).

³⁰ Nesse sentido, confira-se: BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. *Revista Persona y Derecho*. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 201.

³¹ Nesse sentido, Jorge Miranda assevera que “Separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios”. MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.



a separação entre Estado e vida pública. A laicidade estatal está longe de decretar o confinamento da religião ao âmbito privado ou à consciência individual.³²

Tratando sobre a matéria, Jónatas Machado pondera que: “o princípio da neutralidade religiosa e ideológica do Estado é incompatível com a consideração da religião unicamente como um fenômeno irracional, privado, individual, íntimo, ultrapassado, estranho e extrassocial. Muito menos será compatível com qualquer estratégia deliberada de remoção da religião da esfera do discurso público”.³³

Dessa feita, pode-se afirmar que o Estado de Direito somente poderá se desenvolver em um ambiente laico, vez que somente uma relação de separação entre o Estado e as confissões religiosas poderá garantir o respeito e a autonomia destas, assegurando-se, assim, o direito fundamental à liberdade religiosa a todos, ainda que pertencentes a uma religião pouco popular.

Acertadas essas premissas, é possível afirmar que a genuína liberdade religiosa somente está presente onde se percebe a separação entre o Estado e as confissões religiosas, condição necessária também à configuração da democracia. Nessa senda, John Rawls leciona que, em um ambiente de uma única doutrina, de uma única moral, de uma única religião, o uso do poder estatal de forma opressiva seria inevitável, justamente para garantia dessa unidade.³⁴

Assim, observadas as coordenadas de aplicação da liberdade religiosa em relação ao aparato estatal, é preciso entender como a liberdade religiosa pode ser aplicada quando se trata da relação entre particulares.

civitas

³² Nesse sentido, confira-se: BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. *Revista Persona y Derecho*. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 200.

³³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152-153.

³⁴ RAWLS, JOHN. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 81.



2. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PRIVADO

A discussão sobre esta eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*) tem origem na Alemanha e classicamente possui duas teorias: (i) a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, concernente à exigência direta e necessária dos atores privados aos direitos fundamentais; (ii) a eficácia mediata dos direitos fundamentais aos particulares, pois requer a atuação dos poderes públicos mediante a configuração dos direitos fundamentais para que estes possam ser aplicados ao âmbito privado.³⁵

A tese dos efeitos indiretos ou mediatos dos direitos fundamentais é aquela amplamente aceita pela doutrina³⁶ e tem, na formulação de Günter Dürig, a sua maior expressão. Para o autor, os direitos fundamentais representam valores reconhecidos especialmente na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Esses direitos são dirigidos contra o Estado, mas os seus efeitos absolutos sofrem uma atenuação no campo privado em face da autonomia individual e da responsabilidade individual. A atenuação (portas de entrada) é realizada por meio das cláusulas gerais que demandam seu preenchimento por meio de valores, ou seja, pelos direitos fundamentais. Esse pensamento salvaguarda a autonomia do direito privado e a própria unidade do ordenamento jurídico.³⁷

Um dos principais pontos de apoio dessa teoria é a liberdade geral de ação. O direito geral de liberdade permitiria que os particulares evitassem a aplicação de direitos fundamentais de forma absoluta no campo das relações privadas. Todavia, a separação entre direitos fundamentais e direito privado não é total e esses direitos adentram nas relações entre particulares por meio do intermédio da normatividade própria do âmbito

³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 319.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

³⁷ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 35.



privado cuja principal, mas não a única, porta de entrada são as cláusulas gerais³⁸. Em outras palavras:

o principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado, segundo o modelo de efeitos indiretos, são as chamadas cláusulas gerais. Essa são cláusulas que requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido, pois são, para usar uma expressão difundida na doutrina jurídica brasileira, *conceitos abertos*, cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicador do direito. Essa valoração não pode ser, contudo, *ao contrário do que muitos ainda pensam*, uma valoração baseada em valores morais extra ou supralegais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, *no sistema de valores consagrados pela constituição*. [...] É principalmente, mas não exclusivamente, por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais se “infiltram” no direito privado e por aí produzem seus efeitos.³⁹

