

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS II**

LUIZ EDUARDO GUNTHER

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

PAULLA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore, Paulla Christianne Da Costa Newton – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-188-3

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Eficácia de Direitos Fundamentais. 3. Relações de Trabalho. 4. Relações Sociais. 5. Relações Empresariais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O evento que será realizado na Capital Federal, desenvolverá suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília; Universidade Católica de Brasília – UCB; e Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 06 a 09 de julho de 2016.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezoito artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos que serão expostos no Congresso que se avizinha.

Brasília, julho de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Luiz Eduardo Gunther

Marco Antônio César Villatore

Paula Christianne Da Costa Newton

AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO TRABALHADOR NO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA DENTRO DE UMA RELAÇÃO DE EMPREGO

THE DIFFICULTIES FACED BY EMPLOYEES IN THE EXERCISE OF THE FREEDOM OF BELIEVE IN AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Marco Antônio César Villatore ¹
Natália Munhoz Machado Prigol ²

Resumo

Compreende-se por liberdade de consciência o direito de cada indivíduo de ter suas próprias convicções e exteriorizá-las sem sofrer sanção por isto. A Constituição de 1988 personificou e humanizou o Direito Trabalhista. Existe um verdadeiro contraponto jurídico nas relações de emprego: liberdade de consciência versus poder diretivo. Questiona-se o alcance do direito a tal liberdade dentro de um vínculo de emprego que pressupõe inegavelmente uma relação de subordinação. O direito à liberdade de consciência é violado em decorrência do exercício irregular do poder diretivo do empregador. Quando em conflitos, as soluções devem se respaldar pela teoria da ponderação de princípios.

Palavras-chave: Liberdade de consciência, Poder diretivo, Ponderação de princípio

Abstract/Resumen/Résumé

Freedom of believe is the right of every person to have their own convictions and to externalize them without suffering any restriction. The Constitution of 1988 humanized the Labor Rights. There is a real counterpoint inside every employment relation: freedom of believe x directive power. It is possible to question the extension of the freedom of believe within an employment relationship that undeniably presupposes a relationship of subordination. The freedom of believe suffers violation as a result of the irregular exercise of the directive power of the employer. When in conflict, solutions must be guided by ponderation of the principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of believe, Directive power, Ponderation of principles

¹ Advogado. Mestre em Direito pela PUCSP, Doutor pela “La Sapienza” de Roma, Pós-Doutor “Tor Vergata”, Roma II. É Professor Titular do Doutorado da PUCPR e Professor Adjunto II da UFSC

² Graduada pela Faculdade de Direito Curitiba em 2015. Advogada. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

1. INTRODUÇÃO

O conceito de liberdade varia de acordo com aquele que o analisa. Um democrata afirmaria que ser livre é “poder ter voz ativa no espaço público, participando, em igualdade, com os demais membros da comunidade, do seu autogoverno”¹. De outro turno, um liberal defenderia que liberdade é “a contenção do poder, com a salvaguarda de um espaço de autodeterminação individual imune aos seus constrangimentos”².

De um modo ou de outro, ambas as visões, não limitadas a duas, eventualmente acabam se colidindo no sentido de que liberdade é poder expressar pensamentos internamente criados por cada indivíduo.

A Constituição de 1988 apresentou novos horizontes ao Direito do Trabalho, em especial no que concerne à personalidade do empregado em uma relação de emprego. Segundo Mauricio Godinho Delgado³, tal descoberta fez com que o poder empregatício do empregador fosse colocado à prova.

Noutras palavras, a Constituição de 1988 deixou de lado a figura do trabalhador como mero coeficiente econômico, passando a analisá-lo como ser humano e, portanto, possuidor de direitos.

A visão com que a relação de emprego entre o empregado e empregador era analisada passa a se modificar, dando espaço para uma análise mais humanitária e personificada. A mão de obra do empregado, que antes era vista como mera necessidade para alcance do fim econômico desejado é, agora, descortinada ao universo dos direitos da personalidade do trabalhador, conforme explica o autor⁴.

