

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Aline Kerber Nunes

O EXERCÍCIO DO PODER EMPREGATÍCIO NAS  
ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA RELIGIOSA

Passo Fundo

2017

Aline Kerber Nunes

## O EXERCÍCIO DO PODER EMPREGATÍCIO NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA RELIGIOSA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade de Passo Fundo como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Prof. Me. Paulo Henrique Schneider.

Passo Fundo

2017

Aline Kerber Nunes

**O exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade de Passo Fundo como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Prof. Me. Paulo Henrique Schneider.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Paulo Henrique Schneider – UPF

---

Prof. \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_

---

Prof. \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao final de mais esta etapa, inevitavelmente surgem nomes aos quais devo ser profundamente grata. Agradeço todos os colegas com os quais tive a honra de ter contato por todo o auxílio, compartilhamento de ideias e momentos de descontração. Aos meus amigos, principalmente pela confiança depositada nos momentos em que duvidei de que várias conquistas fossem possíveis – e talvez não o teriam sido sem o seu apoio. À Profa. Dra. Josiane Petry Faria, que, com suas lições em Trabalho de Curso I, mudou drasticamente minha forma de ver a pesquisa acadêmica e colaborou para que este trabalho fosse possível. Meus sinceros agradecimentos ao Prof. Me. Paulo Henrique Schneider, que nesta empreitada figurou como meu orientador e cuja presença desde os primeiros níveis do curso foi fundamental para o conhecimento e crescimento profissional adquiridos ao longo dos últimos cinco anos, motivo pelo qual sempre nutrirei elevada consideração e ofereço minha amizade. À minha família, em especial minha mãe, pelo apoio contínuo e amor irrestrito. Estendo os agradecimentos aos demais docentes da Universidade de Passo Fundo que certamente contribuíram cada um a seu modo com minha formação acadêmica e desenvolvimento como ser humano.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre o exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa, sendo hipóteses a possibilidade do empregador dirigir a prestação de serviços de acordo com os valores ético-religiosos que julgar importantes, e a possibilidade do trabalhador de lançar mão do seu direito de resistência e da objeção de consciência em face das ordens diretas ou indiretas do trabalhador quando, no exercício do poder de direção, se figurarem como ilícitas. A problematização proposta tem como premissa a existência de uma colisão de direitos fundamentais, possível em função da eficácia horizontal e diagonal desses direitos, podendo ser analisada a partir do princípio da proporcionalidade, levando em consideração os fundamentos envolvidos para justificar um posicionamento em detrimento do outro, levando os princípios constitucionais em conta, mormente o da preservação do núcleo essencial do direito. A partir do levantamento bibliográfico realizado, constata-se que as pessoas jurídicas têm, por extensão, direito à liberdade religiosa, culminando na existência do que a doutrina tem por organizações de tendência religiosa, o que reflete na forma com que direcionam a prestação dos serviços pelos seus subordinados. Assim, o exercício do poder empregatício possui peculiaridades quando se dá em organizações dessa natureza, interferindo mais intensamente na vida do indivíduo trabalhador. Dessa forma, este trabalhador, quando a liberdade religiosa da organização entrar em conflito com direitos fundamentais de sua titularidade, pode resistir ou desobedecer as ordens diretas ou indiretas do trabalhador sem prejuízo à continuidade do contrato de trabalho de forma a preservar a dignidade humana. A pesquisa esboça que há limites tanto ao exercício do poder empregatício quanto à objeção de consciência ou ao direito de resistência, limites que podem ser traduzidos como o princípio da boa-fé, o princípio da proporcionalidade e a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Quando as determinações do empregador são ilícitas pode ser reconhecido o direito de reparação civil ao obreiro.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Organizações de tendência. Poder empregatício.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA HORIZONTAL .....</b>	<b>8</b>
2.1 Os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira .....	8
2.2 Direitos fundamentais de liberdade religiosa e liberdade de consciência como expressão da autonomia privada .....	12
2.3 A eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares.....	16
<b>3 PODER EMPREGATÍCIO E ASSIMETRIA NO CONTRATO DE TRABALHO .....</b>	<b>21</b>
3.1 Assimetria e subordinação no contrato de trabalho.....	22
3.2 O poder empregatício: conceito, fundamentos e aplicação.....	26
3.3 O princípio da dignidade humana: imposição de limites ao poder empregatício .....	30
<b>4 PODER EMPREGATÍCIO, DIREITO DE RESISTÊNCIA E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA RELIGIOSA .....</b>	<b>34</b>
4.1 A liberdade religiosa das organizações de tendência.....	34
4.2 A ponderação como forma de resolução da colisão de direitos fundamentais .....	38
4.3 Direito de resistência, objeção de consciência e o exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa.....	41
4.3.1 Os direitos de defesa do empregado em face do empregador de tendência ...	41
4.3.2 O exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa ..	44
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A proteção constitucional conferida aos direitos fundamentais de liberdade de consciência e de liberdade religiosa tem gerado, além do reconhecimento das diversas expressões da personalidade e da dignidade humanas, conferindo inclusive uma grande importância ao aspecto espiritual do desenvolvimento da personalidade, uma série de dilemas e adversidades na sua aplicação, em especial quando se refere ao campo da liberdade religiosa. A incidência dessa proteção é tão intensa que consegue abranger, além das pessoas naturais, a possibilidade de organizações celebrarem os valores ético-religiosos que achem pertinentes na prestação de seus serviços.

Assim como acontece com as demais relações de emprego, em que também se travam discussões pertinentes à forma da prestação dos serviços, colocando em jogo os direitos do trabalhador, não é diferente nas relações de trabalho existentes dentro das organizações de tendência. Como se espera de qualquer relação intersubjetiva que produza efeitos no mundo jurídico, naturalmente os interesses de empregador e obreiro entrarão em conflito. Ainda que existam frutíferas discussões acerca dos direitos fundamentais acima mencionados, bem como da limitação do poder diretivo do empregador pelos princípios constitucionais, mormente pelo da dignidade humana, é com hesitação e escassez de material doutrinário acerca do que ora se propõe que a jurisprudência tem lidado com o tema, como será possível apontar ao final do trabalho.

Portanto, a análise dos direitos fundamentais se mostra imperativa diante da colisão de direitos que se evidencia na problematização proposta. Tendo isso em vista, o primeiro capítulo tem como objetivo situar os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando sua pertinência e aplicabilidade nas relações privadas dentre as quais o contrato de trabalho se encontra. Serão abordados, ainda, os direitos fundamentais de liberdade de consciência e liberdade religiosa que serão primordiais para a pesquisa proposta, tanto na esfera do trabalhador quanto para a caracterização das organizações de tendência religiosa.

Ao se trabalhar com direitos fundamentais cuja titularidade pode pertencer tanto ao empregado quanto à organização, podendo legitimamente exercê-lo,

entende-se imprescindível o estudo da figura do poder empregatício como limitação daqueles direitos. Para tanto, no segundo capítulo ocupa lugar a fundamentação e a legitimação desse poder na ordem jurídica, em especial a brasileira, perpassando pelo conceito da subordinação, elemento essencial da relação de emprego, para, por fim, prosseguir na análise do princípio da dignidade humana como principal óbice ao exercício pleno do poder diretivo do empregador.

Por fim, após compreender a importância do princípio da dignidade humana como balizador da aplicação e criação do direito, é no terceiro e último capítulo que se propõe o estudo do direito fundamental à liberdade religiosa de titularidade das pessoas jurídicas, encaminhando-se ao desenvolvimento da noção de organizações de tendência religiosa. Como critério para averiguar as possibilidades e limitações desse direito fundamental, bem como de um eventual direito de resistência ou de objeção de consciência, será considerada a proporcionalidade em sentido estrito.

O presente trabalho, portanto, por meio de levantamento bibliográfico e cotejo de posicionamentos doutrinários, objetiva verificar a legalidade e os limites do exercício do poder empregatício enquanto exercido considerando as peculiaridades das organizações de tendência religiosa, problema cuja resposta pode conduzir tanto à configuração de dano moral quando restarem ofendidos os direitos do trabalhador, quanto à legalidade do exercício do poder do empregador nos limites identificados, o que sempre dependerá da análise do caso concreto.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA HORIZONTAL**

A análise da categoria dos direitos denominados fundamentais se mostra imperativa diante da problematização proposta no presente trabalho. Desse modo, o presente capítulo situará os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, pretendendo demonstrar sua pertinência e aplicabilidade nas relações privadas dentre as quais o contrato de trabalho se encontra, bem como abordará os direitos fundamentais de liberdade de consciência e liberdade religiosa que serão primordiais para a análise que se propõe.

### **2.1 Os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira**

Há algum tempo já se reconhece a imprescindibilidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Surgindo na aurora do constitucionalismo moderno como limite ao poder do Estado, seu estudo e implementação foram fortemente estimulados pelos acontecimentos das últimas décadas, tanto em virtude das revoluções industriais e, mais tarde, da globalização, quanto das consequências devastadoras deixadas pelos conflitos em todo o mundo e, em âmbito nacional, pela ditadura militar. Diante desses episódios, a produção literária e científica se encarregou de promover a necessidade de tutela estatal na defesa dos direitos fundamentais, elevando o princípio da dignidade humana a um caráter universal e indisponível.

Para Santos Júnior (2013), existe uma relação de retroalimentação entre direitos fundamentais e democracia, que só se torna atrativa aos seus cidadãos porque é somente no regime democrático em que os direitos fundamentais encontram guarida. Ao mesmo tempo, “a democracia somente consegue sobreviver na medida em que assegure aos cidadãos a preservação de direitos fundamentais” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 93).

Imperioso lembrar que o primeiro instrumento que reconheceu a titularidade universal de certos direitos foi a Declaração de Independência de 1776, da Revolução Americana. A Revolução Francesa de 1789, marco histórico na evolução

dos direitos fundamentais, insurgiu-se contra os abusos do poder absolutista, cujo lema – liberdade, igualdade e fraternidade – inaugurou os direitos fundamentais de primeira dimensão. Registra-se que a igualdade a que se referia era a meramente formal, não havendo a preocupação, naquele tempo, em se positivar direitos sociais econômicos e culturais, tais como os que vieram a ser contemplados pelo Estado de bem-estar social, fruto, dentre outros fatores, das lutas promovidas pelos trabalhadores. Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, propulsionada pelo segundo pós-guerra, retomou ideais da Revolução Francesa com a adoção de características como amplitude, universalidade e indivisibilidade, reafirmando a igualdade e a dignidade de todos os seres humanos. (SCHNEIDER, 2015)

Em que pese a estreita relação, a doutrina tem realizado diferenciações entre direitos fundamentais e direitos humanos, estes considerados os que, segundo Vecchi (2014, p. 206) “têm origem na própria natureza humana e que aspiram à validade universal, sem estarem adstritos a uma ordem constitucional”, ao passo que se pode definir direitos fundamentais como os que se encontram previstos na ordem jurídica, diferindo daqueles apenas quanto a sua positivação na Constituição.

Em uma intersecção com o direito do trabalho, cabe referir que os direitos fundamentais de titularidade dos trabalhadores podem ser classificados em específicos e inespecíficos. Os primeiros são aqueles cujos destinatários são os empregadores, servindo de exemplo a norma de limitação da jornada de trabalho. Nos inespecíficos, por sua vez, a titularidade cabe a qualquer pessoa, isto é, não são destinados especialmente à proteção dos trabalhadores, mas de qualquer cidadão, como as liberdades de consciência e de expressão. (VECCHI, 2014)

Os direitos fundamentais no direito brasileiro atualmente podem ser encontrados no extenso rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que é uma das razões pelas quais o referido diploma é conhecido como Constituição Cidadã, em que pese sua efetividade social seja ainda objeto de discussão. Há que se salientar, contudo, que o rol encontrado no referido dispositivo não exclui demais direitos de serem enquadrados e tratados como fundamentais, pois se trata de rol exemplificativo. A Constituição expressamente abre a possibilidade de se reconhecer a existência de direitos fundamentais que não aqueles ali previstos, como se pode observar no §2º do artigo 5º (SARLET, 2012). Diante dessa possibilidade deixada

pelo diploma constitucional, pode-se conferir um caráter inclusivo e progressista à Constituição, visto que busca ampliar a noção de fundamentalidade, garantindo espaço para novas proteções jurídicas que venham a ser com o decurso do tempo necessárias.

Dessa constatação decorre a existência de, pelo menos, duas espécies de direitos fundamentais: os que são duplamente fundamentais, isto é, têm reconhecida a fundamentalidade material e formal – expressamente previstos no texto constitucional – simultaneamente, e os que integram unicamente o aspecto material de direito fundamental (SARLET, 2012). Os direitos fundamentais implícitos ou estritamente materiais são aqueles que, mesmo não estando expressamente escritos na Constituição, guardam relação com o princípio da dignidade humana e a necessidade de limitação do poder, e reclamam uma argumentação muito mais robusta para justificar sua fundamentalidade e conseqüente *status* constitucional (MARMELSTEIN, 2008).