Essa postura é adotada sob o argumento de que a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas anularia a autonomia da vontade, desfigurando as bases do Direito Privado. Nesse sentido, somente os efeitos de irradiação dos direitos fundamentais levaria os valores desses direitos às relações privadas.⁴⁰ Essa concepção ficou consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão por meio da decisão do caso Lüth.⁴¹

As principais críticas a essa teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais dizem respeito: (i) ao grau de indeterminação e insegurança no momento de aplicação das normas privadas; (ii) a não permitir uma tutela completa dos direitos fundamentais no âmbito privado, pois depende da atuação do legislador; (iii) o caráter supérfluo deste pensamento, pois acaba reconduzindo a eficácia dos direitos

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75-76.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198-199.

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 43-44. O autor faz a seguinte transcrição desta decisão: “uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado *não se verifica de modo directo*, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado”. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.



fundamentais à interpretação conforme à Constituição⁴²; (iv) a impossibilidade de sua aplicação, ressaltada por aqueles que não entendem os direitos fundamentais como uma ordem de valores; (v) a insuficiência das cláusulas gerais, pois não haveria um número suficiente dessas cláusulas para permitir a eficácia dos direitos fundamentais quando estes forem necessários.⁴³

Do outro lado da argumentação, está a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, cuja expressão mais relevante encontra-se na construção de Hans Carl Nipperdey. De acordo com o pensamento desse autor, os direitos fundamentais seriam sim direitos públicos subjetivos do cidadão face ao Estado, mas alguns direitos fundamentais também teriam o condão de vincular de forma imediata o tráfego jurídico-privado. Esses direitos não seriam exercidos apenas relativamente ao Estado, pois transcenderiam para as relações privadas, perfazendo direitos fundamentais com efeitos absolutos (no sentido de aplicáveis a todos). Essa aplicação teria a força de anular um negócio jurídico quando este violar norma de direito fundamental.⁴⁴

Complementando sua posição, Nipperdey afirma que dessa eficácia imediata dos direitos fundamentais não decorre a aplicação de um direito fundamental às relações privadas tal qual ele é aplicado nas relações frente ao Estado. Isso deriva do fato de, nas relações privadas, ambos os envolvidos sejam titulares de direitos fundamentais, inclusive do livre desenvolvimento da personalidade⁴⁵ que vincula imediatamente os sujeitos privados mediante o direito geral de personalidade que constitui um direito subjetivo público e privado.⁴⁶

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83-85.

⁴⁴ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 58-60.

⁴⁵ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 62-63. O autor ainda reconhece a possibilidade de um poder de disposição de direitos fundamentais via relações contratuais, mas a igualdade entre os contratantes deve ser real e não meramente fictícia.

⁴⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 66.



As grandes características da teoria da vinculação direta dos direitos fundamentais residem no fato de dispensar a mediação legislativa e evitar artimanhas interpretativas como a utilização de cláusulas gerais para que ocorra a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado⁴⁷. Isso não significa que essa posição não tenha sofrido críticas, sobretudo em relação à possibilidade de uma limitação excessiva da autonomia privada e da falta de clareza conceitual que tem como corolários: (i) a perda da segurança jurídica no tráfico privado; e (ii) a solução de casos privados por meio de ponderação de princípios constitucionais.⁴⁸

No Brasil, a tese da eficácia imediata teve aceitação e defesa por Daniel Sarmento. Para esse autor, a posição intervencionista da Constituição Federal (com o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais) e o seu objetivo de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF) implica considerar a consagração de um Estado social, desvinculando-se de uma perspectiva meramente liberal. Disso resulta que a Constituição assumiu uma posição mais compromissada com a máxima eficácia dos direitos fundamentais.⁴⁹

Ademais, para Sarmento, as objeções dirigidas à teoria da eficácia horizontal direta⁵⁰ não se sustentam, pois: (i) a autonomia privada continua sendo um princípio do direito privado devendo ser ponderada em relação ao direito fundamental aplicado à relação privada; (ii) só existem condições de autonomia se existirem condições mínimas que garantam um efetivo exercício da liberdade; (iii) as normas de solução de conflitos entre direitos fundamentais ditadas pelo legislador gozam de presunção de