Sob esta nova perspectiva, na qual há o entrelaçamento da vida privada do empregado e a vida comum no ambiente de trabalho, em especial a privacidade e a dignidade do empregado, é que se verifica um dos contrapontos jurídicos que nasceu em decorrência do advento da Constituição de 1988, qual seja: o poder diretivo do empregador *versus* os direitos fundamentais do empregado.

Apesar de a Constituição de 1988 e a Legislação Trabalhista concederem ao empregador o direito de criar regras, determinar padrões de comportamento e exigir determinadas condutas de seus empregados (poder diretivo do empregador), este

¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 145.

² *Ibid*, p. 145.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 663.

⁴ *Ibid*, p. 663.

direito encontra limites nos direitos fundamentais dos empregados. Noutras palavras, há a “racionalização e atenuação do poder empregatício”⁵.

Os direitos fundamentais são uma das maiores evoluções da história da humanidade no que diz respeito a sua necessidade de conviver em sociedade, afinal, é através deles que o homem tem a sua liberdade mitigada em prol da liberdade de seu semelhante, proporcionando, a convivência harmoniosa.

A evolução dos direitos fundamentais é contínua e sempre será, vez que os direitos fundamentais acompanham a história do homem; desenvolvem-se à medida que o homem se desenvolve. Nesta esfera, diversas gerações de direitos fundamentais vêm ao longo dos séculos sendo delineadas pela humanidade, e, dentre elas, verifica-se o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos fundamentais a todo homem, a todo cidadão, direitos estes que ultrapassaram a barreira das relações civis e adentraram com força nas relações trabalhistas, a fim de proporcionar mais proteção da dignidade da pessoa do trabalhador contra os abusos do poder de direção do empregador.

A revelação deste novo universo aplicável às relações de emprego fez com que inúmeras situações de descumprimento dos preceitos constitucionais chamassem a atenção do Poder Judiciário, demonstrando a necessidade de melhor regulamentação da matéria, sendo exatamente o que se passará a expor.

Esta investigação dar-se-á por meio de uma pesquisa bibliográfica, valendo-se do levantamento de fontes teóricas como livros, doutrinas, teses, artigos e legislações. Após a colheita desses dados, realizar-se-á uma análise comparativa dos diferentes posicionamentos dos autores e das legislações, identificando como está a aplicação dos direitos fundamentais dentro do Direito do Trabalho, ligado à liberdade de consciência do trabalhador.

2. O DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA COMO DIREITO DE PRIMEIRA DIMENSÃO

O surgimento do estado moderno foi o responsável por universalizar e multiplicar os direitos fundamentais. Diferente não poderia ser, porque o mesmo se funda na proteção da dignidade da pessoa humana⁶.

⁵ DELGADO, 2014, p. 665.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

O descortinamento dos direitos fundamentais trouxe novas perspectivas na medida em que “o próprio homem não é mais considerado ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade”⁷. Noutras palavras, a ideia de que todos são meros indivíduos deixa de existir, dando espaço para uma análise mais específica de acordo com a diversidade de cada um. Assim nasce a diferenciação entre criança e idoso, doente e são, por exemplo.

Além da preocupação em individualizar as pessoas, nasceu também a preocupação em redefinir o conceito de liberdade, passando a compreendê-lo como “os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro”⁸.

O direito à liberdade de consciência surgiu das guerras religiosas e da consequente tentativa de imposição de uma determinada religião⁹. Apesar de constituir “uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo”¹⁰, foi legalmente reconhecido muito tempo depois nas declarações de direito e posteriormente, como direito fundamental.

Sabe-se que os direitos fundamentais são classificados por dimensões, de acordo com o reconhecimento que as Constituições vão lhe outorgando. Cada uma destas dimensões representam a soma da necessidade momentânea imediata dos indivíduos e a persistência dos mesmos em pleiteá-las. Noutras palavras, os direitos fundamentais são “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais elementares ao ser humano”¹¹.

