

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA FACULDADE DE DIREITO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PHILLIPE RAMON CERQUEIRA QUEIROZ

A INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

SALVADOR

2018

PHILLIPE RAMON CERQUEIRA QUEIROZ

A INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Adriana Brasil Viera Wyzykowski

PHILLIPE RAMON CERQUEIRA QUEIROZ

A INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

	Salvador, de	de 2018
BANCA EXAMINADO	ORA	
de Direito	_	
	ciais e Novos Direitos pel	la Universidade
Federal da Bahia		
Pedro Lino de Carvalh	o Júnior	
Especialista em Direito	Constitucional do Trabal	ho pela Universidade
Federal da Bahia		
Mestre em Direito Econ	ômico pela Universidade	Federal da Bahia
Doutor em Filosofia pel	a Universidade Federal d	a Bahia
Claudio Dias Lima Fill		

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao autor e consumador da minha fé. Ao Deus eterno seja o louvor e toda minha gratidão, pois é meu refúgio e fortaleça. Nele eu vivo, existo e me movo. Grandes coisas ele fez por mim e por tudo isso grato eu sou. A caminhada foi difícil, mas eu tive a certeza que em todos os momentos Jesus esteve comigo. Terminei, mas, sobretudo, guardei a fé!

Agradeço aos meus pais, Heliton e Leninha, pelo amor e apoio incondicional. Grato sou porque seu o quanto vocês se sacrificaram para que eu pudesse chegar até aqui. Muitas das vezes, "matando um leão por dia". Agradeço ainda aos meus irmãos João e Quesia por contribuírem com essa jornada. Eu amo vocês e para sempre serei grato. Tudo que conquistei foi com a ajuda de vocês!

Agradeço a todos os meus familiares, onde sempre encontrei incentivo para continuar e chegar até aqui. Tias, tios, primos, e, em especial, a dona Luzia e seu Hélio Budião, meus avós queridos.

Agradeço aos irmãos da Igreja Batista Lírio dos Vales – IAPI, pela alegria e fé que depositavam a cada momento que essa graduação chegava ao fim, em especial aos meus queridos pastores Agradeço, em especial, ao Ministério de Jovens Dínammus, pois é a minha maior escola.

De coração, agradeço a Professora Adriana Wyzykowski, minha orientadora e peça fundamental nesse trabalho, pela caminhada tão positiva, pela compreensão e pela atenção que me foi dispensada, desde o ingresso no Grupo de Estudos em Direito Fundamentais e Relações de Trabalho até a monitoria na turma de Legislação Social.

Agradeço a Faculdade de Direito da UFBA por todo aprendizado que pude adquirir. Eu aprendi a amar essa casa e a ela pretendo voltar.

Agradeço ao CEPEJ, instituição que foi um eixo central em minha formação. Após dois anos e oito meses me desligarei por força da colação de grau, mas minha gratidão permanecerá. Foi nessa instituição que conheci pessoas incríveis e aprendi com elas, além de poder servir a minha faculdade.

Não posso deixar de fazer menção a pessoas especiais nessa trajetória. Grato sou a minha mãe do coração, Nadjane, por todo apoio e carinho, a Bruna, pela paciência, pelo amor, pela espera e por toda ajuda, bem como aos amigos Carine, Nadyne (Obrigado!!), Juliane, Tainara, Isaac, Odemilson, Adriele, Maria, Dino, Gabriel, Jamile, por sempre ter vocês por perto. Eu amo vocês!

Agradeço a toda equipe do escritório de advocacia Porto & Viana, em especial a Dr. Evanio Viana e Dra. Hadassa Souza, pela confiança, por todos os ensinamentos, pela prática jurídica e pela compreensão. De fato, eu posso afirmar que fiz um estágio!

A todos que torceram por mim e contribuíram de forma direta e indireta, minha gratidão.

Por fim, agradeço a cada trabalhador e trabalhadora que constrói esse país com o fruto do seu trabalho e financiaram meus estudos em uma Universidade pública, gratuita e de qualidade, bem como aqueles que bravamente lutaram pelas políticas de ações afirmativas.

.

Aprendam a fazer o bem! Busquem a justiça, acabem com a opressão. Lutem pelos direitos do órfão, defendam a causa da viúva.

Isaías 1:17

Seja a vossa equidade notória a todos os

homens. Filipenses 4.5

QUEIROZ, Phillipe Ramon Cerqueira. A incidência do direito fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego: uma análise a partir da teoria do dever de acomodação razoável. 80 f. il. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente monografia consiste em um trabalho de conclusão de curso e versa sobre a eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego, a partir da análise da teoria do dever de acomodação razoável. Busca-se investigar a compatibilidade da acomodação razoável com o ordenamento jurídico brasileiro e como ela atua frente ao poder diretivo do empregador diante da existência de um conflito entre a necessidade religiosa do empregado e seu poder de organizar a instituição para atender os fins que se pretende. O tema ainda é pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência, mas demostra-se ser uma alternativa relevante para garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade religiosa no âmbito laboral. No primeiro capítulo se explora a proteção constitucional a liberdade religiosa, vez que é dele que é extraída a acomodação razoável. No capítulo seguinte, são exploradas as teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a incidência sobre as relações de emprego. No terceiro capítulo, é explorada a teoria do dever de acomodação razoável e suas consequências sobre o poder diretivo do empregador, além do comportamento da teoria em casos concretos. Observou-se, assim, consonância da acomodação razoável com o direto brasileiro, por todas as considerações desenvolvidas neste trabalho, bem como sua atuação limitadora do poder diretivo.

Palavras-Chaves: dever de acomodação; acomodação razoável; liberdade religiosa; relação de emprego; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This monografy consists in a conclusion course work and speaks about the efficiency of the fundamental right of religious freedom in the labor relationships, using the reasonable accommodation duty theory. It aims to investigate the compatibility of the reasonable accommodation with the Brazilian Law and how it acts with the directive power of the employer and with the existence of a conflict between the religious need of the employee and his power to organize the institution to answer the purposes intended. The theme is poorly explored by the doutrine and the jurisprudence, but it shows to be a relevant alternative to secure the effectivity of the fundamental right to the religious freedom in the labor environment. The first chapter explores the constitutional proctetion to the religious freedom, once the reasonable accommodation is extracted from it. In the following chapter, the theories of the horizontal efficiency of the fundamental rights and their incidence on the employment relationships. The third chapter explores the theory of the reasonable accommodation and its consequences on the directive power of the employer, and the behavior of the theory in concrete cases as well. It was detected the consonance of the reasonable accommodation with the Brazilian Law, by all the considerations developed in this work, as well as its limiting performance of the directive power

Keywords: Accommodation duty, reasonable accommodation, religious freedom, employment relationship, fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA	12
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1.1 Conceito e histórico	12
2.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais	14
2.1.3 Características	15
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA	16
2.2.1 Aspectos gerais: histórico, conceito, conteúdo e sujeitos	16
2.2.2 A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988	18
2.2.3 Liberdade de crença	
2.2.4 Liberdade de culto	
2.2.5 Liberdade de organização religiosa	23
2.2.6 Liberdade de expressão e liberdade religiosa	23
2.2.7 Dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa	24
3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REL	AÇÕES
DE EMPREGO	27
3.1 A FUNDAMENTABILIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DI	REITOS
FUNDAMENTAIS	28
3.2 A PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAI	S 29
3.3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
3.3.1 A negação da eficácia e a teoria da State Action	33
3.3.2 A eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas	35
3.3.3 A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas	
3.3.4 A teoria dos deveres de proteção	43
3.4 AS RELAÇÕES DE EMPREGO E A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMI	
4 A INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOS	
RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DEV	ER DE
ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL	49
4.1 A TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO E A INCIDÊNCIA DA LIBE	RDADE
RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	51