A respeito da titularidade dos direitos fundamentais, tem-se admitido o princípio da universalidade. Deste modo, a simples circunstância de ser uma pessoa é suficiente para esta ser merecedora da proteção dos direitos fundamentais (SANTOS JÚNIOR, 2013). Apesar da Constituição Federal não se manifestar expressamente nesse sentido, convém mencionar que se reconhece as pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais, desde que restem compatíveis com a sua natureza (MARMELSTEIN, 2008).

Os direitos e garantias fundamentais no ordenamento brasileiro possuem aplicabilidade imediata – conforme §1º do artigo 5º –, o que equivale dizer que “não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais” (CANOTILHO, 2003, p. 438). Ao mesmo tempo em que a aplicabilidade desses direitos é imediata, pode-se dizer que a Constituição de 1988 possui, paralelamente, um forte caráter programático, já que estabelece programas, diretrizes e objetivos a serem perseguidos sob sua vigência (SARLET, 2012).

Outra característica distintiva dos direitos fundamentais é a sua qualificação como cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, inciso IV), denominadas as que não poderão ser objeto de proposta de emenda que tenda a aboli-los. Acerca da expressão “tendente a abolir” utilizada pelo constituinte, entende-se como aquela emenda que

fira o núcleo essencial que caracteriza aquele direito, estando, em tese, a mera limitação deste fora do alcance da imutabilidade garantida pelo parágrafo. Contudo, restrições que retiram seu significado para a sociedade também podem ser encaradas como supressões. É nesta mesma linha que se sustenta a existência do chamado princípio da proibição de retrocesso como mecanismo de controle das restrições a direitos sociais (SARLET, 2013)

A Constituição Federal vigente menciona expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III) com o fito de orientar tanto a atuação do Estado quanto as relações entre os demais indivíduos (KIPPER, 2012). O referido princípio na Constituição configura, ao mesmo tempo que tarefa, limite ao poder estatal, e tem sido compreendido “como fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana”, devendo com esta estarem alinhados (SARLET, 2012, p. 109).

À vista do exposto, conclui-se que a razão de ser dos direitos fundamentais é a própria dignidade humana. Ora, se a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, parece natural que se entenda que quaisquer direitos relacionados à consecução da mesma sejam merecedores dessa fundamentalidade.

Nessa mesma esteira, segundo Barroso (2013, p. 201-202):

[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.

O princípio da dignidade humana, portanto, traduz-se no núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, do qual decorrem objetivos, valores, limites e diretrizes para a realização do direito, da manutenção das relações intersubjetivas e para a atuação estatal, e se encontram estritamente relacionados a ela os direitos e garantias fundamentais.

## **2.2 Direitos fundamentais de liberdade religiosa e liberdade de consciência como expressão da autonomia privada**

As liberdades de consciência, de crença e de culto remontam aos diversos episódios de intolerância religiosa ao longo da história, motivo pelo qual foi uma das primeiras liberdades a alcançarem a condição de direito fundamental (SARLET, 2013). Apesar de não ser possível falar àquela época em uma liberdade religiosa propriamente dita, o contratualismo jusnaturalista, “propondo um fundamento de legitimidade do poder político que repousa não em um plano sobrenatural, mas em um plano natural, acessível por meio razão”, desempenhou papel significativo na separação entre religião e Estado. Naturalmente, essa abordagem acabou levando ao cultivo de uma noção cada vez mais ampla de tolerância religiosa (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 86).

Inicialmente, cabe referir que a liberdade, direito fundamental de primeira geração, constitui um dos pilares para a constituição de um Estado Democrático de Direito. Ela compreende duas acepções que se completam, quais sejam: uma negativa, isto é, a ausência de coações sobre a vontade do indivíduo, e uma positiva, no sentido de uma faculdade de agir. Tomando emprestadas as palavras de Santos Júnior (2013, p. 91), “somente é possível a alguém agir livremente em busca de sua própria felicidade quando a orientação de sua vontade não está mais limitada por qualquer espécie de coação”.

Importa ao presente estudo diferenciar liberdade de consciência e liberdade religiosa. Apesar do estreito vínculo, a liberdade de consciência possui uma dimensão mais ampla, implicando que seja possível objetar em razão de motivos sem relação com religiosidade (SARLET, 2013). Para Santos Júnior (2013), é equivocado dizer que liberdade de consciência se enquadra no perímetro da liberdade religiosa, parecendo mais acertado o contrário, isto é, a liberdade de consciência anteceder quaisquer exteriorizações, sejam de convicções religiosas ou não.

A Constituição Federal de 1988 faz referência a ambas liberdades nos incisos VI, VII e VIII do artigo 5º, que compreendem dois direitos fundamentais distintos. A liberdade de consciência busca proteger, como bem jurídico, a autodeterminação

ético-existencial do indivíduo, abrangendo tanto o foro interno (a possibilidade de formar as próprias convicções) e o foro externo (a possibilidade de exteriorizar essas convicções). Já a liberdade religiosa se desdobra em diversos âmbitos de proteção, como a liberdade de ter ou não uma religião, a liberdade de culto, inclusive de assistência religiosa, a objeção de consciência, a liberdade de expressar sua crença, entre outras (WEINGARTNER NETO, 2013).

No direito brasileiro, a liberdade religiosa está presente desde a Constituição de 1824, ao passo que a liberdade de consciência somente foi mencionada em 1934, retirada na Constituição de 1937 e novamente contemplada em 1946. Na Constituição vigente, as referidas liberdades e dispositivos relacionados podem ser encontradas nos artigos 5º, incisos VI, VII, VIII, 143, §1º, 15, 19, 210, §1º e 226, §2º. (SARLET, 2013)

Há quem se questione acerca das razões que existem para a liberdade religiosa ser objeto de proteção jurídica. É inevitável que se reconheça a impossibilidade de reduzir a religião a algo pertencente somente ao foro íntimo do indivíduo, visto que o fenômeno religioso influencia tanto a vida privada como o espaço público. Quando os interesses religiosos, no entanto, passam a colidir com interesses alheios igualmente legítimos, requer-se uma justificação racional para incorporar sua proteção ao ordenamento jurídico (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Santos Júnior (2013, p. 53-54) ensina que há, pelo menos, três dificuldades em se admitir a proteção jurídica ao fenômeno religioso:

Primeiro, o fato de haver religiões que não reconhecem alguns direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento estatal, tais como o direito a não ser discriminado em razão da etnia ou do sexo. Segundo, a constatação de que os interesses de pessoas que pertencem a algum grupo religioso frequentemente colidem com os interesses de pessoas que não o integram. Terceiro, a impossibilidade de que a proteção aos interesses religiosos se dê com base no julgamento pelo Estado da correção de alguma específica concepção religiosa, pois não lhe cabe, por ser laico, determinar quais religiões ou crenças são verdadeiras ou falsas.

O que torna possível justificar, portanto, um tratamento diferenciado a esse fenômeno, tal como a prestigiosa proteção concedida pela Constituição Federal de 1988? Uma das razões apontadas pela doutrina é a necessidade de resolução de conflitos e de inclusão social. A liberdade religiosa aqui se configuraria como necessária à manutenção da paz, pondo fim a conflitos religiosos. No entanto, o

argumento é limitado, porque ignora qualquer valor que a religião possa ter em si mesma. A preservação da diversidade cultural também tem sido elencada como motivo à proteção jurídica, mas o fundamento é moralmente insuficiente para ponderar com interesses alheios. Junto destes, a coesão social poderia servir como justificativa, já que a religião auxilia os indivíduos a conviver em comunidade, prestando uma importante função social. (SANTOS JÚNIOR, 2013)

O fundamento mais aceito, contudo, para que se justifique uma proteção diferenciada aos fenômenos religiosos é a autonomia e a dignidade humanas. Este argumento implicaria em respeito e reconhecimento dos seres humanos como seres autônomos, capazes de construir individualmente concepções de bem. Ademais, a religião faz parte da identidade de diversas pessoas, que por sua vez está relacionada à autoestima e à autonomia, igualmente importantes ao que se denomina dignidade humana. (SANTOS JÚNIOR, 2013)

Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à liberdade religiosa e seus desdobramentos encontram limites implícitos e explícitos, estes por meio de disposição constitucional ou lei ordinária com fundamento na própria Constituição. Já os limites chamados implícitos existem em razão “da necessidade de compatibilizar a liberdade religiosa com os direitos de terceiros e com outros bens constitucionais” (WEINGARTNER NETO, 2013, p. 271). Portanto, em que pese se tratar de um direito fundamental, necessário concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não concedeu proteção ilimitada e incondicional à liberdade de crença, mas uma proteção jurídica que, em conflito com outros princípios ou direitos fundamentais, poderá ser relativizada no caso concreto.

Os titulares do direito são pessoas naturais, tanto nacionais quanto estrangeiros, e até mesmo as pessoas jurídicas, incluindo-se igrejas, grupos religiosos, associações e fundações com fins religiosos. No que tange aos destinatários do direito fundamental à liberdade religiosa, já existe mais tranquilidade na delimitação. Podem ser tanto o poder público, negativa e positivamente, quanto os particulares em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que os vincula, a ser estudada mais adiante. Nas relações de trabalho, os empregadores não deixam de ser destinatários da liberdade religiosa conferida aos seus empregados, existindo um dever de acomodação do empregador para com estes, na medida do possível (WEINGARTNER NETO, 2013).

Acerca do objeto tutelado pela proteção constitucional à liberdade religiosa, para o autor Santos Júnior (2013) está clara a opção do constituinte brasileiro em proteger o fenômeno religioso, tanto individual quanto coletivo, não se confundindo com a proteção dada à liberdade de consciência. Segundo este mesmo autor, partindo-se dessa premissa, visões de mundo ideológicas, filosóficas, agnósticas ou ateístas estariam excluídas da proteção à liberdade de crença, estando, contudo, assentadas na esfera da proteção à liberdade de consciência.

Para Santos Júnior (2013), poder-se-ia cogitar uma dimensão negativa da liberdade de crença para compreender aqueles que descreem, mas isto implicaria em uma superfetação, isto é, um excesso de proteção jurídica, já que a liberdade de consciência já abarca a descrença. Além disso, não lhe parece cabível, do ponto de vista constitucional, equiparar o ateísmo ou o agnosticismo ao fenômeno religioso, pois o modelo ideológico adotado pela Constituição de 1988, possui, em seu entendimento, uma tendência a favorecer este último, o que se reflete na proteção conferida a esses direitos.

Em relação à interferência do direito, a regra é que este se mantenha indiferente, isto é, não realize opções religiosas nem promova crenças, caracterizando um Estado laico (CORREIA, 2012). Em que pese a mutabilidade da noção de laicidade, há dois aspectos que podem ser levados em conta como essenciais na conceituação:

1º) um aspecto cultural, que diz com a separação entre o Estado e as organizações religiosas, tidas como entidades com fins e funções inconfundíveis; 2º) um aspecto substancial, que diz com o respeito à igualdade e à liberdade de consciência dos cidadãos, aos quais deve ser reconhecido o direito de exercer sua opção religiosa (ou não) sem qualquer interferência estatal (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 181).

Dessa forma, a laicidade pode operar no sentido de uma abstenção estatal, de modo que os fins do Estado não se confundam com os fins religiosos, e em um sentido que promova a liberdade e a pluralidade, sem interferir no exercício das crenças (ou da ausência destas) na vida dos indivíduos. Portanto, o princípio da separação (entre Estado e confissões religiosas) é somente um dos aspectos da laicidade (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Pelo exposto, conclui-se que tanto a liberdade de consciência quanto a liberdade religiosa são expressões da autonomia da vontade, do direito de se

autodeterminar e, ainda, realizadores do princípio da dignidade humana. No entanto, sendo direitos fundamentais, é mister estudar a sua eficácia perante do Estado bem como frente aos particulares.

### **2.3 A eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares**

O enfrentamento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é precípuo para que se proceda à análise do problema de pesquisa aqui proposto, já que é apenas por meio dela que se poderia entender o objeto deste trabalho como uma colisão de direitos fundamentais. Dito de outra forma, em razão do contrato de trabalho se tratar de uma relação entre particulares – ainda que assimétrica –, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se apresenta como um enfoque plausível para verificar a existência de um direito de resistência, de objeção de consciência ou, ainda, aferir a legalidade do exercício do poder empregatício nas relações laborais em organizações de tendência.

Inicialmente, cabe referir que a expressão *eficácia horizontal* tem sido alvo de críticas pela doutrina, pois a despeito de ser utilizada com o intuito de distingui-la da eficácia nas relações *verticais*, existe nela uma impropriedade técnica, pois a verticalidade também está presente nas relações de trabalho, por exemplo, às quais é inerente a disparidade entre as partes em razão da superioridade socioeconômica do empregador. (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Atento a esta impropriedade, Gamonal Contreras (2011) nomeia esse fenômeno como eficácia *diagonal* dos direitos fundamentais, entendendo ser esta a nomenclatura mais acertada por se tratarem de relações entre particulares que, no entanto, são desiguais e desproporcionais em decorrência do grande poder exercido pelo empregador, constituindo, assim, uma relação híbrida. À luz desta justificativa, seria equivocado assumir que essa eficácia seja horizontal (propriamente dita), já que os trabalhadores não se encontram em uma situação de igualdade diante de seus empregadores, ao mesmo tempo em que não está configurado o caso de uma relação vertical, tal como a do indivíduo perante o Estado.