O direito à liberdade de consciência, oriundo de um “pensamento liberal-burguês do século XVIII¹²” é classificado como um direito fundamental de primeira dimensão, tendo sido expressamente citado desde as primeiras Constituições escritas.

Conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet¹³, os direitos desta primeira dimensão, a saber a liberdade de consciência, são considerados direitos negativos, porque não pressupõe um agir do Estado como meio necessário para garantir estes direitos, mas, sim, uma abstenção deste e, conseqüentemente, uma resistência do indivíduo, ou seja, são direitos que

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63.

⁸ *Ibid*, p. 65.

⁹ BOBBIO, 2004, p. 68.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 471.

¹¹ SARLET, 2011, p. 62.

¹² *Ibid*, p. 56.

¹³ *Ibid*, p. 56.

“representam o que se denomina de direitos de ordem negativa e significam uma não atuação, ou ação, estatal, como respeito aos direitos fundamentais individuais”¹⁴.

É neste sentido que se renova o entendimento de que o Estado moderno trouxe à tona a dignidade da pessoa humana, limitando o poder estatal.

Entende-se por consciência “a capacidade que o ser humano possui de perceber a si mesmo e o mundo à sua volta”¹⁵; é a visão que o indivíduo possui sobre o mundo e as coisas que o cercam.

Para Aloisio Cristovam dos Santos Junior¹⁶, a liberdade de consciência pode ser ramificada em três etapas distintas, são elas: a formação do pensamento, a exteriorização deste pensamento e o modo de agir de acordo com aquela convicção. Já para José Afonso da Silva¹⁷, este direito é compreendido pela Constituição de 1988 de duas formas: a liberdade de pensamento de foro íntimo de cada indivíduo e, a liberdade de exteriorizar este pensamento, seguindo aquilo que lhe parece correto.

Conforme se verifica, apesar de os doutrinadores¹⁸, conforme acima demonstrado, ramificarem o direito à liberdade de consciência de maneira diversa, o entendimento que possuem deste instituto é comum, qual seja o direito do indivíduo de internamente escolher e crer naquilo que lhe parece correto e, exteriorizar ao mundo este pensamento.

Segundo Raquel Tavares dos Reis¹⁹, o direito à liberdade de consciência, decorrente do desenvolvimento da personalidade, abrange a autonomia individual e a autodeterminação para escolher o que fazer, como fazer e quando fazer. Nota-se:

Assim, do ponto de vista do foro interno do indivíduo, a liberdade de consciência revela-se na capacidade reconhecida a cada homem de ter a sua pessoal e livre concepção explicativa do homem, do mundo e da vida, no direito de cada um de ter as próprias convicções e/ou crenças no campo filosófico, ideológico ou confessional, enfim, no direito de cada homem de criar uma identidade que é sua²⁰.

Em suma, entende-se, por liberdade de consciência o direito de cada indivíduo de pensar e crer de acordo com suas próprias convicções e exteriorizá-las sem o anseio de sofrer

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 533.

¹⁵ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 124.

¹⁶ *Ibid*, p. 125.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 242.

¹⁸ Aloisio Cristovam dos Santos Junior e José Afonso da Silva.

¹⁹ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho**, p. 78.

²⁰ *Ibid*, p. 84.

sanção por isto. Portanto, a liberdade de consciência não é apenas o direito de cada cidadão de ter sua própria visão de mundo, mas, também, o direito de exteriorizá-la.

Entretanto, não bastava o Estado e o legislador preverem liberdades negativas como a que outrora se estudava. Devem também garantir um espaço sadio e seguro para que os indivíduos possam exercer o seu direito de liberdade de consciência, exteriorizando seus pensamentos.

Insta ressaltar que o direito à liberdade de consciência também garante ao cidadão a prerrogativa de se negar a agir de determinado modo porque fere seus preceitos morais. Trata-se da escusa de consciência, compreendido como o “direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado”²¹.