4.1.1 Conceito de dever de acomodação e o direito norte-americano	52
4.1.2 A aplicabilidade da teoria do dever de acomodação no ordenamento l	brasileiro 56
4.2 LIBERDADE RELIGIOSA, DEVER DE ACOMODAÇÃO E PODER I	DIRETIVO DO
EMPREGADOR: COMO COMPATIBILIZÁ-LOS?	62
4.3 ANÁLISE DE CASOS	65
4.3.1 Proselitismo religioso no ambiente de trabalho	65
4.3.2 Uso de signos de identificação religiosa	66
4.3.3 Atos de culto no ambiente de trabalho	68
4.3.4 Dias de guarda religiosos	69
5 CONCLUSÕES	72
6. REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A religião sempre despertou grandes debates e, infelizmente, grandes guerras – em sentido literal e também simbólico - em todo o mundo. Contudo, pode-se afirmar que quem apostava na falência de todas elas ao longo do processo de desenvolvimento das sociedades estava engano. Jonatas Machado (2010) aponta os diversos acontecimentos políticos, econômicos e sociais, e até mesmo as grandes tragédias terroristas da história mundial para demonstrar a sobrevivência da religião até os dias atuais.

A religião não pode ser encarada somente como um conjunto de dogmas, principalmente quando examinada a partir do indivíduo. A crença relaciona-se, em muitos casos, se não em sua totalidade, com um modo e propósito de vida. Não é por acaso que religião vem do grego *religare*, que significa o esforço do homem para se conectar novamente com o que se perdeu.

O ambiente de trabalho, por sua vez, é de fato um local de desenvolvimento profissional, porém é indissociável que se torne um local propício para a existência de conflitos religiosos, pois, os empregados, para além de trabalhadores, são pessoas que podem ter crenças. Nesse quadro, o presente trabalho buscar investigar como a teoria do dever de acomodação atua na efetivação do direito fundamental à liberdade religiosa, a partir da sua incidência nas relações de emprego e suas consequências sobre o poder de direção do empregado.

A inquietação com o tema iniciou-se quando o pesquisador tomou conhecimento, através de um informante, que a empresa que o mesmo exercia suas atividades laborais, proibia os funcionários de usarem camisas e outros objetos que contivesse manifestação religiosa. No caso, a pessoa era proibida de entrar e tinha o ponto cortado. A empresa não fornecia fardamento e o trabalho era de *Call Center*, ou seja, um ambiente sem qualquer contato com terceiros e ou clientes presencialmente.

A discriminação religiosa no ambiente de trabalho carece de respostas constitucionalmente adequadas, pois é uma realidade dentro de um ambiente marcado por profunda desigualdade e por isso, demonstra-se relevante a discussão da teoria aqui tratada, vez que ainda é tímida a discussão na doutrina trabalhista. Ressalte-se que não se pretende esgotar o tema, pois, a finalidade de consistir em um trabalho de conclusão de curso não permitiria tal feito, dessa forma algumas respostas podem ser deixadas de serem respondidas.

Assim, o presente trabalho tem-se por objetivo principal examinar a compatibilidade do dever patronal de acomodação no nosso ordenamento e, sendo compatível, como ele atua quando em conflito com a poder diretivo do empregador. Ademais, deve-se buscar examinar a

incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego e a vinculação dos particulares a proteção de tais direitos. Além disso, se pretende analisar a liberdade religiosa e sua proteção constitucional na carta de 1988.

Para fins de hipótese, supõe-se que a incidência do direito fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego gera para o empregador um dever de acomodação que deverá mitigar o poder de direção, afastando atitudes que venham se configurar como práticas discriminatórias.

No que consiste a metodologia utilizada, escolhe-se o método hipotético-dedutivo, de Karl Popper, haja vista que se inicia a presente investigação a partir de um problema existente. Segundo Prodanov e Freitas (2013, p.32), "o método hipotético-dedutivo inicia-se com um problema, passando pela formulação de hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, o qual testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela referida hipótese". Considerando ainda se tratar uma monografia, a objetivo e a finalidade do presente trabalho, utilizou-se a pesquisa exploratória, através de revisão bibliográfica, a começar de uma análise não só descritiva, mas crítica, a partir do levantamento de produções científicas sobre o tema, quais sejam artigos, livros, teses e dissertações.

Dessa forma, no primeiro capítulo, busca-se trazer a lume o direito fundamental à liberdade religiosa, trazendo notas relevantes sobre a teoria geral dos direitos fundamentais. No capítulo seguinte, é discutida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, citando as quatro principais teorias sobre o tema, além da abordagem específica sobre a incidência nas relações de emprego. Por último, discute-se a incidência do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego, a partir da teoria do dever de acomodação, discutindo-se o conceito de acomodação razoável, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e o conflito com o poder diretivo do empregado, trazendo quatro situações para fins de análise prática. Ao final, apresentam-se as conclusões.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

O direito fundamental à liberdade religiosa é uma realidade no direito brasileiro. É certo que, como todo direito, cabe ponderação quando em conflito com outros direitos fundamentais. Todavia, sua complexidade exige um esforço na busca pelo equilíbrio.

No presente capítulo, serão trazidas inicialmente notas sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, cujos conceitos são importantes para esse trabalho. Empós, exploraremos o desenvolvimento histórico da liberdade religiosa ao longo das constituições do Brasil e o atual estágio na Carta de 1988. Devem ainda ser analisando suas relações com dignidade da pessoa humana e com a liberdade de expressão.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são como uma fonte inesgotável. Considerando toda a complexidade por trás da sua aplicabilidade, fazem-se necessárias algumas considerações iniciais antes do enfrentamento da garantia que se pretende discutir.

2.1.1 Conceito e histórico

Preliminarmente, no que consiste a terminação de tais direitos, adota-se no presente trabalho a posição majoritária ao se referir como "direitos fundamentais", conforme entendimento trazido por Ingo Sarlet (2009). Em outro sentido, é o entendimento de Alexandre de Moraes (2011), no qual trata direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos.

Os direitos fundamentais são definidos como "conjunto de direitos pertencentes ao homem e positivados constitucionalmente, devendo-se incluir os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e coletivos" (DIMOULIS, 2012).

Uma concepção formal leva à compreensão de que serão direitos fundamentais aqueles que a constituição elevou a essa categoria, cuja segurança e proteção maior foram dispensados e reforma sobre tais não permite o retrocesso (BONAVIDES, 2004).

Já no aspecto material, "os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana" (MENDES E BRANCO, 2017, p.131).

Logo, faz-se necessária a compreensão histórica do nascimento de tais direitos.

Sem qualquer defesa ao surgimento na antiguidade dos direitos fundamentais, importante mencionar que nesse período circunstâncias foram criadas para o surgimento de tais direitos. É possível afirmar que "os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã" (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2017, p. 487).