Assim como a noção de direitos fundamentais, a limitação do poder sofreu mutações ao longo da história. Do conceito léxico da palavra *poder* já se pode aferir

que compreende uma relação de subordinação de um indivíduo em relação a outro. A visão tradicional do poder pode ser conferida na teoria jusnaturalista, pela qual o homem, para fugir do estado de natureza, confere a um terceiro, o Estado soberano, parte da sua liberdade, com o objetivo de alcançar a pacificação e harmonização coletiva por meio de um pacto social. Entretanto, esta não seria a forma mais primitiva do poder, vez que o Leviatã, isto é, o Estado soberano, surge justamente para substituir a vingança privada e a dominação do mais forte sobre o mais fraco. (SANTANA, 2009)

Dessa forma, os direitos fundamentais, mormente os de primeira geração, viriam para frear ou limitar este poder exercido pelo Estado, relativizando sua soberania. Conforme Steinmetz (2004), o entendimento de que os direitos fundamentais constituem apenas restrições ao poder do Estado é limitado, pois o poder há muito não se concentra somente no Estado. Para o autor, na contemporaneidade outros sujeitos também são capazes de exercer poder, inclusive nas chamadas relações horizontais, condicionando, restringindo ou eliminando as liberdades uns dos outros. Portanto, o poder pode ser entendido tanto como fenômeno político, que pode ser verificado entre Estado e particulares, quanto como fenômeno social, em sentido amplo, presente nas relações verticais e horizontais.

Acerca disso, ainda que se possa falar da transformação do conceito de poder no tempo, não se pode dizer que o poder privado somente passou a existir há pouco. O que ocorre é que há algum tempo tem sido possível averiguar em maior escala a existência de relações privadas com uma assimetria emblemática, que demandam, por conseguinte, uma proteção jurídica diferenciada. É o que se evidencia atualmente nas relações consumeristas e laborais.

Em uma conjuntura social na qual a desigualdade faz parte, parece adequado que aos direitos fundamentais também se vinculem os particulares, restando para discussão somente em que medida isso se dará. Assim, efetivar e promover os direitos fundamentais nas relações laborais contribui para atenuar esse cenário, permitindo a consagração do princípio da dignidade humana. Portanto, examinar se as relações entre os particulares estão em harmonia com os valores de um Estado social e democrático de direito é basilar para a efetivação dos direitos fundamentais. (ALMEIDA; EPPLE, 2012)

Na mesma esteira, Vecchi (2011) reconhece a existência de poderes privados nas relações sociais. Para o autor, a concepção de que o Estado é o grande vilão dos direitos fundamentais é equivocada, pois o que hoje se apresenta diante do cenário da globalização é um expressivo aumento do poder nas mãos de grupos privados, o que acaba se traduzindo em um dever estatal de concretizar a defesa e proteção dos direitos fundamentais, sobretudo no Estado brasileiro, que possui um caráter inegavelmente democrático e social.

Diante dessas novas relações é que a jurisprudência alemã em meados do século XX começou a trabalhar a ideia da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, ou, ainda, a eficácia horizontal desses direitos. Além disso, a assimetria das relações laborais deve ser levada em conta na aplicação de direitos fundamentais, podendo justificar uma incidência mais intensa destes direitos nessas relações (VECCHI, 2011). É em razão do poder empregatício, afirma o referido autor, que se justifica a relevância da eficácia horizontal, pois a sujeição existente do empregado frente o empregador demanda maior proteção dos direitos da parte vulnerável desta relação.

Para Vecchi (2014), ainda que o direito do trabalho assuma um caráter paradoxal – ao mesmo tempo que protege, legitima a dominação e a subordinação do empregado –, o princípio da dignidade humana deve estar presente em toda manifestação jurídica. Deste modo, não se pode furtar de uma filtragem constitucional, que será possível mediante a leitura das relações de emprego à luz dos princípios de Estado Democrático, levando-se em conta a necessidade de proteger, em todas as relações e dimensões, a dignidade humana (VECCHI, 2011).

Ainda que poderes privados e sociais não se equiparem ao poder público, os direitos, liberdades e garantias também sofrem turbações daqueles poderes, sendo que, diante da situação desigualitária das partes, não se pode prescindir da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações (CANOTILHO, 2003). Portanto, o que se hoje se observa nas relações entre particulares é um agigantamento do poder privado, justificando a necessidade da incidência de direitos fundamentais também nessas relações, sob pena de se perpetuar uma situação de desigualdade na qual seja admitida a supressão de direitos e garantias de uma das partes, o que se entende não estar harmonizada com os objetivos da ordem constitucional vigente – isto é, estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade.

Superado o problema da eficácia frente aos particulares, poderia ainda ser questionado se a eficácia se daria de forma direta ou indireta. Na hipótese de não se admitir a vinculação imediata dos direitos fundamentais aos particulares, ter-se-ia uma eficácia mediata dos mesmos, que propõe a intermediação do legislador infraconstitucional, conciliando os direitos fundamentais e o direito privado, de forma que um não prevaleça sobre o outro. O juiz, neste caso, somente poderia invocar direitos fundamentais como vetor hermenêutico para interpretação, mas jamais aplicá-los diretamente na solução de litígios. (FRANÇA, 2009)

Entende-se que o posicionamento acima é muito restrito, já que nas situações que existam lacunas, estas só poderiam ser preenchidas pelo Judiciário em casos excepcionais, por exemplo, em uma incompatibilidade das normas privadas com os direitos fundamentais. Cabe ressaltar que a aplicação direta ou imediata não implica na desconsideração da autonomia privada, mas sim na ponderação dos direitos envolvidos. (PIRES; REIS, 2012) Além disso, os direitos fundamentais situam-se no ordenamento jurídico em local hierarquicamente superior (Constituição) do que as normas de direito privado (infraconstitucionais). Por este motivo, soa no mínimo ilógico e inadequado que não se apliquem diretamente aos particulares os direitos fundamentais pelo insuficiente argumento de não haver menção expressa no texto infraconstitucional da vigência daqueles em determinadas situações.

A vinculação imediata dos particulares atribuída pela teoria da eficácia horizontal, portanto, se mostra medida obrigatória, já que particulares também incorrem em “atos contrários à dignidade da pessoa humana, abusam do direito, discriminam, oprimem os mais fracos e se beneficiam de centros de poder, que não são mais exclusividade do Estado” (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 221). Entretanto, essa eficácia imediata e horizontal não deve ser tida como ilimitada, incondicionada e absoluta, mas sim modulada ou matizada, uma posição intermediária que é capaz de superar a dualidade entre eficácia imediata e mediata (STEINMETZ, 2004).

Ainda no mesmo sentido, acompanhando Steinmetz (2004, p. 296):

a medida da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares deve ser regulada e mensurada segundo parâmetros e exigências da Constituição e não segundo níveis de tolerância ou conveniência do direito privado. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais deve ser pautada pela Constituição. Essa conclusão deflui do princípio da supremacia da Constituição e da posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema constitucional.

Diante da admissão de uma teoria de eficácia horizontal ou diagonal de direitos fundamentais, imediata e ponderada, os empregadores figuram como verdadeiros destinatários desses direitos, já que é mormente diante do poder empregatício que essa teoria ganha relevo. Cumpre dizer que, em se tratando de direitos inespecíficos dos trabalhadores, estes não se despem da sua condição de cidadão e de merecedores da tutela estatal. Portanto, tais direitos, em razão da eficácia horizontal ou diagonal, devem ser observados inclusive – e principalmente – nas relações de emprego, em que a subordinação é elemento subjacente às mesmas. Apesar de parecer um pouco vaga a afirmação, é somente mediante o caso concreto que será possível analisar o grau de eficácia a ser conferido a determinados direitos, isto é, a realização de uma ponderação dos direitos envolvidos.



### **3 PODER EMPREGATÍCIO E ASSIMETRIA NO CONTRATO DE TRABALHO**

Tendo em vista que a presente pesquisa se ocupa de uma análise de direitos fundamentais, já abordados, em face do empregador, ou ainda tendo este como titular desses direitos, podendo legitimamente exercê-los, entende-se imprescindível a análise da figura do poder empregatício como limitação daqueles direitos. Para tanto, serão abordadas a fundamentação e a legitimação desse poder na ordem jurídica, em especial a brasileira, perpassando por conceitos tais como o da subordinação, elemento essencial da relação de emprego, culminando, finalmente, na análise do princípio da dignidade humana como principal óbice ao exercício pleno do poder diretivo do empregador.

#### **3.1 Assimetria e subordinação no contrato de trabalho**

Já foi abordado no capítulo anterior que a eficácia dos direitos fundamentais, em se tratando das relações de emprego, opera-se horizontalmente ou diagonalmente, em razão da assimetria característica destas relações. Contudo, de que forma essa assimetria pode ser verificada nas relações de trabalho?

Em que pese o contrato de trabalho ser, normalmente, um contrato bilateral resultante de um acordo de vontades, é, contiguamente às relações consumeristas, demasiado visível a assimetria do empregador em relação ao empregado, pois, dentre outras razões e excetuados os casos de estabilidade, não possui garantia de que o contrato assim se prolongará no tempo, podendo o trabalhador ser legitimamente demitido, inclusive sem justo motivo. Essa é uma potestade do empregador conferida pela liberdade e autonomia privadas, ressalvados os casos de evidente ou comprovada discriminação. Ademais, a assimetria fica evidenciada quando, na maior parte das relações de emprego estabelecidas, o empregado tem poder econômico muito inferior ao da empresa ou organização. Essa situação fática é a razão de ser do princípio da proteção, que é específico do direito do trabalho, e busca, através de compensações jurídicas, diminuir a desigualdade material dessas relações (VECCHI, 2014).

Dito isso, frise-se que nas relações de trabalho, empregador e empregado estão reciprocamente obrigados onerosamente, ou seja, ao passo que o empregador tem de remunerar, o empregado deverá fornecer sua mão-de-obra mediante o pagamento e se sujeitar à regulamentação da empresa ou organização. Nessa relação será possível identificar a subordinação ou dependência jurídica do empregado, a qual consiste no fato de que este está obrigado a cumprir as ordens e determinações do empregador. (VECCHI, 2014)

Para Delgado (2016, p. 312), a subordinação pode ser classificada

como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação de prestação de trabalho.

A conceituação dada acima é a que expõe a natureza jurídica da subordinação. Ademais, na doutrina é possível identificar diversas teorias acerca da natureza da subordinação nas relações de trabalho. Para Nascimento e Nascimento (2015), a subordinação pode ser hierárquica, econômica, técnica ou jurídica, sendo esta a que tem recebido maior aceitação, também acolhida por Delgado; desenvolve a noção de que a subordinação decorre da situação contratual na qual o trabalhador está inserido, motivo pelo qual ele estará sujeito a receber ordens; a de natureza hierárquica é aquela em que o trabalhador se vê inserido numa organização de trabalho alheia; a teoria técnica, por sua vez, é fortemente criticada porquanto existem empregados que superam seus empregadores em conhecimentos técnicos. A bem da verdade, pode ser dito que estes é que acabam dependendo de seus trabalhadores (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015).

Para Vecchi (2014), a doutrina tradicional, que compreende a combinação das naturezas hierárquica e jurídica, tem sido insuficiente, devendo ser flexibilizada e revista para atender as condições socioeconômicas, conferindo mais eficiência à proteção aos trabalhadores.

Uma teoria que bem evidencia a assimetria do empregado em relação ao empregador é a subordinação ou dependência econômica. Supondo-se que o contrato celebrado com o trabalhador tenha sido rescindido por iniciativa do empregador, ele estará em situação de desamparo econômico, já que sua fonte de subsistência foi legitimamente extinta. Todavia, esta teoria não é tão aceita entre os

juristas, tendo sido fortemente criticada, visto que nem todo dependente economicamente é empregado, e nem todo empregado será dependente economicamente de seu emprego (VECCHI, 2014). Além do mais, é possível a existência de uma variedade de contratos de trabalho, incluindo-se o caso dos profissionais liberais e as situações em que há pluralidade de contratos de emprego (FRAGA, 2011).