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89-91.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-98.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239. Assim listadas pelo autor: “[...] (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua ‘colonização’ pelo Direito Constitucional”.



constitucionalidade e devem ser aplicadas ao caso concreto, salvo se declarada a sua inconstitucionalidade; (iv) o pós-positivismo garantiu força normativa aos princípios em detrimento, até certo ponto, da segurança jurídica, razão pela qual a insegurança na aplicação dos direitos fundamentais de forma direta não é exclusiva desta teoria, mas que pode ser controlada por meio de critérios que averiguem a racionalidade da decisão; e (v) a constitucionalização do privado deve ser encarada como um ponto positivo e não como uma retirada de autonomia do direito privado, pois nenhum ramo do direito pode ficar imune à normatividade constitucional.⁵¹

A par dos dois extremos dessas duas principais teorias, existem aquelas que preconizam soluções diferenciadoras a partir do caso concreto. Essas soluções parecem ser mais consentâneas com a complexidade do tema em análise. Para Carlos Alberto da Mota Pinto, a aplicação das normas constitucionais ao direito privado não ocorre de forma direta ou imediata num primeiro momento, mas pode acontecer em determinadas situações. Para ele, primeiro deve ser aplicada a norma de direito privado, que reproduz normas esculpidas na Constituição, depois se aplicam as normas constitucionais ao âmbito privado por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que devem ser preenchidos por valores constitucionais e, por fim, nos casos em que não existirem cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, a norma constitucional pode ser aplicada de forma direta.⁵²

Esse modelo parece ser bastante adequado, apenas deve ser complementado pela necessidade da interpretação conforme a constituição que o interprete deve fazer no momento de aplicar a norma de direito privado em si ou no momento de preencher as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com os valores ou princípios constitucionais.⁵³

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-244.

⁵² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 74. No mesmo sentido: PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). *Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 238-240.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1292.



3. ADVENTISTAS DE SÉTIMO DIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADAS: A LEI 13.796/2019

3.1 O SÁBADO NA RELIGIÃO ADVENTISTA

Na tradição judaica, o dia se inicia no pôr do sol e termina no pôr do sol do dia seguinte. Assim, o sábado é observado pelos sabatistas iniciando-se na sexta-feira ao pôr do sol e terminando ao anoitecer do sábado.

O sábado, segundo Aldir Guedes Soriano, “faz parte integrante da eterna e imutável lei de Deus, constituindo o 4º mandamento, conforme encontramos no livro de Êxodo 20: 8-11⁵⁴: “Lembra-te do dia do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás, e farás todo o seu trabalho; mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus. Nesse dia não farás trabalho algum, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o estrangeiro que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor o céu e a terra, o mar e tudo o que neles há e ao sétimo dia descansou; por isso o senhor abençoou o dia do sábado, e o santificou”⁵⁵.

Assim, para os Adventistas do Sétimo Dia, o sábado é considerado um memorial da criação e da redenção. No mesmo sentido, importa salientar que, para essa religião, o sábado deve ser observado por todos os cristãos. Não só apenas aos hebreus, sendo “a guarda dos mandamentos dever de todos os homens”⁵⁶.

civitas

⁵⁴ SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁵⁵ Bíblia Êxodo 31:18

⁵⁶ Bíblia Eclesiastes 12:13



3.2 DISPENSAS DE AULAS E PROVAS POR MOTIVOS RELIGIOSOS ANTES DA LEI 13.796/2019

Questão interessante ocorre com os estudantes quando há aplicação de provas escolares, vestibulares e concursos públicos nos sábados. Assim, os alunos que optam por não realizar a prova no dia de guarda, antes da edição da Lei 13.796/2019 buscavam a tutela jurisdicional do Estado para garantia do direito à liberdade religiosa.