Nesse sentido, não se pode ignorar a contribuição elementar da religião, inclusive através da teologia, para a concepção de homem como sujeito de direitos e garantias individuais, aliado com a impossibilidade de reduzi-lo à condição de coisa (SARLET, 2012; SILVA, 2013).

Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam que

o cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo (2017, p. 127).

Dito isso, convém afirmar que a história dos direitos fundamentais se confunde com o surgimento do moderno Estado constitucional, como aponta Ingo Sarlet (2012), bem como a necessidade de limitação de poder estatal. A revolução francesa impôs severos limites ao Estado, sendo berço da concepção clássica dos direitos fundamentais, sendo consagrados ainda pela revolução americana (WYZYKOWSKI, 2012).

Sabe-se que a principal marca do Estado liberal é a busca pela não interferência do Estado no âmbito particular, diametralmente oposto ao que antes ocorria, requerendo um dever de abstenção do Príncipe sobre as relações entre os indivíduos. Logo, surge a necessidade de criar barreiras legais ao poder estatal com a finalidade de que a proteção viesse a ser concretizada.

Nesse sentido, aponta o magistério de Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 34) que "no Estado liberal, portanto, as relações entre os particulares eram regidas pelos princípios da autonomia plena da vontade e do *pacta sunt servanda*, não podendo o Estado intervir ou interferir em tais relações".

Dessa maneira, buscava-se a não interferência do poder político nas relações privadas, com a finalidade de evitar violência estatal, amplos poderes negociais e plena autonomia nas relações individuais, sem levar em consideração qualquer tipo de assimetria perante os indivíduos (UBILLOS, 2005).

Logo, na sua génesis, os direitos fundamentais surgem para proteger os indivíduos do Estado, haja vista o grau intenso de desigualdade entre o particular e aquele.

2.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são frutos de uma evolução histórica, pois representam a concretização de um Estado de direito e democraticamente estabelecido. Logo, tornou-se inevitável o surgimento de dimensões como forma de classificação desse desenvolvimento. Vale ressaltar que, seguindo as lições de Sarlet (2009), não se utiliza a expressão "geração", aqui substituída por "dimensão", vez que o termo causa a falsa ideia de substituída de uma por outra, o que não é o que ocorre, pois coexistentes são as três dimensões aqui citadas.

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão estão relacionados com o Estado de Direito liberal, pois são de ordem individual e, quase sempre, requer o dever de abstenção do Estado para assegurar que aquela liberdade não seja violada. A perspectiva sempre era a partir da autonomia plena dos particulares e da propriedade privada (MENDES E BRANCO, 2017).

Nesse sentido, de acordo com as lições de Paulo Bonavides (2004, p.563), constata-se que "os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo". É na primeira dimensão que estará, originalmente, a liberdade religiosa, de consciência, de expressão, de ir e vir, de reunião, bem como, a inviolabilidade de domicílio e correspondências, e tantos outros mais, sem prejuízo a manifestações dessa liberdade em outras dimensões.

A partir de então, através de fatores como a industrialização, os problemas sociais e fortalecimento das desigualdades, bem como a propagação de ideais socialistas, surge a necessidade de o Estado sair da omissão e, de forma interventiva, criar condições para garantir o "bem-estar" de todos (SARLET, 2009).

Assim, as transformações ocorridas em todo mundo levaram o surgimento do Estado Social, pautado, principalmente, na dignidade da pessoa humana, forçando uma maior preocupação em garantir a perseguição por justiça social, onde os indivíduos possuem, não só formalmente, mas materialmente, igualdade no exercício dos direitos subjetivos (SARLET, 2015).

Essas transformações ocorreram em virtude da desigualdade existente na sociedade geral, causando grandes desequilíbrios, afetando o alcance de um ambiente justo, livre e

efetivamente democrático. Nesse contexto surge, então, a segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Tais direitos criam um dever de prestação por parte do Estado, tais como saúde, educação, assistência social, trabalho. Ainda, de acordo com Ingo Sarlet,

na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas "liberdades sociais", do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho (2009, p. 48).

Já em uma nova projeção histórica de desenvolvimento, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, com forte conteúdo de proteção pautada na coletividade. Importante observação faz Ingo Sarlet (2009) ao afirmar que apesar da segunda dimensão ter o aspecto social, não se retira a característica individual de tais direitos. É, portanto, nessa terceira face que encontraremos o aspecto transindividuais dessas garantias fundamentais.

Os direitos de solidariedade, como também são chamados, garantem uma titularidade difusa, no qual se pode citar a paz, o meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico, a autodeterminação dos povos, e tantos outros (SARLET, 2009).

É preciso citar ainda a defesa que se faz de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides (2004) elenca como componentes da quarta dimensão a democracia, a informação e o pluralismo.

O mesmo autor defende ainda uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, no que consiste a paz, retirando a terceira dimensão, haja vista as transformações no âmbito do direito internacional (BONAVIDES, 2008).

Feito essas considerações, passando para análises das características de tais direitos.

2.1.3 Características

O estudo das características dos direitos fundamentais torna-se importante na compreensão adequada de tais garantias, principalmente no momento da análise de sua aplicação, interpretação e ponderação.

A primeira característica é a historicidade, a qual se evidencia que tais direitos é fruto de uma construção histórica. Logo, são passiveis de novas transformações, conforme o desenvolvimento das sociedades (ANDRADE, 2014).

Alexandre de Moraes (2011) elenca a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e inviolabilidade como características de tais direitos. Ou seja, de acordo com tais aspectos, os direitos fundamentais sofrem severas restrições para que sejam negociados. Na verdade, há quem defenda que eles são inegociáveis (ANDRADE, 2014).

Ainda nesse sentido, afirma-se que "o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive de sua dignidade" (MENDES E BRANCO, 2017, p. 135).

A universalidade é outra característica de tais garantias. Canotilho afirma que "o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais, colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como o centro da titularidade de direitos" (p. 555, 1993). Essa característica, portanto, aduz que esses direitos destinam-se a qualquer pessoa, ainda que possa sofrer destinação específica pela própria constituição.

A constitucionalização é também característica dos direitos fundamentais, principalmente no aspecto formal. Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017) chegam a afirmar que é aqui que surge o marco divisor com os direitos humanos, que são trabalhados em uma perspectiva internacional.

A efetividade é uma das características trazidas por Alexandre de Moraes, no qual o autor afirma que "a atuação do poder público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, como mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato" (2011, p. 22)

Por fim, Mendes e Branco trazem a aplicabilidade imediata como características de tais direitos, principalmente no sistema constitucional brasileiro, onde a Lei Superior cuidou-se de garantir a imediata aplicação das normas fundamentais (2017). Voltaremos a esse ponto quando discutirmos a aplicação horizontal de tais direitos.

Dito isso, adentremos a análise específica do direito fundamental a liberdade religiosa.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Feito considerações sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, passa-se a análise específica da análise da liberdade religiosa.

2.2.1 Aspectos gerais: histórico, conceito, conteúdo e sujeitos

A liberdade é um eixo central dos estados constitucionais modernos. Não há democracia sem liberdade. Não existem direitos sem que os cidadãos sejam fundamentalmente livres para exercê-los. Nesse sentido, de acordo com as lições de Aloiso Cristovam Santos Jr. (2007, p.29), "a liberdade apresenta-se como um sustentáculo do Estado Democrático que tanto se manifesta numa acepção negativa (ausência de coação) como numa acepção positiva (faculdade de agir), mas, independentemente da ênfase que se lhe dê, o seu exercício sempre comporta limitações".