Apesar dessa crítica, com a qual se concorda e se reconhece certa fragilidade, entende-se que a realidade fática enfrentada no mercado de trabalho é a de que apenas pequena fração da massa trabalhadora pode se dizer independente do seu emprego do ponto de vista econômico. Nesse sentido, vêm a calhar as conclusões de Divan e Abal (2016, p. 72) acerca do papel do trabalho na vida do trabalhador:

No mundo do trabalho assalariado, onde o pagamento pelo trabalho sofre com as flutuações do mercado assim como qualquer outra mercadoria, o proletário é tolhido até mesmo da possibilidade de escolher qual será a sua profissão, devendo se restringir a efetuar os serviços melhor remunerados a despeito de sua real vontade. A vontade de ser filósofo, geógrafo, matemático, professor de ensino fundamental, entre outras, deve ser colocada de lado o mais rápido possível, uma vez que estas profissões não interessam ao capital. A liberdade de trabalho é uma farsa, uma vez que consiste entre escolher uma formação que provavelmente não renderá a possibilidade de um sustento para si e sua família ou esmagar a sua vontade e trabalhar em prol do capital.

Portanto, a teoria não pode ser desmerecida ou até mesmo descartada em função das críticas anteriormente referidas, mas sim recebida pela doutrina como uma das formas pela qual a subordinação pode se dar, não se esgotando exclusivamente na dependência econômica do empregado. Em suma, equivale dizer que nem sempre a identificação da subordinação dependerá da existência de dependência econômica do empregado, mas toda vez que existir dependência econômica em uma relação de trabalho, estará presente, inevitavelmente, a subordinação.

Outrossim, para alguns, a subordinação pode ser entendida não só como o acatamento a ordens dadas pelo empregador; poderá ser identificada, por exemplo, quando o trabalhador encontra-se inserido num sistema coordenado que se presta a sustentar os interesses de um terceiro, o empregador (VECCHI, 2014).

Para Delgado (2016), a subordinação pode reunir três dimensões: a clássica, a objetiva e a estrutural. A clássica compreende a natureza jurídica já desenvolvida acima; a objetiva é, por assim dizer, mais afrouxada, mas que se manifesta pela integração do empregado nos fins e objetivos da empresa tomadora dos serviços; já para a subordinação de dimensão estrutural, o fundamental é que o trabalhador “esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”, recebendo ou não ordens diretas, mas acolhendo sua organização e funcionamento (DELGADO, 2016, p. 314). Para o referido autor, a conjugação destas três dimensões é capaz de superar as dificuldades existentes no mundo do trabalho em se tratando do enquadramento das situações fáticas, completando-se com harmonia. A teoria estrutural da natureza jurídica da subordinação, apresentada como alternativa às demais teorias apontadas, tem sofrido resistência tanto da doutrina quanto da jurisprudência (FRAGA, 2011).

Em se tratando de teorias alternativas, tem sido suscitada uma nova abordagem da subordinação, não tão explorada, chamada subordinação simbólica. Para os autores, a subordinação não se dá unicamente em função dos aspectos contratual e econômico, mas envolve segmentos da vida do trabalhador, extrapolando as esferas jurídica e contratual, sendo entendida como valor cultural. Enfatiza a subordinação existente no teletrabalho, já que nesta modalidade o trabalhador se volta continuamente para o labor. (ALEMÃO; BARROSO, 2011)

Diante de todo o exposto, não se pode olvidar mencionar que o elemento da subordinação é primordial para a configuração do vínculo empregatício, juntamente dos elementos de não-eventualidade, pessoalidade e onerosidade (VECCHI, 2014). Negá-la, para Coutinho (1999, p. 31), “seria desconstituir a própria identidade” dessa relação.

Em sua obra, Coutinho (1999) apresenta que o conceito de poder vem, aos poucos, perdendo a conotação de violência, buscando sustentar-se na ideia de consenso. Após expor a classificação do poder em condigno, compensatório e ou condicionado, a autora aponta que o direito do trabalho encontra-se na dualidade, visto que tanto pune – como se verifica no primeiro, quando há a ameaça de um mal, inclusive pecuniário, que leva o indivíduo a se submeter –, quanto premia – como se verifica no segundo, onde a obediência é conquistada com a garantia da remuneração, isto é, a promessa de um benefício.

Naturalmente, o elemento essencial para a validade de um contrato é o acordo de vontades, um consenso livre de vícios. No entanto, no direito do trabalho a higidez da manifestação da vontade é relativizada em comparação ao cotidiano do direito civil. Isso porque, em regra, o contrato de trabalho é um contrato de adesão, ou seja, o trabalhador pouco tem a contribuir na estipulação de suas cláusulas. Além disso, prevendo esta situação de desigualdade, o direito do trabalho já prevê normas que estabelecem um conteúdo mínimo para esses contratos. Outro fator que concorre para a relativização desse elemento é a possibilidade de rescisão contratual imediata por qualquer das partes, sem justo motivo. (DELGADO, 2016)

Destarte, a subordinação é assunto a ser enfrentado quando se propõe a discutir o poder diretivo do empregador, visto que é dela que decorre a possibilidade de exercício do mesmo. É o vínculo estabelecido entre empregador e trabalhador, caracterizando a relação de emprego, obrigando-os mutuamente, este último concordando ou autorizando a sua regulação e fiscalização pelo empregador, preservando-se sua dignidade. Nas palavras de Nascimento (2015, p. 182), “subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha”, sendo aquela a situação em que o empregado se encontra, e o poder empregatício a faculdade do empregador de regular o modo da prestação do serviço de forma que vá ao encontro de seus interesses, à qual o trabalhador se submete.

Doravante, de forma a contribuir para a discussão pretendida com a presente pesquisa, passar-se-á a investigar o poder empregatício, transitando pelo seu conceito, fundamentos e as facetas de sua aplicação.

### **3.2 O poder empregatício: conceito, fundamentos e aplicação**

O poder empregatício, encontrando um de seus fundamentos no valor social da livre iniciativa, pode ser descrito como um poder característico das relações de emprego que varia na sua intensidade e efetivação (VECCHI, 2014). Também denominado intra-empresarial, é uma relação de poder característica da relação entre empregado e empregador, que não é de titularidade desses sujeitos, mas própria da relação de emprego (DELGADO, 1996). Concorre para a sua existência o princípio da autonomia privada ou, ainda, livre-iniciativa, previsto no artigo 1º, inciso

IV e artigo 170, ambos da Constituição Federal de 1988. Deste princípio é que decorre a liberdade de contratar, que, especialmente no direito do trabalho, não deve ser entendida como plena mas sim compatibilizada com os demais princípios e regras que o limitam (VECCHI, 2014).

Pode ser identificada no poder empregatício a exigência da adoção de determinadas condutas pelo empregado, que podem ser tanto omissivas, isto é, que requerem um não-fazer do trabalhador, não praticando atos faltosos, quanto comissivas, sendo estas comandos ou determinações do empregador às quais o empregado deve obediência. (COUTINHO, 1999)

Além disso, o poder empregatício é importante efeito do contrato de trabalho, reunindo um apanhado de prerrogativas do empregador para que este direcione a prestação dos serviços. Assim, resta ao obreiro a subordinação às ordens lícitas que decorram do contrato estabelecido, o que implica num beneficiamento do empregador. (DELGADO, 2016). Nesse mesmo sentido,

o poder diretivo disciplinar conferido legalmente à instituição empregadora detém como principal escopo a manutenção e resguardo de suas atividades empresarias, visto que determinadas condutas praticadas por seus colaboradores podem culminar em prejuízos de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial. (NASSIF, 2014, p. 203)

O poder diretivo, assim, é a prerrogativa do empregador de determinar as tarefas e o modo da prestação dos serviços, enquanto o empregado, abrindo mão da sua liberdade, está subordinado a esse poder (FARIA, 2008). Dessa forma, a subordinação é a realidade na qual o empregado se encontra de cumprir determinações e acatar ordens do empregador (VECCHI, 2014).

O poder empregatício pode ser decomposto em três facetas, quais sejam a regulamentar, a de fiscalização e, ainda, a chamada disciplinar. A regulamentar mora exatamente na gestão da empresa, isto é, na faculdade do empregador de delimitar a forma em que a prestação de serviços deve se dar. A faceta fiscalizadora, que não raro entra em conflito com os direitos da personalidade, é a possibilidade de fiscalizar o trabalho e o comportamento do empregado. Já a punitiva ou disciplinar refere-se ao poder do empregador de aplicar sanções aos que descumprirem as normas ou ordens a ele impostas (VECCHI, 2014).

Em similitude à classificação acima, organiza o poder de direção em três dimensões: poder de organização, de controle e disciplinar. Uma das consequências da primeira dimensão é a faculdade do empregador delimitar a atividade a ser desenvolvida pela empresa e a estrutura jurídica adotada, definir as funções e atribuições a serem preenchidas pelos trabalhadores e, ainda, elaborar o regulamento da empresa. Naturalmente, essa faceta sofre limitações pela legislação e demais fontes normativas em razão da necessidade de proteção ao empregado. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015). O poder público, dessa forma, cumpre o papel de estipular um conteúdo mínimo para esses contratos, sendo o caso, a título de exemplo, das normas relativas à higiene e segurança do trabalho (GOMES; GOTTSCHALK, 2011).

O poder de controle é a possibilidade do empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados, a fim de se certificar da efetiva prestação dos serviços contratados. Esse poder, quando abusiva da dignidade humana do trabalhador, não encontra guarida nas decisões judiciais. Um exemplo clássico do exercício desta faceta é o controle do horário de trabalho. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015).

Já o poder disciplinar ou punitivo se traduz no direito do empregador de impor sanções aos seus empregados em razão do descumprimento de ordens (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015). No direito brasileiro essas sanções disciplinares podem assumir, gradualmente, as formas de advertência, multa (em casos específicos, previstos em lei), suspensão e, a mais grave, de despedida.

Conforme Gomes e Gottschalk (2011, p. 72), é no poder disciplinar que a subordinação, elemento primordial das relações de emprego, mais se evidencia:

O poder disciplinar do empregador é o corolário do chamado poder diretivo ou poder de comando, que, para muitos autores, constitui uma categoria à parte. Tanto o poder regulamentar, anteriormente tratado, como o poder disciplinar dimanam do direito de direção geral reconhecido pela ordem jurídica ao empregador. É esse direito de direção geral que revela, claramente, o estado de subordinação do empregado e constitui o elemento característico do contrato de trabalho.

No entanto, entende-se haver uma peculiaridade com a modalidade de rescisão imotivada por iniciativa do empregador, pois não é, por excelência, uma sanção disciplinar, visto que se assim o fosse o contrato seria rescindido por justa

causa. A dispensa arbitrária ou imotivada é, portanto, mero direito potestativo do empregador (DELGADO, 2016). Esta modalidade encontra restrições, todavia, nas situações de estabilidade e discriminação; nestes casos, o efeito da dispensa irregular é o da reintegração (DELGADO, 2016).

Acerca da natureza jurídica do poder diretivo, Delgado (1996) entende que admitir esse poder como mero direito potestativo, subjetivo, hierárquico, ou até mesmo como direito-função, é insuficiente ante as demandas sociais, mormente em razão das conquistas democráticas que se tem tido. Assim, o autor propõe uma concepção relacional do poder empregatício, que “concebe a natureza jurídica desse fenômeno como uma relação jurídica contratual complexa, com plasticidade e variabilidade objetiva e subjetiva, inclusive no tocante à assimetria” existente, porquanto é a única concepção que consegue dar conta da multiplicidade de situações (DELGADO, 1996, p. 202).

Além do fundamento legal<sup>1</sup>, existem outros que explicam o poder de direção, sendo que a teoria contratualista é a predominantemente aceita pela doutrina. Segundo a mesma, o poder diretivo do empregador funda-se no contrato de trabalho, que se traduz em um acordo de vontades pelo qual o empregado espontaneamente se coloca na situação de subordinação. Já a teoria da propriedade privada, não mais recepcionada, entende que o empregador manda porque é o dono. Diferentemente, a teoria institucionalista concebe a empresa como instituição, e, portanto, detém o poder de exercer autoridade sobre ela. Ainda é possível falar em uma teoria do interesse, pois é do interesse do empregador a organização, o controle e a disciplina do trabalho que remunera. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015)

Adverte-se, contudo, que o poder empregatício não pode ser entendido como um espaço para arbitrariedades do empregador, pelo que deve ser lido à luz da norma constitucional pautando-se pela garantia de direitos fundamentais (VECCHI, 2014). A necessidade de ressignificação dos fundamentos do poder empregatício é medida que se impõe, já que não raras vezes esse poder ultrapassa a possibilidade de controle da produção da empresa, passando a moldar a personalidade do

---

<sup>1</sup> Artigo 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige** a prestação pessoal de serviço”. (Grifou-se)

empregado, o que é absolutamente danoso para o livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador (MUÇOUÇA, 2014).

Dessa feita, entende-se que o poder empregatício, como potestade do empregador muitas vezes desafinadas aos princípios constitucionais, principalmente em função da subordinação ou dependência a que o empregado se sujeita, pode constituir óbice à possibilidade de uma aplicação imediata do direito fundamental de liberdade de consciência, liberdade religiosa ou até mesmo ao exercício de sua simples autonomia da vontade nas relações de emprego, inclusive sofrendo limitações em sua vida privada. Portanto, é necessária a análise do princípio da dignidade humana como imposição de limites ao poder empregatício.