Noutras palavras, é garantido aos indivíduos não apenas o direito à liberdade de consciência, este compreendido como o direito de crer em algo e expressar isto, mas também no sentido de eventualmente se negar a fazer algo por contrariar seus ideais.

Inobstante a grande proteção constitucional dada à liberdade de consciência, infundáveis são as violações a este direito fundamental dentro de um ambiente de trabalho, sendo o que passa a expor.

2.1. A DIFICULDADE DO EMPREGADO EM EXERCER SEU DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA DENTRO DO AMBIENTE TRABALHO: PODER DIRETIVO *VERSUS* LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA DO EMPREGADO

A liberdade de consciência, parte do que compõe a autonomia privada de cada indivíduo e “aquí entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”²² constitui uma das noções mais abrangentes do próprio direito à liberdade.

Apesar de amplamente protegida pela Constituição de 1988, a liberdade de consciência dos indivíduos não é imune às violações. Neste sentido, “o Estado não deve apenas deixar de violar os direitos fundamentais, mas, também, proteger seus titulares de lesões ameaçadas e perpetradas por terceiros, isso porque podem ser violados, ainda, por particulares”²³.

Noutras palavras, cabe ao Estado além de prever a liberdade de consciência do indivíduo, propiciar um ambiente no qual esta liberdade possa ser efetivamente exercida.

²¹ SILVA, 2011, p. 242.

²² SARMENTO, 2006, p. 142.

²³ FERRARI, 2011, p. 557.

Em uma relação de emprego a autonomia privada de um indivíduo por vezes é restringida e violada em decorrência da presença do elemento subordinação. Seria ingenuidade dos legisladores acreditar que situações como esta não ocorrem, até porque se vive em uma sociedade inegavelmente desigual²⁴.

O contrato de trabalho gera como consequência de sua celebração uma série de efeitos, dentre eles o surgimento de dois elementos: o poder empregatício, que concede ao empregador prerrogativas de dirigir, regulamentar, fiscalizar e punir²⁵ e, o elemento subordinação.

Entende-se que a “subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha: a subordinação é a situação em que fica o empregado e o poder de direção é a faculdade conferida ao empregador”²⁶.

Cabe ao empregador dirigir a empresa da maneira que lhe bem prover, estipular regras de trabalho e comportamento, fiscalizar condutas e, caso necessário, punir seus empregados pelo descumprimento de alguma regra imposta. Em contrapartida, cabe ao empregado cumprir estas regras.

Para Bruno Lewicki os interesses justificadores para a existência do poder empregatício se fundamentam na necessidade de conservação do patrimônio, manutenção, zelo e regimento²⁷. De modo diverso entende Aldacy Rachid Coutinho, que defende que tal conduta jurídica é pautada principalmente pelo “privilégio da propriedade privada, a livre iniciativa e a autonomia privada do contratualismo”²⁸.

De todo modo, dentre estas prerrogativas, o poder fiscalizatório ou, poder de controle, é o responsável por trazer à tona o questionamento quanto aos limites ao exercício dele. Questiona-se até que ponto o empregador pode fiscalizar e eventualmente punir um empregado, amparado pelo poder empregatício.

Segundo Mauricio Godinho Delgado²⁹, a legislação brasileira não estabelece expressamente quais os limites do poder empregatício. Entretanto, goza de regras e princípios responsáveis por guiar o aplicador da lei em situações de evidente conflito. Deste modo, “é

²⁴ SARMENTO, *Op. Cit.*, p. 144.

²⁵ DELGADO, 2014, p. 683.

²⁶ SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 16.

²⁷ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 190.

²⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 86.

²⁹ DELGADO, 2014, p. 689.

necessário um estudo sistemático das normas pertinentes à matéria, dos princípios do Direito do Trabalho, da doutrina nacional e estrangeira”³⁰.

A preocupação com a abrangência deste poder decorre do fato de que não se pode negar que a subordinação, característica inerente a relação de emprego, é inegavelmente um fator de inibição da liberdade de consciência do empregado.