A liberdade, em si, mostra-se como um direito fundamental. Bonavides (2005, p. 231/235) afirma que trata-se de "uma conquista constante [...] que se opõe ao estado de escravidão e de prisão". A liberdade religiosa é uma dessas liberdades.

Não ser tolhido pelo que acredita é fator indispensável na concepção do direito aqui discutido. Nas lições de Bobbio (2004, p. 14), "o direito à liberdade religiosa consiste no direito a professar qualquer religião ou a não professar nenhuma". Curioso que, superando qualquer noção de senso comum, é o direito à liberdade religiosa que assegura aqueles que em nada acredita se assentirem livres com sua escolha pessoal, sem que isso lhes custe.

Dimitri Dimoulis (p. 108, 2012) define a liberdade religiosa como "direito de formar, modificar, abandonar e manifestar convições sobre temas existenciais e de agir em conformidade com essas, sem sofrer interferências estatais." A única ressalva a ser feita é a limitação às interferências do Estado, haja vista que particulares também não podem atuar para tolher tal direito, como será discutido mais adiante.

Convém afirmar que a luta pela liberdade religiosa, historicamente, está relacionada com a origem dos direitos fundamentais. Foi através da busca pela quebra do monopólio religioso, principalmente através da ruptura da Religião com o Estado, que se impulsionou o desenvolvimento dos direitos fundamentais. (SANTOS JR., 2007)

Como bem assinala Manoel Jorge e Silva Neto (2003), a Igreja Católica Romana apontava-se como única religião digna e apta a ser propagada na sociedade, inclusive com direito a hospedagem nos braços do Estado, exercendo, inclusive, enorme influência política nas decisões das Cortes. Nesse contexto, o desencadeamento da reforma protestante vai não só desafiar a Igreja Romana, como também influenciará diretamente a separação da Igreja e do Estado, resultando na formação do Estado Laico.

Contudo, é através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, no qual fica estabelecido que ninguém poderá ser atormentando pela fé que professa, que teremos um divisor de águas no reconhecimento da liberdade religiosa como um direito (SILVA NETO, 2003).

Nesse contexto, é pacifico afirmar que a liberdade religiosa constitui-se não só como um direito fundamental, mas também como um direito humano. Como bem assegura Santos Jr. (p.44, 2007), "a fundamentalização do direito à liberdade religiosa é indiscutível no âmbito do direito internacional e na grade maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais".

Diversos instrumentos internacionais garantem a liberdade religiosa como um direito humano, quais sejam: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal do Direito do Homem (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto de San José da Costa Rica (1969), Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Conviçções (1981).

Todos esses instrumentos visam assegurar que ninguém pode ser reduzido em sua condição humana em razão daquilo que acredita, ou seja, por conta da fé que professa ou até mesmo pela que opta por não ter, pois, como já dito, é aqui que reside o direito daqueles que não creem em nada além do que seus olhos podem ver.

André Ramos Tavares afirma que "o jusnaturalismo e os documentos internacionais influenciaram as proclamações constitucionais da liberdade religiosa" (p. 497, 2017). No mesmo sentido, o magistério de Sarlet, Marinoni e Mitidiero ensina que

as liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica "liberdade religiosa", constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo, e, levando em conta o seu caráter sensível e mesmo a sua exploração política, sem falar nas perseguições e mesmo atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da intolerância religiosa ao longo dos tempos, a liberdade religiosa foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos (p.812/813, 2017).

Em matéria trabalhista, termos a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo objetivo é garantir a proteção do trabalhador a qualquer forma de discriminação, dentre as quais aquelas fundadas por razão da religião do indivíduo. O instrumento entende por discriminação qualquer forma de distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego.

2.2.2 A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988

Não é desde o início que o Brasil garante um direito à liberdade religiosa, isso em virtude da forte influência da Igreja Católica na formação do Estado brasileiro.

Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 106) aponta que "os ventos transformadores da Revolução Francesa não balançaram os estandartes da monarquia absoluta brasileira, ao menos no que se refere à liberdade religiosa". A Carta de 1824 assegurava que o Catolicismo era a religião oficial do Império. Curiosamente, foram permitidas outras religiões, desde que realizada de forma particular e doméstica, sem qualquer manifestação externa.

Somente com a proclamação da República é que o país vai definitivamente criar um marco civilizatório garantindo separação entre Igreja e Estado, e, consequentemente, garantindo liberdade religiosa de forma isonômica aos indivíduos. Dessa forma, a Constituição republicana de 1981 passa a prevê que todos possuíam o direito de exercer sua crença, além de estabelecer diversos instrumentos para garantir o Estado Laico, como por exemplo, o ensino leigo nas escolas públicas (SILVA NETO, 2008; MORAIS, 2011).

As constituições de 1934 e 1937 repetem o texto republicano de 1981, mantendo expressa a separação entre Igreja e Estado, permitindo o exercício da fé pelos indivíduos.

Já a Carta de 1946 inova no sentido de prevê a possibilidade de cooperação entre a Religião e o Estado, sem prejuízo a sua laicidade. Tal feito estabelece um marco importante na noção de separação pretendida, deixando evidente que, apesar de laico, não haveria intenção do Estado se comportar como inimigo ou ter aversão à religião, reconhecendo o importante papel que as igrejas e afins poderiam desempenhar (SILVA NETO, 2008; TERAOKA, 2010).

No mesmo sentido das constituições anteriores, as cartas de 1967/69 têm por novidade a supressão da escusa de consciência, previstas no texto constitucional de 1946 e a inclusão do "credo religioso" no rol de vedação a desigualdade (SILVA NETO, 2008; TERAOKA, 2010).

A Constituição Federal de 1988, vigente até o momento, consagra definitivamente a construção dessa liberdade ao logo na história brasileira. O rol de garantias individuais traz três dispositivos garantindo a liberdade religiosa como um direito fundamental individual, apesar do aspecto coletivo que também guarda.

O art. 5°, IV, aduz que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". É a primeira menção expressa da Carta de 88 à garantia da liberdade religiosa.

No inciso seguinte, a Carta garante que "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva".

Prevê ainda que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Merece consideração o fato da liberdade religiosa, como ocorreu tradicionalmente, ter sido abarcado dentro da liberdade de consciência e crença. Esse, mais amplo, relaciona-se de forma genérica ao direito do indivíduo se autodeterminar (WEINGARTNER NETO E SARLET, 2016).

Dessa forma,

embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto. Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, p. 822, 2017).

A CF/88 faz ainda menção em diversos outros dispositivos acerca da liberdade religiosa, assegurando a não intervenção estatal, bem como permitindo e incentivando a cooperação das instituições religiosas com o Estado, principalmente para o fortalecimento da ordem social.

Dessa forma, conclui-se que o direito à liberdade religiosa, abarcado dentro da liberdade de consciência e crença, possui três esferas de proteção. Aloiso Cristovam Santos Jr. (2007) chama de "três expressões" do direito aqui discutido, quais sejam: a liberdade de crença, de organização religiosa e de culto, cada uma guardando suas peculiaridades, como será visto especificamente nos tópicos subsequentes.