### **3.3 O princípio da dignidade humana: imposição de limites ao poder empregatício**

O direito do trabalho comporta princípios que orientam sua aplicação, podendo tanto ser gerais quanto específicos. Dentre os princípios gerais do direito, tem-se o da dignidade humana (ou dignidade da pessoa humana), que possui papel medular para a ordem jurídica brasileira, dela decorrendo grande parte dos direitos fundamentais, irradiando-se por toda a sociedade e conferindo legitimidade ao sistema jurídico (VECCHI, 2014).

Este princípio pode ser encontrado, dentre outros espaços, no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, constituindo-a como fundamento da República Federativa do Brasil. A sua localização no texto constitucional denota a sua importância na ordem jurídica brasileira, servindo inclusive como chave interpretativa para as demais normas (VECCHI, 2014).

O princípio da dignidade humana, à primeira vista, pode remeter o leitor imediatamente à ideia de vida digna. O que seria uma *vida digna*, no entanto? Em função da vagueza do termo, é comum em litígios que ambas as partes invoquem o referido princípio e o seu direito à vida digna, fazendo-o, muitas vezes, inadequadamente e sem qualquer esforço argumentativo, banalizando o princípio. Apesar dos conceitos variarem no tempo e no espaço – fenômeno que ocorre especialmente com o de *dignidade* –, é necessário para a estabilidade do direito que

exista um denominador comum, uma mínima concordância, quando se fala em dignidade humana, conferindo operacionalidade ao princípio. (BARROSO, 2013)

A dignidade humana também pode se desdobrar em direito fundamental, mas para Barroso (2013) ele é melhor caracterizado como princípio, possuindo diversos papéis no sistema jurídico, destacando-se o de fonte direta de direitos e deveres, extraíndo-se de seu núcleo essencial regras a serem aplicadas em situações concretas, e o interpretativo, que informará o sentido e o alcance dos direitos fundamentais.

A noção de dignidade humana, bem como a desse conteúdo básico ou núcleo essencial que permite averiguar a não observância do princípio, é complexa e não pode ser resumida a prestações mínimas, tal como alimentação e moradia, visto que engloba enorme variedade de bens protegidos, tal como a autonomia individual e as diversas formas de liberdade (BARCELLOS, 2011).

O conteúdo mínimo da dignidade humana deve ser dotado de três características, quais sejam a laicidade, a neutralidade política e a universalidade, isto é, a possibilidade de que a noção possa ser compartilhada por toda a humanidade. A dignidade humana identifica o valor intrínseco dos seres humanos e a autonomia de cada um destes, que será limitada por restrições legítimas que imprimem valores ou interesses sociais. (BARROSO, 2013)

A dignidade como autonomia, nas palavras de Barroso (2013, p. 275), compreende “a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade”, através de decisões acerca de seu trabalho, sua vida afetiva, sua religião etc., que não poderão ser suprimidas sob pena de se violar sua dignidade.

Esse valor intrínseco dos seres humanos mencionado pelo autor já fora discutido nos clássicos de Kant (2013), o qual propôs o imperativo categórico, pelo qual os indivíduos devem ser um fim em si mesmos, não meio para a realização dos interesses alheios. No entanto, como seria possível a realização plena dessa dignidade humana quando existem relações de trabalho na qual esse indivíduo, que vende sua força de trabalho, é meio de produção, vendo-se subordinado a uma estrutura que não lhe pertence? É isso que evidencia o caráter paradoxal do direito

do trabalho e a limitação que o próprio modo de produção atual impõe à realização ampla desse princípio (VECCHI, 2014).

A dignidade humana possui, além disso, um elemento social; aqui, a autonomia individual é limitada em certas circunstâncias com a finalidade de promover a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção de valores sociais (BARROSO, 2013). Assim, ela cumpre um papel indispensável na limitação dos demais direitos fundamentais, operando-se tanto explícita quanto implicitamente, bem como tanto vertical quanto horizontalmente, conforme já desenvolvido anteriormente.

Para Nascimento (2008) a incidência dos direitos fundamentais serve como restrição ao direito do empregador, isto é, o poder exercido pelo empregador deve atender às normas constitucionais, promovendo relações de emprego mais equilibradas. O empregado, por estar no ambiente de trabalho, não está despido dos direitos e garantias como cidadão. Assim, a intersecção do poder diretivo do empregador e da subordinação do empregado deve estar iluminada pelo princípio da dignidade humana, que confere fundamentalidade aos direitos fundamentais. Dito de outra forma, o poder diretivo deve estar limitado pela “observância das normas constitucionais que garantem ao trabalhador os seus direitos fundamentais e que possuem repercussão nas suas relações jurídicas da esfera privada” (NASCIMENTO, 2008, p. 249).

Não raro, contudo, as empresas, munidas de seu poder de direção, seja regulamentar, de fiscalização ou disciplinar, deixam de observar direitos fundamentais. Assim o é quando impõe a realização de revista íntima aos seus trabalhadores, implicando ofensa à intimidade e privacidade, ou, ainda, ao estabelecer critérios de gênero ou cor para fins de promoção profissional ou diferenciação de salário, ofendendo o princípio da isonomia e da não-discriminação. (VECCHI, 2014). Além disso, hoje já se discute a existência de um dano existencial nas situações em que o trabalhador é submetido a uma extensa jornada de trabalho – estabelecida pelo regulamento da empresa –, dizimando seu desenvolvimento social e intelectual, e, por derradeiro, a sua dignidade (SCHNEIDER; GALVAGNI, 2015).

No entanto, frequentemente não é possível identificar, de plano, uma ofensa aos direitos fundamentais nas relações de trabalho, nem qual dos titulares, na

situação a ser examinada, possui o direito subjetivo a ser observado. Em razão do direito não comportar princípios absolutos, muito menos uma solução que seja capaz de abarcar todas as situações que conflitem o poder empregatício e os direitos constitucionais do empregado, é com a ponderação dos valores envolvidos que é possível identificar quais deles devem prevalecer no caso concreto, sem desprezar a assimetria das relações laborais, sendo que a dignidade humana deverá ser o princípio balizador (FARIA, 2008).

Por fim, encaminhando-se ao desfecho do presente trabalho, após a análise da caracterização da subordinação, do poder empregatício e do princípio da dignidade humana como orientador da aplicação do direito, será objetivo do próximo capítulo o exame do exercício do poder diretivo do empregador nas organizações de tendência, assim como isso se dará frente ao direito de resistência de empregado e nos casos de objeção de consciência, isto é, frente a direitos fundamentais de titularidade do empregado, utilizando-se, para tanto, a noção de ponderação ou proporcionalidade.

## **4 PODER EMPREGATÍCIO, DIREITO DE RESISTÊNCIA E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA RELIGIOSA**

Após a extensa análise dos direitos fundamentais, sua eficácia horizontal, do poder empregatício e da importância do princípio da dignidade humana como balizador de sua aplicação, de modo a estreitar a presente pesquisa propõe-se o estudo do direito fundamental à liberdade religiosa cuja titularidade seja de pessoas jurídicas, encaminhando-se ao desenvolvimento da noção de organizações de tendência. Como método para averiguar as possibilidades e limitações desse direito fundamental, bem como de um eventual direito de resistência ou de objeção de consciência, será considerado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por fim pretende-se, neste capítulo, verificar a legalidade e os limites do exercício do poder empregatício enquanto organização de tendência religiosa.

### **4.1 A liberdade religiosa das organizações de tendência**

Após todo o caminho percorrido no presente trabalho, já não restam dúvidas de que as pessoas físicas são titulares de direitos fundamentais. Questiona-se, então, se as pessoas jurídicas podem, igualmente, ser titulares desses mesmos direitos fundamentais. Em resposta a essa indagação, parece posição já assentada na doutrina de que as pessoas jurídicas gozam dos direitos fundamentais naquilo em que for compatível com a sua natureza (MARMELSTEIN, 2008).

Dito isso, é natural que se reconheçam direitos fundamentais às pessoas jurídicas tais como o direito de propriedade, à livre iniciativa, à liberdade de imprensa, entre outros. Ao mesmo tempo, existem restrições a essa titularidade, como nos casos dos direitos políticos, restritos aos cidadãos, pessoas físicas. O direito brasileiro inclusive admite a aplicação dos direitos da personalidade, quando cabível, às pessoas jurídicas, conforme a redação do artigo 52 do Código Civil em vigor. (MARMELSTEIN, 2008)

O direito fundamental à liberdade religiosa também pode ser estendido às organizações; tanto é possível que a própria Constituição Federal confere atenção

especial às igrejas e templos de qualquer culto, inclusive ao estabelecer imunidade tributária a essas organizações como dispõe o artigo 150, IV, “b” (MARMELSTEIN, 2008). Segundo a posição sustentada por Santos Junior (2013), com a qual se concorda, não parece sensato negar o direito fundamental de liberdade religiosa às empresas, pois não se pode olvidar que, na medida do possível, vive-se em uma sociedade que busca colocar em prática justamente o pluralismo cultural. Os empreendedores, em respeito a esse valor, não devem ser constrangidos a abdicar de sua fé na condução das atividades empresariais. No entanto, o que é seguro dizer é que o direito fundamental de liberdade religiosa do qual organizações são titulares não pode ser reconhecido na mesma medida em que é reconhecida a liberdade individual.

Dito isso, cumpre reportar-se à existência das organizações de tendência, que, ainda que não haja um consenso quanto à sua conceituação, por natureza, em cotejo às empresas comuns, tendem a restringir mais ainda a liberdade dos empregados, em virtude dos fins ideológicos aos quais essas organizações estão fortemente ligadas. Isso significa dizer que, ao ingressar em uma organização de tendência o empregado inevitavelmente terá seus direitos fundamentais muito mais restringidos, eis que nesses casos o interesse a ser prevalecido é “a preservação dos ideais que caracterizam a condição de determinada instituição” (NASSIF, 2014, p. 206).

Quanto ao tratamento legal dessa categoria de empresas, cabe mencionar que a legislação brasileira não se refere à regulamentação ou até mesmo existência das mesmas, o que, embora gere discussão acerca da sua recepção pelo direito brasileiro, não implica imediatamente no não reconhecimento de sua relevância. Em sua obra, Santos Junior (2013) procura distinguir essas organizações em três espécies: organizações religiosas em sentido estrito, organizações confessionais e organizações empresariais que, embora não se encaixando nas primeiras duas categorias, vinculam aos seus fins a ideologia religiosa.

Quando se fala em organizações religiosas em sentido estrito, significa referir-se às igrejas e cultos, isto é, entidades cujas atividades são tipicamente religiosas, e podem assumir a posição de empregadoras em determinadas situações. Quanto à estas, é evidente a sua proteção, pois são dotadas, por força do texto constitucional, de ampla liberdade de autodeterminação, o que é justificável por expressarem a fé

de um coletivo, partindo-se do pressuposto de que “sirvam à integração social e ao livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes” (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 77). É justamente devido à sua importância que, no estabelecer regras de comportamento aos seus integrantes, os quais compartilham de uma específica visão de mundo, irão inevitavelmente produzir consequências no mundo jurídico, e neste mundo estão inclusas as relações de trabalho (SANTOS JUNIOR, 2013).

As chamadas organizações profissionais, em geral, provêm do costume das organizações religiosas de custear e controlar organizações que prestam serviços em diversas áreas tais como educação e saúde, muitas vezes constituindo empresas comerciais com a finalidade de cumprir as missões da instituição, atuando como uma *longa manus* dessas organizações. Nesta seara, releva destacar que, em se tratando da prestação de serviços delegadas pelo poder público, devem ser especialmente sopesados os direitos do empregador e do empregado, como no caso das universidades, em que importante interesse a ser considerado é o da liberdade de ensino. Essa situação perfeitamente evidencia a complexidade dos conflitos dessa natureza. (SANTOS JUNIOR, 2013)

Em terceiro lugar, existem as organizações que, muito embora não estejam vinculadas às organizações religiosas tal como estão as organizações profissionais, procuram pautar a atividade empresarial em determinados valores éticos de fundo religioso. O peculiar dessa categoria em relação às demais é que neste caso a empresa visa a obtenção de lucro, isto é, exerce atividade econômica *stricto sensu*. Quanto a esta terceira classificação, cumpre identificar se as atividades econômicas praticadas pela organização são voltadas para um público consumerista religioso ou se não se inserem no mercado religioso, pois estas circunstâncias devem ser consideradas na ponderação de direitos fundamentais a ser realizada, já que a restrição que poderá se dar no segundo caso deverá se operar de forma muito mais atenuada que no primeiro caso. (SANTOS JUNIOR, 2013)

No entanto, esta é uma classificação que comporta tão somente os casos de empregadores de tendência religiosa, que é o foco deste trabalho. Há que se referir, no entanto, que existe também uma categorização que amplie a noção de organização de tendência para abarcar as situações envolvendo sindicatos de trabalhadores, partidos políticos, bem como instituições de comunicação social, já que possuem em comum o fato de que cada uma destas possui anseios ideológicos

que as movem. Em que pese seja muito mais comum as instituições de ensino estarem atreladas às organizações religiosas, também é possível, segundo esta classificação, enquadrar como organização de tendência as que pretendem a propagação de preceitos disciplinares, tal como nas escolas de educação militar. (NASSIF, 2014)

De acordo com Correia (2012, p. 40), é importante considerar que, sem olvidar da eficácia da liberdade religiosa nas relações privadas, “ainda há campo para o exercício da autonomia privada e, nesse sentido, uma manifestação de vontade deve vincular as partes contratantes”. Assim, não seria possível admitir uma escusa de consciência quando o empregado, no momento em que ingressou na empresa, tinha consciência de que certas obrigações profissionais implicariam em dilemas morais por conta de sua crença (CORREIA, 2012).