Nesse sentido, convém lembrar que o art. 5º, incisos VI e VII, consagra a liberdade religiosa devendo ser aplicada caso a caso no plano concreto. Com a mesma compreensão Soriano assevera: “é necessário convocar a sociedade, justa e pluralista do Preâmbulo da Constituição, bem como a dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima efetividade da liberdade religiosa, conjugando o art. 5º, VI e VII (não privação de direitos por motivo de crença religiosa), para concluir que é perfeitamente razoável tratar desigualmente os sabatistas, em tal cumprimento do princípio da isonomia”.⁵⁷

Em relação à condição de igualdade, Miguel Reale declara que: “Nas relações dos homens surge, no entanto, uma outra lei da igualdade, que é aquela que manda tratar desigualmente aos desiguais, na medida em que desigualem, dando-se a cada um o que é seu, consoante ditame da justiça distributiva”.⁵⁸

Em contrapartida, agendar uma prova de vestibular, ou de concurso público nas horas do sábado configura ato discricionário da administração pública, ou seja, não configura nenhum tipo de ilegalidade. Porém, a discricionariedade deve ser pautada por limites impostos pela própria lei. Jaime Weingartner Neto afirma: “Se o agendamento de prova é ato administrativo discricionário, não significa que esteja desvinculado dos princípios basilares da ordem jurídica, mormente no reforço do princípio do livre acesso aos cargos públicos”.⁵⁹

⁵⁷ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁵⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵⁹ WEINGARTNER NETO, Jaime. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



Assim, a administração pública não deve prejudicar ou beneficiar alguns em detrimento de outros, pois todos os cidadãos possuem o direito de participar do governo, exercer atividades e funções públicas.

O que é muito recorrente para que os sabatistas realizem provas aos sábados é que no ato da inscrição o candidato declare que necessita de atendimento especial. Logo, no dia da prova os candidatos entram no local onde a referida será aplicada junto com todos os demais estudantes e aguardam até as 19 horas em um local reservado, para assim começarem a realizar a prova, o que pode causar um excessivo cansaço. Segundo dados do Ministério da Educação e do Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) realizado em 2016, “foram 76 mil inscritos com essa especificidade”.⁶⁰

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei PL 6542/2016⁶¹ que visa à não realização de provas do ENEM, bem como a não realização de concursos públicos em todo território nacional aos sábados.

Em relação às provas do ENEM, aparentemente a situação encontra-se resolvida, pois o Ministério da Educação (MEC) propôs um novo formato de provas, o qual foi escolhido pela população por meio de consulta aberta nos meses de janeiro e fevereiro de 2017. De acordo com a pesquisa, “42% votaram por provas em dois domingos seguidos, 34% por domingo e segunda-feira e 23% pela manutenção das provas em apenas um fim de semana”.⁶²

Em relação ao posicionamento dos tribunais, não se pode afirmar que haja jurisprudência estabelecida sobre a matéria. Analisemos alguns casos, a começar pela seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO E RELIGIÃO.

⁶⁰ Ministério da Educação provas do Enem em dois domingos permitem revisão e descanso. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/editoria/educacao-e-ciencia/2017/07/provas-do-enem-em-dois-domingos-permitem-revisao-e-descanso>. Acesso em 01/07/2018.

⁶¹ BRASIL. PL 6542/2016

⁶² Ministério da Educação provas do Enem em dois domingos permitem revisão e descanso. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/editoria/educacao-e-ciencia/2017/07/provas-do-enem-em-dois-domingos-permitem-revisao-e-descanso>. Acesso em 01/07/2018.



MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA. LEI N. 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS. 1. A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa. 2. Recurso ordinário provido.⁶³

Nesse precedente, o Ministro Relator Benedito Gonçalves afirmou que o direito à crença não deve impor obrigações a terceiros, ou seja, não é assegurado ao aluno o direito de faltar às aulas no período de guarda.

Diferentemente, o Tribunal de Justiça do Pará tem entendido que é plenamente possível o abono das faltas e a substituição das aulas no período de guarda por trabalhos ou outras atividades que proporcionem aos alunos o mesmo aprendizado. O Relator destaca o art. 5º, incisos VI a VIII, e reconhece a impossibilidade de os alunos Adventistas do Sétimo Dia realizarem qualquer atividade no dia de sábado. É o que informa a ementa:

ASSISTIR AULAS DO PERÍODO QUE VAI DO PÔR DO SOL DE SEXTA-FEIRA ATÉ O CREPÚSCULO DO SÁBADO. TUTELA ANTECIPADA PARA PERMITIR ABONO DE FALTAS E APLICAÇÃO DE PROVAS E DE TRABALHOS PENDENTES. ADMISSIBILIDADE. PRESENÇA, NA ORIGEM, DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 273 DO CPC. 1. A Constituição Federal, ao elencar o rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, estabelece, em seu artigo 5º, incisos VI a VIII, o direito à liberdade religiosa, de modo que devem ser resguardados os direitos daqueles que professam religião Adventista do Sétimo Dia em que não é possível a realização de atividades, estudantis ou profissionais, no dia do sábado. 2. Agravo de Instrumento conhecido e improvido.⁶⁴

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou procedente o mandado de segurança que o impetrante postulava a aplicação de prova em horário diferenciado, por ser membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Para o relator Desembargador Federal

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - RMS: 37070 SP 2012/0020565-0, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 25/02/2014, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 10/03/2014.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará - AI: 00034953320128140045BELÉM, Relator: Roberto Gonçalves de Moura. Data de Julgamento: 23/04/2015, 3ª Câmara Cível Isolada, Data de Publicação: 28/04/2015.



Carlos Moreira Alves, o direito fundamental à liberdade de crença religiosa deve ser respeitado. Veja-se na ementa:

ENSINO. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. CANDIDATA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. REALIZAÇÃO DA PROVA EM HORÁRIO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. 1. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte a de que os membros da igreja Adventista do Sétimo Dia têm direito à realização de prova de concurso vestibular em período diferenciado, em razão do direito fundamental da liberdade de crença religiosa. 2. Remessa oficial não provida.⁶⁵

Sobre o tema, o estado de São Paulo publicou a Lei Estadual n.º 12.142/05 que prevê em seu art. 1º: “As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e as 18h”. E, ainda, afirma a lei que, em caso de aplicação de provas aos sábados, a entidade organizadora deve proporcionar àqueles, que aleguem impossibilidade de fazer por motivo de crença, a oportunidade de realizar o certame após as 18h.

Tendo em vista essa lei, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM) propôs a Adin n.º 3714-SP, alegando que a “lei estadual fere a Constituição Federal no tocante aos direitos e deveres individuais e coletivos e viola a competência privada da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação”.⁶⁶

Já o Município de Porto Alegre editou a Lei Municipal n.º 10.010/2006, que regulamentou as demandas relacionadas ao tema, fixando que as atividades curriculares em estabelecimentos de ensino municipal devem “ser realizadas com observância aos preceitos ou às convenções religiosas dos educandos”. Ou seja, deve ser oportunizada aos alunos da rede municipal de ensino uma segunda opção de data para as provas e trabalhos.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REOMS: 00090127620144013300 0009012-76.2014.4.01.3300, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Data de Julgamento: 22/03/2017, Quinta turma, Data de Publicação: 23/05/2017 e-DJF1.

⁶⁶ WEINGARTNER NETO, Jaime. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



Conforme o exposto, é possível inferir que não existia jurisprudência firmada quanto à matéria. E os sabatistas ficavam à mercê do entendimento de cada tribunal, o que causava insegurança jurídica a respeito do tema.

3.3 A LEI 13.796/2019 – EFICÁCIA MEDIADA DA LIBERDADE RELIGIOSA NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADAS

Devido à incoerência da aplicação do direito fundamental à liberdade religiosa dos sabatistas em relação a questões acadêmicas, o legislador editou diploma legislativo que possui a função de mediar a aplicação desse direito fundamental nas instituições privadas. Assim, podemos perceber, conforme a teoria diferenciadora da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que antes da Lei 13.796/2019, por inexistir cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados na legislação educacional, o direito fundamental à liberdade religiosa era aplicado diretamente nas relações privadas por algumas decisões judiciais. Com o advento da Lei 13.796/2019, essa eficácia passou a ser mediada, especialmente em relação às instituições privadas.