Como bem sinaliza André Ramos Tavares (2017), de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, os direitos aqui assegurados, de primeira dimensão, devem ser observados pelo aspecto negativo, ou seja, concretizando um dever de abstenção por parte do Poder Estatal e de particulares.

No entanto, há que se falar também uma dimensão positiva, no qual, "o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas" (TAVARES, 2017, p.499). Ademais, deve propiciar oportunidades para o desenvolvimento de forma plural, e oportunizar as manifestações da liberdade pretendida.

Logo, "é evidente que a liberdade religiosa possui um necessário aspecto de defesa em face do Estado. Porém, não se pode deixar de reconhecer que também haverá prestações a ser realizado pelo Estado, consoante próprio texto constitucional" (TERAOKA, 2010, p. 141).

Há que se falar também nas dimensões subjetiva e objetiva. O aspecto subjetivo da liberdade religiosa, gira em torno do indivíduo ter ou não religião, crer em algo ou não crer,

permanecer ou mudar de crença ou de instituição. A dimensão objetiva por sua vez, relacionase à imparcialidade do Poder Público no aspecto político, encontrado fundamento na laicidade do Estado, conforme previsto expressamente na art. 19 da Constituição de 1988 (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2017; TAVARES, 2017).

Nesse sentido, cristalino é que o Estado Laico crie um terreno fértil para o fortalecimento e desenvolvimento da liberdade religiosa, principalmente a partir das evidentes intenções do constituinte originário 88 de não se portar como inimigo da religião, pois, existindo a neutralidade pelo Poder Público, a oportunidade para o pluralismo e manifestações livres de fé é criada.

Como bem esclarece Daniel Sarmento (2016, p. 311), "o Estado laico não é um Estado ateu, ele é simplesmente neutro no campo religioso. A laicidade estatal é garantia que robustece a liberdade religiosa afastando as coerções simbólicas ou indiretas".

De acordo com Alexandre de Moraes (2017, p. 53), "a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo".

Dessa maneira, para maior compreensão do direito aqui trabalhado, devem ser analisadas as três expressões específicas do complexo direito à liberdade religiosa. Frise-se que todas essas três formas trabalhadas a seguir encontram respaldo constitucional aqui no Brasil.

Ademais, a importante relação com a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, leva a necessidade de algumas notas.

2.2.3 Liberdade de crença

A liberdade de crença tem previsão normativa na Lei Fundamental, no art. 5°, VI, bem como no inciso VIII, onde é rechaçada qualquer tentativa de exclusão de direitos motivada pelo que o indivíduo escolheu crer.

Jose Afonso da Silva (2008, p. 93) pontua que as cartas de 1967/69 não dispuseram a liberdade de crença, referindo tão somente a de consciência. Contudo afirma ser acertada a previsibilidade de ambas, por não se confundirem.

Santos Jr. (2007, p. 56/57) aduz que "a liberdade de crença compreende a liberdade de eleger a religião que se deseje seguir, a liberdade para adorar qualquer culto religioso, a liberdade para deixar uma religião e ingressar noutra, e, ainda, a liberdade de não ter religião".

Não há qualquer limitação no que o indivíduo pode ou não acreditar. O direito aqui garantido permite qualquer tipo de crença, pode ser desde Deus até acreditar na divindade de

um animal. Nenhuma barreira pode ser criada sobre aquilo no qual a pessoa resolveu depositar sua fé.

Por outro lado, também reside aqui a proteção àqueles que optam pelo agnosticismo e ateísmo. Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p.30) classifica tal direito como a liberdade negativa de crença. Nas palavras do autor, "significa simplesmente o direito que tem o indivíduo de não acreditar em rigorosamente nada em termos de divindade, ser superior, vida após a morte etc.".

2.2.4 Liberdade de culto

A Norma Superior de 1988 também trouxe expressa previsão à liberdade de culto, garantindo a expressão material da liberdade religiosa. Tal garantia possui tanto o aspecto individual, quando coletivo, pois "o fenômeno religiosa comporta atos de devoção cúltica praticados pelo indivíduo solitariamente e atos de culto praticados pelo indivíduo em conjunto com outras pessoas" (SANTOS JR., 2007, p.57).

O culto para o crente é local de expressão da sua fé. É prestando o culto, seja em casa ou em um local específico, que o mesmo reafirma sua devoção e adoração àquilo que se acredita, tudo isso aliado à liturgia que se predispõe a seguir. É no culto que ocorre a prestação de ofertas de louvor e a conexão entre a Divindade e o indivíduo. Como bem percebe Márcia Sobrane (2010, p. 112), "a liberdade de culto é a exteriorização da liberdade religiosa, em geral mediante o ritual da fé que se professa em templos ou em qualquer outro local".

Nesse sentido, o inciso IV, do art. 5°, da CF/88, garante proteção não só à liberdade de culto, mas também aos locais de culto e às liturgias ali desenvolvidas. Frise-se que, desde que observado limites aceitáveis a qualquer direito fundamental, qualquer local pode se tornar o local de culto, recebendo, portanto, proteção constitucional.

É verdade o que afirma Jose Afonso da Silva (2008), no qual defende que ao realizar o culto em uma praça pública, por exemplo, aquela manifestação estaria mais abarcada pela liberdade de reunião do que pela liberdade religiosa. Contudo, a consideração supracitada tornase importante para afastar qualquer visão reducionista que traduz "local de culto", aqueles espaços tradicionalmente conhecidos, como Igrejas, Terreiros, Centros, etc.

Convém salientar que, diferente de outras Constituições, a CF/88 não restringiu o culto à observância da ordem pública e dos bons costumes, impedindo, portanto, que interferências viessem a ser realizadas utilizando-se desses conceitos genéricos (SILVA, 2008).

2.2.5 Liberdade de organização religiosa

A liberdade de organização religiosa manifesta-se como um direito coletivo dos grupos religiosos e seus relacionamentos com o Estado (SILVA, 2008). Segundo Santos Jr. (2007, p. 77), "o bem jurídico protegido pela liberdade de organização religiosa consiste, fundamentalmente, no direito de os grupos religiosos estabelecerem o seu modo de constituição e de funcionamento autonomamente".

Haveria completo prejuízo à liberdade de culto e, consequentemente, à liberdade de crença, se o Estado tivesse poder de interferir na forma como a organização religiosa se concebe. Nesse sentido, o inciso I, do art. 19, da CF/88, veda expressamente que todos os entes da federação estabeleçam (reforçando o aspecto laico), subvencionem ou criem embaraços aos cultos religiosos.

Nesse sentido,

o sistema de organização religiosa não pode ser dissociado do sistema litúrgico. O culto prestado pela coletividades religiosas também envolve aspectos umbilicalmente ligados ao sistema de organização. É a partir do sistema de organização, por exemplo, que se determina quem pode ou não participar do culto e quais as funções litúrgicas específicas desempenhadas por cada integrante da entidade religiosa: quem pode ministrar um sacramento, realizar um sacrifício, presidir uma cerimônia, usar a palavra etc. (SANTOS JR., 2007, p. 79).

Não se pode, sob pena de ferir de morte tal garantia constitucional, utiliza-se de maus exemplos para defender maior controle estatal nas organizações religiosas, haja vista que posicionamentos falaciosos não podem prevalecer sobre uma liberdade consagrada pelo constituinte originário. Segue-se, portanto, o posicionamento de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 32), no qual afirma que "o sistema normativo, tendo em vista o princípio da coerência, possui instrumentos aptos aos banimentos de práticas criminosas que se destinem ao mero e simples engabelamento de pessoas crédulas".