Diante deste cenário, o poder do empregador possui limites externos, qual seja a Constituição da República Federativa de 1988, limites internos, entendido como aquele pautado pela boa-fé e de forma regular³¹ e, ainda, limites contratuais decorrentes do próprio contrato de trabalho celebrado³². Ater-se-á, no presente estudo, aos limites relacionados ao empregado, mais especificamente o respeito à dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos.

Sabe-se que “o exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos são considerados”³³.

O exercício pleno do poder do empregador, apesar de inegável e legítimo, deve ser interpretado “levando-se em conta que a subordinação própria do contrato de trabalho não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, sendo limitada ao âmbito da execução do trabalho contratado”³⁴.

Neste sentido, ordens emitidas pelo empregador deverão ser cumpridas, desde que lícitas e que não impliquem lesão a direitos de seus empregados, em especial física ou moral³⁵. De modo inverso, a desobediência de alguma ordem imposta pelo empregador será lícita acaso implique em demasiado prejuízo ao empregado ligado à saúde, à dignidade e ou, à vida.

Exemplificando, um empregado não será obrigado a acatar uma ordem que implique no cometimento de um crime, que coloque sua vida em risco ou, prejudique sua saúde³⁶.

Existem também situações nas quais a ordem emitida pelo empregador exija uma conduta de seus empregados que não implique no cometimento de ato ilícito ou, coloque sua vida em risco. É o caso, por exemplo, da imposição de cultos religiosos a empregados de uma metalúrgica.

³⁰ GONÇALVES, Simone Cruxên. **Limites do *jus variandi* do empregador**. São Paulo: LTr, 1997.

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 585.

³² GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 88.

³³ BOBBIO, 2004, p. 67.

³⁴ LEWICKI, 2003, p. 187.

³⁵ BARROS, 2009, p. 585.

³⁶ *Ibid*, p. 585.

Nos casos em que o empregador exige de seus empregados condutas que extrapolam o âmbito laboral, como, por exemplo, a imposição a participação de cultos religiosos, não tendo qualquer relação com o vínculo de emprego, entende-se que a desobediência será legítima, isto porque “da mesma forma do Estado, a empresa está obrigada a assumir uma postura imparcial quanto aos segmentos religiosos; a empresa, enfim, não tem religião”³⁷.

Deste modo, ainda que seja um mero “convite” do empregador, não é lícito porque “a expressa recusa ou ausência ao evento por parte do trabalhador poderá soar não como um ato representativo de sua liberdade religiosa, mas sim como demonstração explícita de rebeldia”³⁸.

Trata-se da limitação do poder diretivo de adentrar na vida privada de seus empregados. Explica-se³⁹:

A vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideais, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, como também suas crenças religiosas convicções políticas, liberdade sindical o que se deduz do art. 5º., inciso X, da Constituição de 1988, quando considera invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, como também dos incisos IV, VI, VIII, XVII do mesmo diploma, que garantem a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política e de associação para fins lícitos.

O entrelaçamento entre a vida privada do indivíduo e o contrato de trabalho é inegável. Inobstante, o empregador deve ter em mente que “é a atividade do empregado que se insere na organização da empresa⁴⁰” e, não, a própria pessoa do trabalhador.

Portanto, “o poder do empregador não é sobre a pessoa ou sobre toda a conduta do empregado, mas tão-só sobre a força produtiva empregada em face da manutenção de um negócio jurídico trabalhista que o empregado coloca à disposição do empregador”⁴¹.

Neste sentido, se discute “se o contrato de trabalho pode ou não comprimir o exercício de direitos do trabalhador fora do âmbito do contrato de trabalho”⁴².

Conforme demonstrado, o empregador não possui legitimidade para limitar a liberdade de consciência de seus empregados, como por exemplo a imposição à participação de cultos religiosos. O fundamento desta limitação do poder empregatício é justamente o fato

³⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2001, p. 109.

³⁸ *Ibid*, p. 110.