Desse modo, é possível entender que o trabalhador que é admitido em uma organização de tendência, assim o faz consciente de que suas condutas profissional e pessoal deverão satisfazer os ideais confessados por esta organização, podendo esta, dado seu poder empregatício mais amplo em virtude desta peculiaridade, determinar sanções disciplinares ao empregado que descumprir as normas estabelecidas, sem que isso acarrete em uma atitude discriminatória. Deste modo, para determinados juristas é indispensável que o obreiro seja adepto ou confesso à mesma ideologia ou religião adotada pelo seu empregador, de forma a evitar extensas violações ao empregado, inclusive atentando contra a sua dignidade. (NASSIF, 2014).

Em situações semelhantes, tem se formado o entendimento de que as organizações de tendência podem contratar somente pessoas que professem da mesma fé, desde que isso esteja relacionado à atividade-fim da empresa ou instituição (SETUBAL, 2011). Assim, há quem advogue pela posição de que não há excesso por parte do empregador, na exigência, por exemplo, de que seus empregados utilizem um uniforme que contenha uma imagem religiosa, ou que estampem no rodapé do *e-mail* corporativo uma frase de exaltação a determinada religião. Nas organizações comuns não se vislumbram as mesmas condições, pois não há uma ideologia que é basal à atividade exercida pela empresa.

Uma circunstância que pode se revelar fundamental para ponderar os interesses envolvidos nessas situações é a prestação de serviço a ser realizada pelo

trabalhador estar ou não vinculada aos princípios, objetivos e valores ideológicos da organização. Cabe questionar se aquela atividade poderia ser exercida por um trabalhador de uma organização qualquer; dito de outra forma, se a ideologia levantada pela empresa é vital para a execução das atividades, a fim de analisar qual o comprometimento ideológico que será exigido daquele trabalhador (SANTOS JUNIOR, 2013).

Para Nassif (2014), nas organizações de tendência, seja ela religiosa, sindical, política etc., pode haver violação aos direitos fundamentais, visto que estes estão muito mais limitados do que numa relação empregatícia comum, podendo inclusive os atos que se deram na esfera extraprofissional do trabalhador darem ensejo a uma sanção, tal como uma advertência ou, nos casos mais graves, uma despedida motivada. Ao mesmo tempo, o comentado autor advoga pela realização de um juízo de razoabilidade ou proporcionalidade

Mostra-se evidente, no entanto, que o caso concreto é que apontará a direção para a melhor solução possível, primando pela busca da compatibilização entre os direitos fundamentais do empregado e o poder empregatício, ficando ressalvado o exercício do juízo de razoabilidade e proporcionalidade que exigem os conflitos de direitos fundamentais.

#### **4.2 A ponderação como forma de resolução da colisão de direitos fundamentais**

Para aprofundar a discussão que se propõe no presente trabalho, importa apresentar um método de resolução das colisões de direitos fundamentais. Para tanto, inicialmente cumpre diferenciar regras e princípios. Ambos são tipos de normas, que são o significado de um enunciado normativo. Essa diferenciação é essencial para a solução de problemas na dogmática dos direitos fundamentais. (ALEXY, 1993)

As regras, segundo a teoria normativo-material sustentada por Alexy (1993), estabelecem comandos definitivos, que podem ser ou não cumpridos (*all or nothing*), enquanto os princípios, por sua vez, dependem das possibilidades fáticas e jurídicas que estão presentes no caso concreto para serem realizados na maior medida

possível, operando como mandados de otimização. Já a regra, se ela é válida, deve ser cumprida exatamente como ela exige. A diferença entre regras e princípios, portanto, é qualitativa; as regras são examinadas a partir da perspectiva da validade, ao passo que a colisão de princípios é solucionada na dimensão do peso conferido a um deles no caso concreto (ALEXY, 1993).

Os direitos fundamentais são enunciados quase sempre através de princípios. Compreendê-los desta forma significa aceitar que não existem direitos absolutos no sistema normativo. Os deveres e garantias que decorrem dos direitos fundamentais podem, frequentemente, violar outro direito quando aplicados ao caso concreto. (MARMELESTEIN, 2008)

O princípio da proporcionalidade comporta três elementos ou etapas para a avaliação e solução dos casos de colisão de direitos fundamentais, quais sejam os da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação pode ser também chamada pertinência ou aptidão, e impõe verificar, no caso concreto, se os meios para atingir a finalidade que se quer são eficazes. A necessidade significa que a medida adotada, após verificar ser adequada, não passe dos limites do necessário, isto é, escolhe-se a medida que menos trará restrições ao direito fundamental que teve de ceder. (VECCHI, 2014)

Já a proporcionalidade em sentido estrito é uma análise a ser feita das vantagens e desvantagens que a medida a ser adotada trará, ou seja, uma análise de custo-benefício. Diante de uma colisão de direitos fundamentais, deve-se questionar se a medida escolhida sacrifica direitos fundamentais axiologicamente mais importantes do que aquele que se busca proteger (MARMELESTEIN, 2008).

A fase da proporcionalidade em sentido estrito é, em essência, o meio para resolução das colisões dessa natureza, traduzindo-se em uma lei de ponderação: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (ALEXY, 1999, p. 78). Dito de outra forma, quanto maior a intervenção que será feita, mais robusta deve ser a carga argumentativa que a justifica.

Esta técnica de ponderação proposta por Alexy (1999) para verificar a proporcionalidade em sentido estrito deve compreender três fases. Em primeiro lugar, determina-se a intensidade da intervenção a ser realizada. Em segundo lugar,

destaca-se a importância das razões que justifiquem a intervenção. Por último, realiza-se a ponderação no seu sentido estrito e próprio. Essa teoria é capaz, além de conferir racionalidade ao processo de solução de colisões, de possibilitar uma flexibilidade que a teoria das regras não permite, pois a regra ou é válida ou inválida.

O sopesamento, no entanto, deve ser empregado quando não foi possível, num primeiro momento, conciliar ou harmonizar os interesses através do princípio da concordância prática ou da harmonização. Este princípio decorre do princípio constitucional da máxima efetividade, que deve ser levado a cabo sempre que possível. Segundo o princípio, o papel do jurista é integrar harmoniosamente os princípios contraditórios, sem favorecer nenhuma das posições e afirmando ambas. Manifestamente, não é possível a aplicação plena desse princípio, já que, em muitas situações, a efetivação de um direito fundamental fatalmente aplicará na violação do bem jurídico de outra pessoa. (MARMELSTEIN, 2008)

A ponderação, portanto, é técnica de decisão que pode ser empregada na solução de conflitos normativos “que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes” (MARMELSTEIN, 2008, p. 386). É a situação que se verifica no presente caso, onde interesses do empregador e empregado estão em jogo.

Por mais que não há o que se falar em hierarquia de direitos fundamentais, particularmente em conflitos que surgem em casos concretos pode ser discutida a existência de uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais. Nessas situações, o que ocorre não é uma invalidação do princípio, tal como ocorre com as regras, mas, diante dos valores colidentes, escolher-se-á qual deve de acordo com as particularidades do caso. É por isso que quando ocorre colisão de direitos fundamentais cuja solução deverá ser alcançada por meio da técnica de ponderação, essa solução dificilmente será ideal, visto que, inevitavelmente, será produto dessa equação um descumprimento parcial ou total de uma norma constitucional. (MARMELSTEIN, 2008)

Além disso, outra fragilidade da técnica da ponderação é o fato de que é uma atividade muito complexa e que envolve critérios pouco objetivos para a decisão que, não raras vezes e dependendo do sujeito que o aplica, pode carecer da grande carga argumentativa que se requer (MARMELSTEIN, 2008). Assim, uma ponderação poderá ser irracional quando realizada tal como quer o intérprete, baseado em suas

convicções, sem a demonstração do raciocínio jurídico realizado para a resolução da colisão (CARDOSO, 2016).

Afastar completamente o subjetivismo, contudo, é tarefa impossível de ser cumprida, pois inclusive na teoria das regras, que se opera pela subsunção, podem coexistir interpretações diversas quanto a mesma regra e, portanto, ser extraídas decisões diferentes de um mesmo caso, posto que seu enunciado pode conter mais de uma possibilidade interpretativa (SANTOS JUNIOR, 2013).

Cumprido esclarecer que, em que pese ter-se dado maior espaço à discussão do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação para a resolução dos conflitos trazidos no presente trabalho, entende-se que todos os demais princípios de interpretação constitucional também devem ser levados em conta, tais como os de máxima efetividade, de proteção ao núcleo essencial da norma e a proibição de abuso de direitos fundamentais.

### **4.3 Direito de resistência, objeção de consciência e o exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa**

Após a exposição da liberdade religiosa em organização de tendência, bem como do papel da ponderação na ocorrência de colisão de direitos fundamentais, passa-se a analisar o problema central do presente trabalho, e para esta abordagem, para melhor elucidação do tema, o conteúdo foi dividido em dois, sendo que na primeira parte serão abordados instrumentos utilizados pelo empregado como direito de defesa ante uma exigência legítima ou ilegítima de seu empregador, e, em um segundo momento, será abordado o exercício do poder empregatício das organizações de tendência religiosa, coadunando os argumentos até agora trazidos.

#### **4.3.1 Os direitos de defesa do empregado em face do empregador de tendência**

Diversas vezes a adoção de um código moral provido pela crença religiosa implica em uma incompatibilidade com os valores aceitos pela sociedade ou com valores dominantes no próprio ambiente de trabalho, sendo inevitável a ocorrência

de situações em que o trabalhador restará constrangido em realizar determinada atividade (SANTOS JÚNIOR, 2013). Na objeção de consciência profissional e no direito de resistência, portanto, se identifica uma dicotomia entre o poder diretivo do empregador e a recusa ou inconformidade do trabalhador, subordinado àquele.

O instituto da objeção de consciência é forte no direito à liberdade de consciência, segundo a qual cada um pode viver de acordo com as próprias convicções, políticas, religiosas ou filosóficas, que entende como melhores, sem prejudicar direito de terceiros (BUZANELLO, 2001). Trata-se da resistência a uma ordem, de modo não violento, cujo conteúdo se nega a obedecer por entender que seu cumprimento fere suas convicções pessoais, sejam morais, religiosas ou ideológicas (ARAYA PESCHKE, 2015). Já no ambiente de trabalho, a escusa de consciência se manifesta internamente na relação “quando o poder de direção do empregador impõe ao empregado a realização de tarefas que, segundo sua crença, são consideradas imorais” (CORREIA, 2012, p. 36).

A objeção de consciência, meio pelo qual o indivíduo pode descumprir normas a ele impostas quando estas causem aversão às suas convicções pessoais, está implícita e explicitamente autorizado constitucionalmente no artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal (BORN, 2013). Entende-se que a objeção de consciência opera como manifestação plena da autonomia da vontade individual, fundamentando-se no direito de liberdade de consciência, previsto no texto constitucional (BUZANELLO, 2001).

Entende-se aqui que a objeção de consciência deve se dar em *ultima ratio*, isto é, um instrumento a ser utilizado somente em última instância, quando não há outros meios de se evitar o conflito de consciência, de modo que o cumprimento da ordem implique em sacrifício demasiado grande, ferindo a própria dignidade do indivíduo, já que a ação será diametralmente oposta a sua personalidade. (CORDEIRO, 2003). Além disso, nas palavras de Santos Junior (2013, p. 116), quando se fala em dignidade humana, fala-se também “na capacidade que os seres humanos possuem de decidir como encaminharão as suas ideias, projetos e realizações, enfim, as suas próprias vidas”.

Uma outra faceta da autonomia da vontade ou liberdade de consciência do trabalhador é a possibilidade do mesmo exercer seu *ius resistentiae* ou direito de resistência. Já foi aqui abordado que em uma relação de emprego não cabe ao

empregado executar os serviços à sua maneira mas sim de acordo com as estipulações de seu empregador. Algumas destas determinações podem ser facilmente identificadas como legítimas, outras nem tanto, pelo que é possível afirmar que o trabalhador não deve obediência irrestrita às ordens patronais. Disso decorre o fato de que é necessária cautela ao adentrar nos aspectos da vida privada do trabalhador, mesmo ainda quando se fala em organizações de tendência. (SANTOS JUNIOR, 2013)

Assim, o direito de resistência operar-se-ia de modo que o empregado legitimamente recuse obedecer a ordem do empregador quando esta estiver em desacordo com a norma constitucional, com os limites da legislação trabalhista ou, ainda, quando foge à natureza da prestação de serviços contratada (SANTOS JUNIOR, 2013). O *ius resistentiae*, portanto, tem origem no exercício irregular do poder diretivo do empregador, tornando sua resistência legítima em face deste.