Dessa forma, os grupos religiosos são livres para se organizarem e se autodeterminarem.

2.2.6 Liberdade de expressão e liberdade religiosa

O direito fundamental à liberdade de expressão atua como plano de fundo da liberdade religiosa, haja vista que não só é garantido ao indivíduo crer, mas também do mesmo expressar sua fé (SANTOS JR., 2007).

De acordo com André Ramos Tavares (2017, p.488), "depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos". Nesse mesmo sentido, aponta o autor que tal liberdade não representa um fim em si mesmo, atuando como meio para a concretização de outros direitos.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2017) afirma que a liberdade religiosa é um desdobramento da liberdade de expressão - chamada pelo autor de liberdade de pensamento e manifestação, conceito mais amplo. Logo, conforme salienta Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 29), "a constituição também protege o direito de o crente divulgar a sua crença, seja ela qual for. Nenhum tipo de barreira poderá ser imposto ao exercício do direito à divulgação da crença, salvo se for hipótese de preceito religioso".

Resta cristalino, portanto, que a liberdade religiosa utiliza-se também da liberdade de expressão para se materializar enquanto um direito fundamental no campo da realidade. Impedir que o indivíduo exponha sua crença não é somente tolher sua liberdade de crença, mas também de expressão.

Vale ainda dizer que a expressão religiosa também se dá na reunião voltada para prestar culto. Ao se reunir, em qualquer lugar, o indivíduo não só tem assegurado a sua liberdade de culto, mas também deve ser preservada sua liberdade de expressão, principalmente quando o culto ocorre de forma pública e aberta para que outros possam não só ver, mas se sintam convidados a ingressar naquela liturgia que está sendo desenvolvida.

Aloisio Cristovam Santos Junior (p. 38, 2007), afirma que "a liberdade religiosa está visceralmente imbricada com a liberdade de pensamento, de modo que é inconcebível a existência de uma sem a outra".

2.2.7 Dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa

A Constituição de 1988 tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, expressamente prevista no seu art. 1, III, da CF/88. De acordo com Silva Neto (2008), não é possível dissociar a construção histórica da dignidade da pessoa humana do cristianismo, uma vez que passou-se a defender o homem como imagem e semelhança de Deus. Ainda segundo o autor, mesmo que não tenha ocorrido a incorporação como se conhece hoje, a atribuição de livre arbítrio fez esse contexto histórico da antiguidade o berço do conceito.

Outrossim, Sarmento (2016) pontua que lideranças religiosas estiverem como protagonistas de grandes movimentos em defesa da dignidade da pessoa humana. O autor cita

para exemplificar a Índia, com a resistência de Gandhi, e os Estados Unidos, cuja liderança pelos direitos civis dos negros contou com o reverendo Martin Luther King.

Ricardo Maurício Freire Soares (2018, p. 167) aduz que o ordenamento constitucional brasileiro foi diretamente influenciado movimentos de emancipação do ser humano, garantindo o respeito à dignidade e busca pela sua preservação. Essa influência será nítida com o advento da Constituição de 1988.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (p.60, 2006).

Nesse mesmo sentido, Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p.110) aponta precisamente que "a dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro".

Todos os direitos fundamentais encontram-se edificados sob a pedra de esquina que é a dignidade da pessoa humana. Por isso que, ao se negar ou violar um deles, estar-se-ia negando sua dignidade enquanto pessoa (SARLET, 2006).

Tais considerações são importantes e seus aspectos sobre a liberdade religiosa são evidentes, visto que, quando se fala de crença pessoal estamos falando de uma dimensão íntima e sensível do indivíduo. Existem aqueles que relacionam sua fé com sua condição de existência, estando prontos a oferecerem suas próprias vidas pela causa que acreditam ser a verdade, sem qualquer defesa ao radicalismo religioso que tira a vida de outros.¹

Como bem afirma Silva Neto (2008, p.114), "a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa".

¹ A história do Cristianismo, por exemplo, é recheada de homens e mulheres que ofertaram sua vida pela causa do evangelho. A carta aos Hebreus nos diz que "Alguns foram torturados, por recusarem ser libertados, movidos pela esperança de uma ressurreição mais gloriosa. Outros sofreram escárnio e açoites, cadeias e prisões. Foram apedrejados, massacrados, serrados ao meio, mortos a fio de espada. Andaram errantes, vestidos de pele de ovelha e de cabra, necessitados de tudo, perseguidos e maltratados, homens de que o mundo não era digno! Refugiaramse nas solidões das montanhas, nas cavernas e em antros subterrâneos. E, no entanto, todos estes mártires da fé" (Hebreus 11:35-39, BIBLIA DE ESTUDO PLENITUDE, 2009)

Merece ainda consideração a percepção trazida por Santos Jr. (2007, p.51), no qual afirma que

a importância de se compreender que a dignidade da pessoa humana também se traduz no respeito à sua dimensão espiritual-religiosa reside no fato de que, nas eventuais colisões entre direito à liberdade religiosa e outros direitos fundamentais, não se poderá, simplesmente, adotar a priori uma solução que negue o primeiro, sob pretexto de que a satisfação das necessidades materiais, por dizer respeito à própria sobrevivência do ser humano, deve prevalecer sobre a satisfação de necessidades espirituais.

Portanto, sob hipótese alguma, não se pode fazer um julgamento simplório e sem um devido juízo de ponderação em eventuais conflitos da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais, pois, qualquer decisão que julgue sem importância a crença do indivíduo, estará, por consequência, reduzindo sua dignidade enquanto pessoa, o que viola o ordenamento jurídico pátrio como um todo.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A dignificação da pessoa pelo trabalho, de fato, perpassa por uma mudança na concepção do que é trabalho. Em outros tempos, é bem verdade que trabalho esteve relacionado como castigo e como uma consequência aos menos abastados, pelo que carece de uma ressignificação (MARTINEZ, 2015).

Remete-se até mesmo à relatos bíblicos para justificar a estigmatizarão, utilizando a punição que o homem recebeu de Deus como consequência do pecado original.

Mas não é bem assim.

A hermenêutica bíblica nos leva a perceber que antes mesmo do fato pecaminoso o homem já tinha recebido do próprio Deus a incumbência de trabalhar. O versículo 2 do capítulo 2 do livro de Génesis, afirma que Deus colocou o homem no jardim do Éden para que ele pudesse lavrar e cuidar daquele local (BÍBLIA DE ESTUDO PLENITUDE, 2015). Ora, entende-se, portanto, que o trabalho não foi consequência do erro, mas uma consequência natural da criação², em que pese tenha-se criado essa ideia no senso comum. Podemos até mesmo afirmar que o próprio Deus foi o primeiro trabalhador, inclusive com direito ao descanso semanal.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego é um importante passo na tão pretendida dignificação do trabalhador. É verdade que seus efeitos guardam em si suas peculiaridades, como será visto mais adiante, pois a relação é essencialmente privada, no qual é celebrado entre as partes um contrato que lhes conferem obrigações e direitos recíprocos.