³⁹ BARROS, *Op. Cit.*, p. 586.

⁴⁰ SILVA, 2004, p. 17.

⁴¹ COUTINHO, 1999, p. 89.

⁴² MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. São Paulo: LTr, 2011. p. 103.

de que, não possuindo relação com a atividade do empregado, a ordem emanada é inconstitucional por ferir dispositivo expresso na Constituição.

Entretanto, questiona-se se por vezes o empregador poderá exigir determinadas condutas de seus empregados sem que isto configure um ato discriminatório, sob o argumento de que tal arbitrariedade seja essencial e determinante para a atividade da empresa⁴³. Entende-se que em caráter de exceção poderá o empregador limitar a autonomia privada de seu empregado, que terá sua liberdade de consciência restringida em decorrência da atividade que realiza no seu emprego. É o caso, por exemplo, do empregador que exige de seus empregados rígidos padrões de vestimenta por trabalharem dentro de uma instituição religiosa. Neste caso, não importa qual a religião do empregado, mas sim a imagem que ele transmite à sociedade, por ser a extensão da própria empresa, tratando-se do instituto das “Empresas de Tendência”.

Ressalta Luís Roberto Barroso⁴⁴ que auferir se o fundamento para o tratamento diferenciado é plausível e se o objetivo desta arbitrariedade é legal deve ser observado a fim de verificar a validade das restrições que se pretende imputar.

No entanto, o instituto das empresas de tendência é complexo e exige atenção exclusiva, razão pela qual se limita no presente trabalho a citá-lo, para fins de conhecimento.

Assim, não se tratando da exceção acima exposta, e apesar de o poder diretivo do empregador ser legítimo e presente nas relações empregatícias, deve-se ter em mente que “a autonomia privada nunca pode ser absoluta, pois deve conciliar com o direito das outras pessoas e com outros valores próprios da democracia, tais como a igualdade, a solidariedade e a segurança”⁴⁵.

Da análise dos objetivos mais precípuos da Constituição de 1988, qual seja a garantia aos indivíduos da proteção ampla e irrestrita no que concerne a dignidade da pessoa humana, aceitar que o empregador viole estes direitos, em especial a liberdade de consciência, é ir contra a Carta Magna.

Noutras palavras, “sempre que se interpreta uma norma laboral há de se ter em vista imperativo constitucional de valorização do trabalho, da dignidade humana do trabalhador [...], pois assim é o mandamento constitucional”⁴⁶.

Ocorre que situações em que se vislumbra que o empregador, utilizando indevidamente este poder, fere direitos fundamentais de seus trabalhadores são cada vez mais

⁴³ SORDA, Elena. **Las empresas de tendencia de tipo confessional ante el tribunal europeo de derechos humanos**. 2015. p. 89. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3870/5.pdf>>. Acessado em 23 de março de 2016.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

⁴⁵ FERRARI, 2011, p. 559.

⁴⁶ JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**. São Paulo: LTr, 1997, p. 105.

frequentes, tendo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgado dados que demonstram uma visão pessimista⁴⁷ com relação ao impacto psicológico negativo gerado pelo abuso do poder diretivo.

Conclui-se que, apesar da ampla proteção auferida pela Constituição de 1988, os registros de violação pelo empregador ao direito fundamental ora em análise são crescentes, em decorrência do uso irregular do poder diretivo, o que passará a analisar.

2.2. ANÁLISE DE CASOS

Existe nas relações de trabalho um evidente contraponto jurídico porque tanto o poder diretivo quanto à liberdade de consciência são amparados pela Constituição de 1988, o que os torna “dignos da mesma tutela”⁴⁸.

Inobstante o poder diretivo do empregador esteja sofrendo uma “paulatina limitação”⁴⁹ em decorrência da constitucionalização dos direitos trabalhistas, ainda existem muitas situações em que se verifica a utilização dele em excesso, extrapolando os limites impostos na Constituição de 1988, podendo concluir que a liberdade de consciência do trabalhador está constantemente à mercê de ser mitigada ou violada pelo exercício indevido do poder diretivo.