Uma diferenciação que pode ser utilizada para diagnosticar os casos de objeção religiosa ou de consciência e de direito de resistência, incumbe avaliar se a exigência do empregador é, de início, legal ou legítima. Dito de outra maneira, pode-se dizer que quando a ordem do empregador é inicialmente legítima, o direito de defesa que pode ser invocado pelo trabalhador é o de invocar a liberdade de consciência ou religiosa objetando a determinação; a ordem emanada pelo empregador é legal e legítima, mas é contrária aos preceitos morais, religiosos ou ideológicos do objetor. Por sua vez, quando essa determinação for ilegítima – o que será discutido na próxima seção –, o trabalhador poderá se utilizar do seu direito de resistência frente ao poder disciplinar da empresa ou organização.

Por fim, a liberdade de consciência, em amplo sentido, busca proteger, como bem jurídico, a autodeterminação ético-existencial do indivíduo. Muitas vezes a obediência a certos imperativos legais pode, até mesmo, acarretar na perda significativa da identidade do sujeito. Assim, na ocorrência de conflito de interesses, a solução requer “ponderação, devendo prevalecer o fato de consciência quando não afete – ou o faça de forma periférica – liberdades e direitos fundamentais de terceiros” (WEINGARTNER NETO, 2013, p. 269). Dito isso, passa-se à análise do exercício do poder empregatício nas organizações de tendência.

#### 4.3.2 O exercício do poder empregatício nas organizações de tendência religiosa

Conforme já anteriormente mencionado, não existe amparo legal específico que regulamente as organizações de tendência, mas a doutrina reconhece e estende a titularidade do direito fundamental de liberdade religiosa às pessoas jurídicas. Diante disso, o quê, no entanto, fundamentaria para o obreiro um direito de resistência ou de objeção de consciência, religiosa ou não, face ao direito do empregador de regular a prestação dos serviços e decidir quem fará essa prestação, isto é, face ao poder empregatício dessas organizações? Em contrapartida, quais elementos que fundamentariam o direito do empregador de tendência de exercer esse poder, tanto antes quanto na continuidade e no término do contrato, quando o empregado não está alinhado à ideologia da empresa?

Para Machado (2010), é legítimo que, em se tratando de pessoas jurídicas de natureza religiosas, estas reivindiquem o direito de estabelecer relações contratuais laborais apenas com aqueles que professem da mesma fé, pois essas medidas seriam essenciais para manter a identidade dessas organizações. A maior controvérsia, nada obstante, reside na titularidade de pessoas jurídicas que não são organizações religiosas em um sentido mais estrito. Estar-se-ia diante de uma resposta negativa caso fosse enquadrada a liberdade religiosa no campo da liberdade de consciência: se somente as pessoas naturais são dotadas de consciência, parece natural que não se conceda a titularidade a pessoas jurídicas.

Dessa forma, seria pacífico que não se admitissem restrições desproporcionais aos empregados ou clientes fundados nesse direito. No entanto, não parece ser este o espírito adotado pela Constituição atual, pelo que parece razoável que às pessoas jurídicas se reconheça uma titularidade no tocante ao direito fundamental à liberdade religiosa. Este posicionamento, no entanto, leva a outros problemas jurídicos, pois seria objeto de questionamento a legitimidade da invocação de razões religiosas para negar prestação de serviços ou até mesmo fundamentar a dispensa de um funcionário. (SANTOS JÚNIOR, 2013)

Entende-se, em primeiro lugar, que a liberdade religiosa, como já estudado, encontra sua razão de ser na proteção da dignidade humana, sendo um de seus aspectos a proteção da personalidade, que, por sua vez, está intimamente

relacionada à consciência, à crença e à religião ou ao direito de não se identificar com alguma, ou seja, à liberdade no seu sentido mais amplo.

É manifesto que os direitos fundamentais que pessoas jurídicas ou organizações podem ter acesso é uma extensão dos direitos originalmente conferidos às pessoas naturais, mas não se pode negar que quanto a estas a proteção deve se dar de forma muito mais intensa, já que é nestas em que mora e para as quais se busca realizar a dignidade humana. Assim, em sendo a dignidade humana o meio e o fim das pessoas naturais, parece natural que a elas se confira maior proteção quando em face de direitos cuja titularidade seja de pessoas jurídicas, visto que estas são uma criação fictícia do direito para facilitar a regulação e o estabelecimento das relações econômicas.

Além disso, conforme já abordado, não se pode olvidar da realidade de desigualdade econômica que impera na sociedade, explícita mormente nas relações de trabalho. Vive-se ainda uma realidade distante da sonhada por neoliberais que projetam o livre-mercado e a possibilidade de se tornar consumidor ou trabalhar tão somente daquilo e naquilo que lhe convém. Há quem entenda que, a despeito disso, subsiste o princípio da boa-fé, segundo o qual, no momento em que o trabalhador ingressa na organização, se esta deixou claro quais as finalidades e ideologias propagadas por ela, este estava ciente de que seus direitos, inclusive sua vida particular, iriam, conseqüentemente, sofrer restrições maiores por conta disso (SANTOS JUNIOR, 2013).

Todavia, seria leviano obliterar a possibilidade do empregador, seja ou não de tendência, de se utilizar de uma das ferramentas decorrentes do poder empregatício, que é a despedida imotivada ou sem justa causa. Como no direito brasileiro não existe a necessidade de uma despedida ser motivada, nem que seja minimamente, torna mais custoso analisar se uma despedida foi, por exemplo, discriminatória ou não, ou ainda, se teve ligação com a ideologia propagada pela organização. Quanto a isso, cabe esclarecer que a despedida sem justa causa seria um exercício da faceta regulamentar do poder empregatício, visto que seu objetivo, em tese e nem sempre em sintonia com a realidade, não é punir o trabalhador.

Pelo exposto, parece razoável um consenso de que no caso das chamadas organizações religiosas está muito mais presente a proteção constitucional à religião, pelo que pode ser concedida às mesmas um poder muito mais abrangente

do que aquele conferido às organizações ou empresas comuns, o que não parece ser o caso, no entanto, das organizações confessionais.

No entanto, supondo que uma organização religiosa, para a manutenção e limpeza do local de culto, tenha contratado um trabalhador para realizar esses serviços. Evidentemente, a manutenção e limpeza do local não é a atividade-fim da organização, isto é, não é a sua razão de ser. Portanto, parece desarrazoado que a entidade utilize do seu poder empregatício mais abrangente para despedir esse funcionário quando este demonstrar não estar de acordo com as convicções religiosas dessa organização, já que este fato não macula a finalidade da entidade.

É nesse sentido o posicionamento de Gaspar (2015), que divide os serviços nessas organizações entre áreas neutras e áreas de tendência. Dessa forma, não é possível exigir de um empregado que exerce tarefas ideologicamente fracas uma conduta fora do ambiente de trabalho muito comprometida com a ideologia ou religião de seu empregador.

No caso das organizações confessionais, entende-se que é necessário lançar mão da proporcionalidade e da ponderação, a fim de se evitar uma lesão profunda à liberdade do trabalhador, inclusive ao seu direito de personalidade e, por fim, à dignidade humana. Portanto, se faz necessário utilizar da ponderação a fim de sopesar as razões pelas quais podem ser admitidas restrições maiores, aumentando o poder empregatício bem como o controle inclusive sobre a vida extralaboral do trabalhador.

É mais peculiar, todavia, o caso das organizações confessionais que prestam serviços delegados pelo Estado, tais como educação e saúde. Ainda que o caminho a ser percorrido seja o mesmo, entende-se que outro bem que deve entrar em jogo é aquele que se traduz na finalidade da organização. Assim, deve-se avaliar em que medida a ideologia e o comprometimento do trabalhador com a mesma interfere no resultado prestado, seja educação, seja saúde ou outro serviço.

Além disso, não se pode esquecer do caso das organizações que não são religiosas como as confessionais mas que agregam uma ideologia ou religião à sua atividade econômica, como explicitado por Santos Junior (2013), segundo o qual devem ser considerados, na ponderação, se a atividade é voltada para o mercado religioso ou não, bem como o tamanho da empresa, visto que nos empreendimentos

familiares ou pequenos, a relação não é impessoal como nas grandes corporações.

Nesse sentido é a posição de Reis (2001, p. 112), para a qual

o despedimento do trabalhador de tendência não pode justificar-se por motivos ligados à simples adesão a ideologias diferentes da que inspira a actividade da organização empregadora, no sentido de que só em casos verdadeiramente excepcionais – quando a crença divergente do trabalhador se exterioriza de tal modo que põe em causa, pela sua publicidade ou relevância externa, a credibilidade da mensagem difundida pela sua entidade empregadora, de forma adequada a impedir a expectativa de continuação do cumprimento útil da prestação laboral – poderá dar-se o conflito entre a ideologia colectiva ou organizada e a sua manifestação individual.

Além disso, cumpre aqui referir qual seria o papel jurisdicional em se tratando de conflitos desta natureza, considerando a laicidade estatal. Nesse sentido, interessante é a decisão, em sede de recurso ordinário, na qual foi travada a discussão aqui levantada. Tratou-se de uma escola adventista (organização confessional) que despediu sua funcionária que havia recentemente se divorciado, alegando que isso era uma mácula à imagem da escola, sendo a despedida medida necessária para salvaguardar a imagem e o estatuto da organização. O relator, diante disso, esclareceu que o direito que aplicaria ao caso é o direito laico brasileiro, motivo pelo qual nenhuma das razões trazidas pela recorrente seriam consideradas, pois fundadas em lei religiosa. Assim o relator manteve a decisão que condenou a recorrente ao pagamento de danos morais pela despedida opróbria.

A decisão mencionada suscita pelo menos uma discussão quanto ao que significa para o Poder Judiciário uma decisão judicial em um Estado laico. Teria sido desrespeitado o direito de liberdade religiosa das organizações confessionais, ou em se tratando de litígios judiciais o magistrado pode desconsiderar qualquer fundamentação de cunho religioso para a aplicação do poder empregatício utilizando-se do argumento de laicidade estatal? Considerando que a Constituição Federal prevê a proteção à liberdade religiosa, inclusive na esfera judicial, parece imponderado da parte do magistrado não levar essa situação jurídica em conta na sua análise, carecendo a decisão de argumentos que possam levar a não configuração do direito à liberdade religiosa nos casos de pessoas jurídicas. A laicidade, segundo Santos Junior (2013), significa não somente a separação entre Estado e religião, mas sim a possibilidade de exercitar ou não sua opção religiosa sem a interferência estatal, de forma que a neutralidade está muito mais relacionada

com a ideia de não-preferência religiosa, isto é, um tratamento isonômico entre todas.

Em acórdão diverso, a empregadora, que era uma organização de tendência religiosa, foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais em favor do trabalhador que foi obrigado durante a contratualidade, sob pena de represálias, a frequentar missas católicas enquanto era do conhecimento da mesma que o empregado professava da religião evangélica, ato que, portanto, foi considerando ilícito e ensejador de reparação, e a dispensa foi considerada discriminatória. Nesta decisão, foi fundamental a prova dos autos no sentido de que o empregador sabia que o trabalhador tinha crença divergente da empresa.

Em situação semelhante ocorrida na 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis, um trabalhador de orientação homossexual foi demitido por se recusar a frequentar, juntamente de seus patrões, cultos evangélicos sob o pretexto de deixar de ser *gay*. A dispensa, segundo o magistrado, excede os limites do poder diretivo e disciplinar do empregador, resultando em ofensa à intimidade e à dignidade do empregado.

Essas situações trazidas à tona na jurisprudência evidenciam a pertinência do trabalho proposto e a necessidade de enfrentar o tema, que não tem tido a atenção da doutrina em se tratando das relações de trabalho existentes nas organizações de tendência.



## 5 CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, elegeu-se um extenso catálogo de direitos fundamentais, de modo que se constituem um projeto que considera e tem como fim último a proteção da dignidade humana. Dentre os direitos mais estimados e protegidos pela lei constitucional, tem-se a liberdade religiosa e a liberdade de consciência, cuja fundamentalidade mora na dignidade humana e na proteção das diversas formas de expressão do pensamento e da religiosidade ou espiritualidade do indivíduo, reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com a doutrina, assim também o é para as pessoas jurídicas, já que a elas cabe a titularidade dos direitos que forem compatíveis com a sua natureza. Dessa forma, cria-se, com o reconhecimento dessa tutela aos empregadores, as organizações de tendência, que têm, por extensão e ainda que não regulamentado, o direito de levar a cabo a ideologia da empresa na forma de prestação dos serviços, o que, invariavelmente, relaciona-se com o poder empregatício, potestade de todos os empregadores em geral, fundado na autonomia privada e no direito de livre-iniciativa.