Ao trabalhador será assegurado o direito de ser remunerado pelo seu labor prestado. Ao empregador será disponibilizada a força de trabalho para o desenvolvimento sua atividade lucrativa. Do mesmo modo, ao patrão são conferidos poderes para organizar o ambiente de

² O que houve, após o pecado, foi a fadiga e penosidade, por isso mesmo a expressão "do suor do seu rosto comerás". Greg Gilbert e Sebastian Traeger (2015, on-line) explicam que "desde o princípio, a intenção de Deus era que os seres humanos trabalhassem. O trabalho não é uma consequência do pecado — embora nós experimentemos dias terríveis que nos tentam a pensar que ele é! A partir do momento que Deus criou Adão e Eva, ele lhes deu trabalho para fazer. Ele fez um jardim e lhes disse: "Trabalhem e tomem conta disso" (Gênesis 2.15). O trabalho que Adão e Eva deveriam fazer era perfeitamente prazeroso, um trabalho perfeitamente gratificante. Não havia qualquer fadiga entediante, nenhuma competição impiedosa, nenhum senso de futilidade. Eles faziam tudo como um serviço para o próprio Senhor, em um relacionamento perfeito com ele. O trabalho deles era só uma questão de colher as superabundantes bênçãos de Deus para eles! O pecado de Adão e Eva, obviamente, mudou isso".

trabalho para cumprir a finalidade que se pretende. Ao assalariado é garantido respeito aos direitos que lhe dignificam enquanto pessoa.

Por se tratar de uma relação entre particulares, fazem-se necessárias algumas considerações basilares antes o enfretamento do tema, conforme se verá nos tópicos futuros.

3.1 A FUNDAMENTABILIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, foi abordada brevemente a concepção dos direitos fundamentais, haja vista que a premissa básica desse trabalho é a análise de uma dessas garantias e seus desdobramentos. Compreender a dupla fundamentalidade em sentido formal e material é a porta de entrada para entender todos os efeitos causados por esses valores constitucionais.

De acordo com o alemão Robert Alexy (2015, p.520), no que se refere ao primeiro aspecto, "a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário".

Ingo Sarlet (2009, p.74) ensina que "a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio". Assim, o autor aponta como desdobramento a natureza supralegal, os limites formais e materiais da reforma constitucional e a aplicação e vinculação direta às entidades públicas e privadas.

Nesse diapasão, o aspecto formal repercute como efeito estruturante a organização do Estado brasileiro, funcionando como verdadeiros pilares da democracia e do Estado moderno, constitucional e democrático que se pretende ser.

"A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade" (SARLET, 2009, p. 75).

É a partir da materialidade constitucional que é possível não se engessar os direitos fundamentais, permitindo que o fato histórico continue sendo decisivo para o seu desenvolvimento. Em outras palavras, é a partir da fundamentalidade material que se permite o reconhecimento de direitos fundamentais que não estão previstos expressamente no rol trazido pela constituição escrita, haja vista que o objetivo maior que se persegue sempre é a valorização e promoção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do nosso ordenamento e um dos fundamentos da nossa república.

A própria Constituição de 1988, além de ter elegido um rol sob o tópico "dos direitos fundamentais", não deixou de trazer outros de forma pulverizada pela constituição e garantir, através da chamada "cláusula de abertura" que outros direitos pudessem ser incorporados à ordem jurídica. O conteúdo de tais direitos revela a sua natureza fundamental.

No caso do direito fundamental à liberdade religiosa, o mesmo é formalmente previsto no texto constitucional original, não sendo possível sua reforma para o retrocesso, muito menos sua supressão, por expressa vedação, estando no rol das chamadas de "cláusulas pétreas".

No entanto, o dever de acomodação patronal não é expressamente previsto, nem mesmo como um direito social do trabalhador, conforme extenso rol do art. 7º da CF. Contudo, além de ser um evidente desdobramento da liberdade religiosa dos empregados, o mesmo pode ser explorado a partir do seu conteúdo fundamental em consonância com o sistema e valores constitucional, bem como pela principiologia dos direitos fundamentais.

3.2 A PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A *priori*, compre esclarecer que a expressão "dimensão" foi substituída nesse tópico pelo termo "perspectiva", haja vista que utilizamos a primeira quando falamos da evolução dos direitos fundamentais, a fim de evitarmos utilizar o termo "gerações", como já apontado. Dessa forma, para evitar qualquer tipo de confusão, optamos pela expressão perspectiva subjetiva ou objetiva.

É cristalino que a compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais está intimamente ligada com as perspectivas que aqui serão trabalhadas. Conforme, já tratado no capítulo anterior, o Estado Liberal vem consagrar a não interferência do poder estatal nas relações privadas, preservando a plena autonomia entre os particulares.

Essa necessidade consagrou definitivamente a necessidade de estabelecer limites ao Estado, que culminou nos chamados direitos fundamentais. Logo, um dever de abstenção é firmado, tornando, assim, esses direitos uma verdadeira barreira protetora frente à eventuais violações que viesse a ser tentada pelo detentor do poder público.

É sobre essa base liberal que está fincada a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, que vincula a todos que detêm parcela do poder estatal, ou seja, legislativo, executivo (administração direita e indireta) e judiciário estão comprometidos com tais garantias, em todas as esferas, seja União, Estado ou Município (MENDES, 2012).

Assim, os "direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado" (SARMENTO, 2008, p.105). Logo, tais direitos desempenham a função clássica para qual foram concebidos originalmente. É o chamado *status negativos* (DIMOULIS E MARTINS, 2014).

De acordo com o magistério de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,

na relação jurídica de direito público que se cria entre o indivíduo e o Estado em função das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa (liberdade de alguma coisa, liberdade de certos imperativos definidos pelo poder público). De forma simétrica, o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto (p. 117, 2014).

Contudo, Ingo Sarlet (2009) defende que o direito subjetivo se estabelece através de uma relação trilateral, formada pelo titular, o objeto e o destinatário. Cria-se, portanto, um local de decisão do indivíduo. O autor ainda chama atenção ao fato dos direitos subjetivos não estarem reduzido às liberdades, apesar de reconhecer que essas são sua principal face.

Dentro da perspectiva subjetiva, não há espaço para vinculação de outro se não aquele que atua em nome do Estado, que terá por sua vez a obrigação constitucional de não interferir naquela garantia fundamental, fundadas, principalmente, na liberdade do indivíduo e na sua autonomia de vontade.

Ocorre que, como já mencionado no capítulo anterior, as transformações sociais e políticas, bem como a realidade marcada por uma sociedade profundamente desigual, além das reinvindicações dos trabalhadores, forçaram o Estado a adotar uma nova postura, abandonando a ideia de se envolver e se comprometer minimamente, pregado pelo liberalismo.

Como salientado nas lições de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 113), "o Estado foi convocado a intervir nos processos econômicos com o fim de garantir a liberdade possível para todos por meio da criação de pressupostos materiais para o exercício das liberdades previstas nos textos constitucionais".

A partir disso, a primeira observação a ser anotada é que a efetivação dos direitos fundamentais não pode ser somente uma responsabilidade do poder público, haja vista que o poder social também atua de forma assimétrica e, dessa forma, poderia ser vinculado aos valores fundamentais (SARMENTO, 2008).

É nesse cenário que se surge a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, ampliando vinculação a esses direitos, sem qualquer prejuízo a vinculação estatal. Ingo Sarlet

(2009, p. 151) afirma que "a transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito", somadas com a "conscientização da insuficiência concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos" são os principais catalizadores da constrição de uma visão objetiva dos direitos fundamentais.