A mediação foi necessária, pois o contrato de ensino nas instituições privadas carrega consigo a prestação de um direito fundamental social (educação) e, por isso, merece um tratamento específico em detrimento dos contratos que envolvem questões apenas patrimoniais. Assim, deve prevalecer a essencialidade do serviço contratado em relação à economicidade do contrato, garantindo, em último ponto, a dignidade da pessoa humana.⁶⁷

Dessa maneira, levando em consideração a essencialidade do serviço de educação e o direito fundamental à liberdade religiosa, a Lei 13.796, publicada no dia 03 de janeiro de 2019, alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação acrescentando o Art. 7º-A com a seguinte redação:

Art. 7º-A Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no exercício da liberdade de

⁶⁷ PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *Contratos privados de ensino: diálogo entre direitos existenciais e patrimoniais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 69.



consciência e de crença, o direito de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes prestações alternativas, nos termos do inciso VIII do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Em relação à amplitude, é possível observar que o dispositivo deve ser aplicado tanto em instituições públicas quanto em instituições privadas independentemente do nível de ensino em que estas atuem, ou seja, conforme o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) inclui a educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e a educação de nível superior (graduação e pós-graduação *lato e stricto sensu*).

Sobre o conteúdo do direito fundamental mediado, o legislador informa que é o exercício da liberdade de consciência e de crença das religiões que guardam determinado dia da semana, implicando ao aluno a necessidade de ausentar-se de uma prova ou aula. O exemplo mais claro dessa questão são os Adventistas de Sétimo Dia que guardam a sexta-feira após o pôr do sol até o sábado no mesmo horário, como explicado anteriormente.

Como a recusa é realizada nos termos do art. 5º, VIII da Constituição Federal⁶⁸, a regulamentação determina que seja disponibilizado ao aluno, sem custos, mas a critério da instituição uma das duas prestações alternativas listadas: “I - prova ou aula de reposição, conforme o caso, a ser realizada em data alternativa, no turno de estudo do aluno ou em outro horário agendado com sua anuência expressa; II - trabalho escrito ou outra modalidade de atividade de pesquisa, com tema, objetivo e data de entrega definidos pela instituição de ensino”.

Assim, a instituição deverá escolher entre disponibilizar ao aluno a prova ou aula em horário que este possa comparecer na instituição ou designar um trabalho escrito ou outra atividade de pesquisa (com tema e objetivo definidos) para ser entregue à instituição em dia previamente agendado. Nos termos do § 1º, essas duas atividades

⁶⁸ Art. 5º [...] VIII - 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.



devem suprir o conteúdo curricular que o aluno perdeu: “§ 1º A prestação alternativa deverá observar os parâmetros curriculares e o plano de aula do dia da ausência do aluno”.

Ademais, pode-se entender que o rol de prestações alternativas é exemplificativo, podendo ser ampliado, desde que a prestação alternativa não acarrete prejuízos ao aprendizado, ao direito à liberdade religiosa ou acarrete obrigação excessivamente onerosa de ser cumprida. Como exemplo, podemos citar uma universidade, onde as disciplinas presenciais oferecidas na sexta à noite e no sábado também sejam oferecidas na modalidade a distância, o que permite uma flexibilidade de horário para o estudo do aluno.

No caso de recusa do aluno em cumprir a obrigação alternativa, por força de disposição constitucional (art. 5º, VIII, CF/88), este poderá ser privado de seus direitos em razão do exercício da sua liberdade religiosa, ou seja, não poderá exigir outro tipo de compensação para suprir a sua ausência em provas e/ou aulas.

Destarte, além de substituir a atividade avaliativa aplicada no dia de ausência, a realização de uma das obrigações alternativas também será contabilizada como frequência nos termos do § 2º: “O cumprimento das formas de prestação alternativa de que trata este artigo substituirá a obrigação original para todos os efeitos, inclusive regularização do registro de frequência”.

Em relação à aplicabilidade da lei, o § 3º determina que as instituições de ensino devem atuar progressivamente providenciando as alterações necessárias em seu âmbito de atuação para fazer cumprir as prestações alternativas previstas na legislação: “§ 3º As instituições de ensino implementarão progressivamente, no prazo de 2 (dois) anos, as providências e adaptações necessárias à adequação de seu funcionamento às medidas previstas neste artigo”.