Assim, “não se pode fechar os olhos para os desmandos que podem ocorrer em nome do poder diretivo”⁵⁰.

A solução mais razoável para este conflito parece ser a aplicação da ponderação de valores, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, “deve-se estipular o peso genérico e o peso específico de cada um dos interesses envolvidos”⁵¹.

O que o aplicador do direito deve buscar é a “ponto de equilíbrio”⁵². O poder empregatício não pode, conforme demonstrado em linhas pretéritas, sobrepor-se à liberdade de consciência do empregado, salvo quando se tratar de empresa de tendência.

Em recente julgado o Tribunal do Trabalho da 8ª. Região, ao analisar uma reclamatória trabalhista na qual o empregado havia sido dispensado por justa causa em decorrência de suas convicções políticas, assim decidiu a corte: “a liberdade política é atributo

⁴⁷ VILLATORE, Marco Antônio; ROCHA, Alexandre Euclides. A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais dos empregados. In: **Estado & Atividade Econômica –O direito laboral em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p.163.

⁴⁸ LEWICKI, 2003, p. 191.

⁴⁹ COUTINHO, 1999, p. 125.

⁵⁰ SILVA, Elizabet Leal da. **Emancipação do trabalhador e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011, p. 105.

⁵¹ LEWICKI, *Op. Cit.*, p. 199.

⁵² *Ibid*, p. 192.

da cidadania, não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição no que encerram, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão”⁵³.

Observa-se que, apesar de o poder empregatício outorgar ao empregador inúmeros direitos, dentre eles o de punir, sua extrapolação gera sanções.

Em outro julgado, citado por Paulo Eduardo V. Oliveira⁵⁴, é possível verificar o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região, que em caso semelhante assim decidiu:

Ao comprovar-se que a despedida do empregado deu-se por perseguição político partidária – em autêntica restrição ao princípio de liberdade de expressão, garantido pelo artigo 5º., inciso IV, da Constituição Federal/88 -, finda, ainda, o empregador por ferir o princípio da impessoalidade, pois o ato resilitório deixa de atender ao interesse público para satisfazer sentimentos pessoais. Por sua vez, a violação ao princípio da legalidade dá-se pela ultrapassagem dos limites em que permitido o exercício do ato demissório, eis que, no caso vertente, tem traço eminentemente vinculado.

Conclui-se que “ocorre exorbitância quando a função não interfere na ideologia”⁵⁵. Noutras palavras, exigindo o empregador condutas que em nada se relacionam à atividade desempenhada pelo empregado, incorrerá em flagrante ilegalidade.

A essência do problema é a colisão de direitos entre o poder empregatício e a liberdade de consciência. De um lado se tem a autonomia das empresas privadas e, de outro, os direitos dos empregados. Neste sentido problematiza Norberto Bobbio: “como são compatíveis, teórica e praticamente, duas verdades opostas?”⁵⁶.

Explica Daniel Sarmiento que o conflito de direitos fundamentais ocorre em decorrência de seu caráter não absoluto. Isto porque, segundo ele, é possível que a proteção de um direito implique na lesão de outro de igual importância. Em casos como este “poderá ser necessário, diante dos contornos do caso, restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando a otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses”⁵⁷.

⁵³ TRT-8 - AGRADO REGIMENTAL: AGR 00349008920055080000 0034900-89.2005.5.08.0000. Disponível em: <<http://trt-8.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294200548/agrado-regimental-agr-349008920055080000-0034900-8920055080000/inteiro-teor-294200557>>. Acessado em 23 de março de 2016.

⁵⁴ OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 106.

⁵⁵ *Ibid*, p. 107.

⁵⁶ BOBBIO, 2004, p. 187.

⁵⁷ SARMENTO, 2006, p. 156.

Entende-se que a solução para o conflito deverá se respaldar não na invalidação de um dos direitos em detrimento do outro, mas na cessão de um deles em prol do outro porque mais pertinente ou conveniente ao caso.