Dessa forma, foi abordado que as organizações de tendência podem ter diversas abordagens e posicionamentos como sua matriz ideológica, entretanto o foco do presente trabalho foi o caso dos empregadores de tendência religiosa, que podem ser divididos em organizações religiosas, organizações confessionais e organizações que, muito embora não se vinculem às organizações religiosas tal como as organizações confessionais, buscam pautar a atividade empresarial em determinados valores éticos de fundo religioso.

Ao passo disso, entendendo-se que a autonomia privada assim como nenhum outro direito resta ilimitado e absoluto, estudou-se o papel do princípio da dignidade humana no poder empregatício ou poder diretivo do empregador, o que, conjugado com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, chamado por alguns de eficácia diagonal, opera como limitador do direito potestativo do empregador em exercer seus poderes regulamentar, disciplinar e punitivo.

Para tanto, debateu-se a noção de subordinação, elemento primordial nas relações de emprego, pelo que foi constatado que ainda, à contramão do que se

costuma idealizar, o aspecto econômico desse elemento é muito presente na vida do trabalhador comum, que vende sua força de trabalho ao empregador e por isto é remunerado, e não raro é tolhido pelas condições socioeconômicas da possibilidade de trabalhar naquilo que o convém.

Considerando os motivos que levam os direitos do trabalhador a operar com eficácia horizontal em relação ao poder exercido pelo empregador, bem como o fato de que o direito de liberdade religiosa, de acordo com a doutrina, tem amparado também as pessoas jurídicas, conferindo a possibilidade de existirem organizações de tendência, propôs-se discutir até onde o poder empregatício pode atingir ou se sobrepor à autodeterminação, à consciência e à personalidade do trabalhador quando os direitos de ambos entram em colisão, fato que obriga o jurista a se socorrer na hermenêutica. Esse questionamento tem implicado que tanto o empregador, munido do seu poder empregatício, quanto o trabalhador, amparado pelo extenso rol de direitos fundamentais, possuem interesses constitucionalmente legítimos, com um ou mais direitos fundamentais que os correspondam.

Isso motivou o estudo do princípio da proporcionalidade, pelo qual se pode aferir em que casos uma restrição ao direito fundamental alheio pode ser justificável, segundo critérios próprios. Ademais, outros critérios também podem ser elencados para a resolução dos conflitos como o princípio da boa-fé, de forma que o empregado ou empregador de tendência religiosa que sabiam das condições um do outro não podem, ao aceitar implicitamente essas condições na conformação de relação de trabalho, resistir ao poder do empregador ou, de outra mão, obrigar o obreiro a contrariar suas próprias convicções, religiosas ou não.

Assim, considerando que a subordinação econômica pode compelir o trabalhador a vender sua mão-de-obra em circunstâncias que não permitem a manifestação de sua crença e de sua consciência, e, ainda, que a razão de ser do princípio da dignidade humana é o próprio indivíduo, pessoa natural, não parece proporcional que às pessoas jurídicas se outorgue o mesmo tratamento. Isso porque a pessoa jurídica já não está em pé de igualdade com seus subordinados, o que confere a estes um tratamento desigual pela legislação com vistas a uma isonomia material das relações jurídicas.

Realizado o crivo de legalidade do exercício do poder empregatício, conseqüentemente, na hipótese do exercício ter se configurado ilegítimo, tal como uma indenização equivalente à ofensa causada pela atitude do empregador. Outrossim, a doutrina tem reconhecido que o trabalhador pode se valer dos institutos da objeção de consciência, religiosa ou não, e do direito de resistência, sendo estes os casos em que a determinação do empregador é tida como ilegítima pelo trabalhador e aquelas quando, apesar de inicialmente legítima, ofende os direitos fundamentais do trabalhador, podendo passar a se caracterizar como ato ilícito quando persiste ou há represália por parte da organização.

Dessa forma, quando identificada a ilegalidade no exercício do poder empregatício, poderá o trabalhador exercer seu direito de resistência, isto é, recusar a ordem direta ou indireta da organização de tendência religiosa, e, nos casos em que a ordem é inicialmente legítima, o trabalhador poderá se valer do seu direito à liberdade de consciência e objetar a ordem dada, por contradizer profundamente suas crenças, religiosas ou não.

A identificação dessa ilegitimidade, no entanto, é muito mais complexa e não se pode pretender o esgotamento completo do tema ante sua imaturidade legal, doutrinária e jurisprudencial. Já é possível, contudo, estabelecer algumas considerações sobre as possibilidades apontadas como hipóteses.

Não se nega que a possibilidade de conferir um peso muito maior à liberdade religiosa ou liberdade de consciência do trabalhador, reduzindo ou não conferindo essa proteção aos empregadores, pode gerar inseguranças injurídicas, pois cada caso deve ser analisado considerando os fatos e direitos que forem trazidos à tona, fragilizando o exercício do poder empregatício.

Com base na doutrina e no que se pode depreender do texto constitucional, era a vontade do constituinte que a liberdade religiosa fosse um dos mais importantes direitos fundamentais, pelo que parece razoável aceitar a incidência dessa liberdade também em face do empregado, respeitado o princípio da boa-fé na conformações dessas relações de emprego.

É por essa complexidade relatada que o princípio da proporcionalidade, em qualquer das hipóteses, deve proceder na tentativa de harmonizar todos os direitos fundamentais envolvidos. O núcleo essencial dos direitos fundamentais, em

quaisquer situações de colisão dos direitos fundamentais deve ser respeitada e a preferência por determinados princípios no caso concreto deverá ser exercitada à medida em que for a sua força argumentativa.

Dessa forma, qualquer interferência nos direitos do empregado deve levar em consideração o impacto que isso tem na imagem e prestação de serviços da organização de tendência religiosa, critério que veda a possibilidade de se demandar posturas desarrazoadas de funcionários cujas funções não são primordiais para a prestação de serviços pela organização. Além disso, deve-se ter ainda maior cautela quando, dentro desta equação, se está diante de situações que envolvem direitos de terceiros, tais como saúde e educação, muito comuns hospitais e instituições de ensino com tendência religiosa, pois também se está lidando com o direito fundamental de diversas outras pessoas que podem ser preferidos tanto em relação aos direitos da organização quanto do obreiro.

Nesse sentido, as limitações ao indivíduo trabalhador nas organizações religiosa e organizações confessionais quando exercer funções que de fato devam expressar os valores dessa organização, serão muito maiores quando se estiver diante de uma empresa comum mas que busca agregar valores ético-religiosos em seu regulamento, ou então, naquela mesma organização religiosa, o obreiro não realiza atividades-fim essenciais para a identidade da mesma, como um zelador, por exemplo.

Conclui-se, portanto, que o presente problema não possui uma resposta unívoca, que sirva de paradigma para todos os conflitos nesta seara, mas encontra respaldo nos princípios constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. Desse modo, o exercício do poder empregatício nas organizações de tendência possui peculiaridades que podem, legitimamente, exercer limitações na vida do indivíduo trabalhador, mas limitações que não firam o núcleo essencial dos direitos do mesmo, levando em consideração, ainda, a própria natureza da prestação de serviços da organização.

## REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Ivan da Costa; BARROSO, Márcia Regina C. A subordinação simbólica: mecanismos de dominação no mundo do trabalho. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 39, jul/dez 2011. p. 82-97. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo4.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, jul. 1999. p. 67-79. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 14 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Ana Paula de; EPPLE, Cristiane. A vinculação dos direitos fundamentais entre particulares: enfoque nas relações laborais. In: REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão (Orgs.). *Interseções jurídicas entre o público e o privado: uma abordagem principiológica constitucional*. Salvador: EDUFBA, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELLONI, Luiza. Promotor será indenizado por ser forçado a buscar “cura gay”. *Exame*, 26 de abril de 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/promotor-sera-indenizado-por-ser-forcado-a-buscar-cura-gay/>> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (8. Região). Divórcio. Casamento. Dano moral. Recurso ordinário n. 001595-40.2012.5.08.0010. Recorrente: Instituição Adventista de Educação e Assistência Social Norte Brasileira. Recorrida: Tatianne Feitosa Soares. Relator: José Maria de Quadros de Alencar. Julgado em 01 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Indenização por danos morais. Violação à liberdade de crença. Participação obrigatória em missas católicas. Trabalhador Evangélico. Recurso ordinário n. 0020928-75.2015.5.04.0012. Recorrente: Andre Luiz Lima Seffer. Recorrido: Secretariado da Ação Social da Arquidiocese de Porto Alegre. Relator: Carlos Henrique Selbach. Julgado em 05 de dezembro de 2016.

BORN, Rogério Carlos. *A objeção de consciência e as privações aos direitos políticos fundamentais*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2013. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/dissertacoes\\_2011/13\\_rogerio\\_born.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dissertacoes_2011/13_rogerio_born.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 152, out/dez 2001. p. 173-182. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/730>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

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

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 9, n. 1, 2016. p. 137-155. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>>. Acesso em: 14 set. 2017.

CORREIA, António Damasceno. *O direito à objeção de consciência*. Lisboa: Vega, 1993.

CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural: investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 17-45, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29620>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

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

DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; ABAL, Felipe Cittolin. Direito, direitos, trabalho e emancipação: duas propostas sob uma ótica marxista. In: I ENCONTRO REGIONAL E MESA REDONDA DE DIREITO, MARXISMO E MEIO AMBIENTE, 2016, Santa Maria. *Anais...* Santa Maria, 2016. p. 66-80. Disponível em: <[http://coral.ufsm.br/nudmarx/eventos/2016/images/Anais\\_do\\_-\\_I\\_Encontro\\_regional\\_e\\_mesa\\_redonda\\_de\\_Direito\\_marxismo\\_e\\_meio\\_ambiente.pdf](http://coral.ufsm.br/nudmarx/eventos/2016/images/Anais_do_-_I_Encontro_regional_e_mesa_redonda_de_Direito_marxismo_e_meio_ambiente.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

FARIA, Fernanda Nigri. *Poder diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FariaFN\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FariaFN_1.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

FRAGA, Cristiano. *Subordinação estrutural: um novo paradigma para as relações de emprego*. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/cristiano\\_fraga.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/cristiano_fraga.pdf)> Acesso em: 28 ago. 2017.

FRANÇA, Vinicius Cardona. *Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10726/1/Vinicius%20Franca.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

GAMONAL CONTRERAS, Sérgio. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011.

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. *Colisão de direitos fundamentais nas relações de emprego em organizações de tendência*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17260/1/GASPAR%202015.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013

KIPPER, Tatiane. *Tempos de globalização e relações interprivadas: uma análise a partir da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico da Constituição*. In: REIS, Jorge Renato dos. CERQUEIRA, Katia Leão (Orgs.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado: uma abordagem principiológica constitucional*. Salvador: EDUFBA, 2012. p. 201-218.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho: breves apontamentos*. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 03, 2010. p. 7-19. Acesso em: 02 dez. 2016. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola>

%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%202,%20n%202003,%20p%2007-19,%202010.pdf>.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, António. Contrato de trabalho e objecção de consciência. In: MOREIRA, António (Coord.). *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 23-46.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. O poder diretivo do empregador e a necessidade do reexame de seus fundamentos no século XXI. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFPB, 23., 2014, João Pessoa. *Anais...* Florianópolis. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c187bf76c5a82332>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego*. 2008. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

NASSIF, Rafael Carmezim. A relação de emprego nas organizações de tendência. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 6, n. 1, 2014. p. 193-209. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/67/20>>. Acesso em: 18 set. 2017.

PESCHKE, Betzabé Araya. Visión general de la objeción de conciencia. *Revista jurídica do CESUCA*. v. 3, n. 6, dez. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v3i6.1047>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais sociais: uma análise sobre a possível incidência nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos. CERQUEIRA, Katia Leão (Orgs.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado: uma abordagem principiológica constitucional*. Salvador: EDUFBA, 2012. p. 87-102.

REIS, Raquel Tavares dos. Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extra-laboral. *Gestão e Desenvolvimento*, Viseu, n. 10, 2001. p. 95-127. Disponível em:

<[http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvolvimento10\\_95.pdf](http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvolvimento10_95.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2017.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego: alguma verdade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, out/dez 2011. p. 204-230. Acesso em: 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28341>>.

SANTANA, Agatha Gonçalves. *A tutela dos direitos fundamentais como limite ao poder privado*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal do Pará, Belém, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHNEIDER, Paulo Henrique. *A concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional: análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2015.

\_\_\_\_\_; GALVAGNI, Karen de Barcelos. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o dano existencial nas relações de trabalho. In: REIS, Jorge Renato dos; BAGATINI, Júlia (Orgs.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado: reflexões no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2015. p. 143-157.

STEINMETZ, Wilson A. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, jul/set 2011. p. 111-135. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/d0091b4c-b5f2-4f96-ae35-c4003e93e076>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2014.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, inciso VI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 264-273.