Assim, uma interpretação literal levaria a crer que, apenas após o prazo de dois anos, as instituições de ensino teriam a obrigação de fazer cumprir o direito à liberdade religiosa. Contudo, neste dispositivo deve ser realizada uma interpretação que garanta uma máxima efetividade dos direitos fundamentais, principalmente quando se sabe que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata conforme o art. 5º, § 1º da Constituição Federal.



Sobre a aplicabilidade imediata tem-se que: “a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais”.⁶⁹ Dessa maneira, o prazo de dois anos serve para que as instituições adaptem a sua forma de atuação de forma ampla, alterando regimentos e estatutos, caso necessário. A fiscalização do Ministério da Educação não poderá levar esse item em consideração enquanto não findar o prazo.

Não obstante, o aluno que se sentir prejudicado pela falta de disciplinas ou perda de avaliações poderá fazer o seu requerimento para o cumprimento de prestação alternativa de forma imediata, caso que deverá ser providenciado, à escolha da instituição, qual obrigação será designada para o estudante.

Por fim, o ensino militar fica excluído da aplicação desse dispositivo (§ 4º⁷⁰), haja vista que esse tipo de ensino possui lei específica que o regulamenta (Lei n. 9.786/1999).

4. CONCLUSÕES

A liberdade religiosa é um direito fundamental, cujo conteúdo é extremamente importante para a manutenção do Estado Democrático de Direito. A laicidade estatal impõe que o Estado atue para proteger a liberdade religiosa em todos os âmbitos em que possa estar sendo violada, inclusive nas relações privadas.

Com o advento da Lei 13.796/2019, a posição jurídica fundamental da liberdade religiosa consiste na possibilidade de a pessoa deixar de comparecer nas aulas ou avaliações em razão da sua crença passou a ser mediada no âmbito privado. Essa lei garante que as atividades aplicadas em dias nos quais a pessoa não pode comparecer por motivos religiosos possam ser substituídas por outros deveres.

Assim, deixa-se de ter uma eficácia direta do direito fundamental de liberdade religiosa nas instituições privadas, o que gerava uma insegurança jurídica em razão da

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95. Aqui não se pode confundir eficácia horizontal com aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

⁷⁰ § 4º O disposto neste artigo não se aplica ao ensino militar a que se refere o art. 83 desta Lei.



jurisprudência vacilante no momento de sua aplicação. A eficácia direta é alterada para uma eficácia indireta e regulada pela Lei 13.796/2019 que, dentre suas inovações, destaca-se um rol exemplificativo de atividades que podem ser utilizadas para substituir as aulas e avaliações existentes nos dias de guarda conforme cada religião, em especial para os Adventistas de Sétimo Dia.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.
Volume XII, número 2, dezembro de 2019 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Liberdade Religiosa e Estado*. Lisboa: Almedina, 2002.

ALARCÓN, Mariano López. Contenido esencial del derecho de libertad religiosa. *Anales de derecho. Universidad de Murcia*. n. 15. p. 25-39, Murcia, 1997.

BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. *Revista Persona y Derecho*. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *RMS: 37070 SP 2012/0020565-0*, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 25/02/2014, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 10/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará - *AI: 00034953320128140045BELÉM*, Relator: Roberto Gonçalves de Moura Data de Julgamento: 23/04/2015, 3ª Câmara Cível Isolada, Data de Publicação: 28/04/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *REOMS: 00090127620144013300 0009012-76.2014.4.01.3300*, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Data de Julgamento: 22/03/2017, Quinta turma, Data de Publicação: 23/05/2017 e-DJF1).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*. n. 33, p. 113 -144. México, 2003.

CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*. n. 33, p. 113 -144. México, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÜRING, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. México, Unan, 2003.



LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *Contratos privados de ensino: diálogo entre direitos existenciais e patrimoniais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). *Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999.

RAWLS, JOHN. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTr, 2011.

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

SHAMBECK, Herbert. La libertad religiosa y el pluralismo de nuestro tiempo. *Revista Persona y Derecho*. vol. 65, p. 159-167. Navarra, 2012.

SILVA DA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed. São Paulo: Malheiros.



SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de oliveira, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.
Volume XII, número 2, dezembro de 2019 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br