Assim, segundo Alexy, quando existem dois princípios que, igualmente válidos, levam a soluções contraditórias, estar-se-á diante de um conflito que deverá ser resolvido por meio da ponderação dos direitos, sopesando os interesses envolvidos e encontrando a solução que seja mais razoável ao caso. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”⁵⁸.

Em suma, quando diante de um conflito desta natureza, aplicar-se-á a regra da ponderação se atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana inerente as relações de trabalho, o direito fundamental a liberdade de consciência do empregado e, a verificação se houve ou não uso irregular do poder diretivo.

Se constatado o abuso, o empregador, conforme se verificou dos julgados acima descritos, sofrerá sanções de ordens material e econômica, sem prejuízo de moral. Assim, “mostra-se inviável a discriminação de empregado (especialmente daquele exercente de cargo não qualificado) por motivo de ideologia, e sua ocorrência configura-se como hipótese de dano pessoal indenizável”⁵⁹.

Conclui-se que “quando não guardar consonância direta com a atividade desempenhada, não diz respeito ao poder de direção do empregador”⁶⁰.

Com todos esses exemplos é mais fácil analisar a questão envolvendo o poder de direção do empregador, além de seus direitos e seus deveres na relação empregatícia.

3. CONCLUSÃO

Objetivou o presente estudo analisar o direito à liberdade de consciência como direito de primeira dimensão, seu conceito e como é aplicado nas relações de emprego.

Constatou-se que inobstante a Constituição de 1988 prever, expressamente, o direito à liberdade de consciência a todos os cidadãos, dentro de uma relação de emprego nem sempre este direito é respeitado.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 95.

⁵⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 107.

⁶⁰ LEWICKI, 2003, p. 201.

O vínculo de emprego gera, por si só, um ambiente bastante propício para a violação ao direito fundamental em estudo, isso porque, por se tratar de uma inegável relação de subordinação, não são raras as vezes em que o empregador, legitimado pelo seu poder diretivo, o exerce de modo irregular, infringindo os direitos de seus empregados.

É o caso, por exemplo, da dispensa por justa causa de um empregado em decorrência de suas convicções políticas.

Conforme se pretendeu demonstrar, a discriminação por parte do empregador em decorrência da ideologia de seus empregados configura dano mora indenizável, pois não é aceitável pelo ordenamento jurídico brasileiro que o empregador exija determinados comportamentos que fujam da atividade exercida por eles. Inobstante, casos em que o poder diretivo é exercido de modo irregular não são raros de se presenciarem.

Talvez se existissem limites expressos em legislação a respeito do uso do poder diretivo pelo empregador, com previsão inclusive de sanções como decorrência do seu uso irregular, as violações ao direito fundamental à liberdade de consciência fossem reduzidas.

Concluiu-se, portanto, que os empregados enfrentam um desafio bastante grande, que é exercer efetivamente e plenamente o seu direito à liberdade de consciência dentro do seu ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Simone Cruxên. **Limites do *jus variandi* do empregador**. São Paulo: LTr, 1997.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**. São Paulo: LTr, 1997.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho**.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Elizabet Leal da. **Emancipação do trabalhador e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

SORDA, Elena. **Las empresas de tendencia de tipo confessional ante el tribunal europeo de derechos humanos.** 2015. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3870/5.pdf>>. Acessado em 23 de março de 2016.

TRT-8 - AGRAVO REGIMENTAL: AGR 00349008920055080000 0034900-89.2005.5.08.0000. Disponível em: <<http://trt-8.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294200548/agravo-regimental-agr-349008920055080000-0034900-8920055080000/inteiro-teor-294200557>>. Acessado em 23 de março de 2016.

VILLATORE, Marco Antônio; ROCHA, Alexandre Euclides. A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais dos empregados. *In: Estado & Atividade Econômica – O direito laboral em perspectiva.* Curitiba: Juruá, 2007.