Logo, "a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica" (SARMENTO, 2008, p.107). Isso acontece sem qualquer prejuízo à perspectiva subjetiva, pois a objetiva trata-se de uma interface mais ampliativa.

Nas lições de Paulo Bonavides, constata-se que

a concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demostra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado (2004, p. 569).

Daniel Sarmento (2008) ensina que perspectiva objetiva relaciona-se com a vida em comunidade e que os direitos fundamentais inspiram liberdade social. Entende-se, assim, que a lógica individualista deixará de ser exclusiva e uma visão mais sócio referenciada passará a ser buscada e aplicada nas relações.

Ainda de acordo com Sarmento (2008, p. 112), "sem embargo, a consagração explicita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais só ocorrerá sob a égide da lei fundamental de Bonn. O marco essencial é sem dúvida o julgamento do caso Luth". Julgado em 1958, pela Corte da Alemanha, a discussão versava sobre o direito de particulares realizarem um boicote ao filme com conteúdo nazista, que fora organizado pelo Clube de Impressa de Hamburgo Erich Luth.

No caso citado, houve aplicação a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, haja vista que o direito privado foi interpretado a partir de valores da Constituição, mesmo se tratando de uma relação onde o Estado não era o protagonista ou sequer tinha envolvimento no litígio.

Dessa forma, admite-se que "os direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes

para o legislador, a administração e o judiciário" (SARMENTO, 2008, p. 124). A ideia, portanto, rompe com a concepção de isolamento do direito privado e criam dois efeitos.

O primeiro é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Tal efeito refere-se ao alcance de tais direitos sobre a ordem jurídica. Nas palavras de Adriana Wyzykowski (2012, p. 82), a eficácia irradiante será "norteadora de todo o ordenamento jurídico, já que transmite os valores impregnados na sociedade para um melhor funcionamento da ordem jurídica".

É a partir desse efeito que todos os três poderes estão vinculados a garantir a devida proteção e manutenção dos direitos fundamentais. Na hermenêutica, a interpretação deve ser conforme a constituição, como principal consequência do efeito irradiante. Logo, não poderá o interprete analisar a norma infraconstitucional e dá entendimento que contraria os valores constitucionais (SAMENTO, 2008).

Importante a advertência trazida por Daniel Sarmento (2008), ao afirmar que não é somente nessa técnica que se limita o efeito irradiante. Aduz o autor que "através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento, e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional" (2008, p.125).

Outro desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a teoria dos deveres de proteção. Tal teoria será vista mais a frente quando forem examinadas demais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares. Contudo, pode-se afirmar que ela incube o Estado de não só violar tais direitos, mas de impedir, através da atuação, inclusive legislativa, que particulares venham a tolher garantias fundamentais que consagra a dignidade da pessoa humana.

Salienta Daniel Sarmento (2008, p.130) que "o dever de proteção, segundo a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode ser invocado tanto no caso de lesões ou ameaças a direitos fundamentais provindas de pessoas privadas". O Autor sinaliza que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil já aplicou tal teoria quando julgou o pedido de intervenção federal no estado do Mato Grosso

No caso mencionado, em que pese no mérito não tenha havido o deferimento do pedido de intervenção, os ministros fundamentaram a decisão afirmando que caberia ao Estado não só se abster para não violar direitos fundamentais, mas também para proteger e impedir que terceiros viesse a violar, ou seja, conclama-se o Poder Público a atuar positivamente na devesa das garantias dos indivíduos, não admitindo violação da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a perspectiva objetiva supera a visão estreia subjetiva, que mantém sua importância e relevância, para ramificar o alcance dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, que deve ser encarado como um todo e não com partes isoladas e

independentes, principalmente a parte dos princípios básicos e fundamentais da Constituição do Brasil, impedindo qualquer medida jurídica que, sem uma análise adequada de ponderação, venha a ferir de morte os valores constitucionais.

Assim, diante do desenvolvimento visão estritamente liberal, parte-se o desdobramento principal da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, manifestada em quatro teorias principais que respondem se cabe ou não vincular particulares aos direitos fundamentais.

3.3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sempre despertou grandes debates. Neste diapasão, serão abordadas a seguir as quatro correntes principais sobre a também chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, iniciando-se pela teoria negativa, perpassando pela eficácia indireta, a direta e a teoria dos deveres de proteção.

3.3.1 A negação da eficácia e a teoria da State Action

A corrente que nega a eficácia dos direitos fundamentais sobre relações privadas tem suas origens na Alemanha e foi desenvolvida para refutar a ideia da eficácia horizontal. Em que pese tenha sido abandonado pela jurisprudência alemã, tal teoria ganhou forma nos Estados Unidos, principalmente pela forte influência do liberalismo e do federalismo, como será discutido mais adiante.

De acordo com Vinícius Cardona Franca (2009), a corrente negativa se estabelece definitivamente através da jurisprudência dos Estados Unidos, com o nome de *State Action Doctrine*. A ideia era manter a concepção clássica dos direitos fundamentais, ou seja, uma interpretação pela ótica liberal, cujo sujeito passivo, necessariamente, deve ser tão somente o Estado.

A teoria *state aciton* nega, portanto, todo o desenvolvimento histórico no qual foram submetidos tais direitos. É desse modo, uma concepção para no tempo, pois se recusa a perceber que a lógica de proteção dos direitos fundamentais dentro de uma visão estritamente liberal se encontra esvaziada, haja vista a concentração de poder fora do Estado, bem como com o surgimento do capitalismo.

Para além da defesa ideológica liberal, Sarmento (2008) afirma que os defensores da teoria negativa utilizam o pacto federativo, aspecto político muito forte nos Estados Unidos,

principalmente quando comparado com o Brasil. O autor (p.189, 2008) explica que a corrente negativa aduz "que *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas".

Contudo, Daniel Sarmento (2008) esclarece que a partir de 1940 a Suprema Corte começou a flexibilizar a teoria, deixando a negação absoluta para admitir em casos específicos.

Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se e tão somente o particular se encontrar investido do desempenho delegado de alguma função típica *(public function theory)* ou se em sua conduta puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos (FRANCA, p.122, 2009).

Um caso interessante e com pertinência temática, apreciado pela Suprema Corte americano foi o *Marsh x Alabama*, em 1946. No caso, uma empresa privada que construiu uma espécie de "cidade planejada" em terras de sua propriedade, buscava o direito de proibir Testemunhas de Jeová de realizarem evangelização no interior do seu reduto particular. A Corte entendeu ser invalida tal proibição, pois, ao construir uma cidade, o particular se equiparou ao Estado, se submetendo ao direito fundamental a liberdade religiosa (SARMENTO, 2008).

O fato é que, em que pese não se negue ser somente sujeito passivo dos direitos fundamentais o poder público, a jurisprudência norte-americana tem admitido que aqueles que exercem poder em nome do Estado ou atividade semelhante a esse venha a ser vinculado à proteção fundamental.

No Brasil ambos os argumentos utilizados para defender a teoria não prevalecem dentro do ordenamento jurídico. Como já mencionado, o federalismo no Brasil tem suas peculiaridades e uma delas é que não é dado poder aos Estados da federação legislar sobre direito civil e, além disso, a supremacia e imposição de observância constitucional são impostas a todos os entes, inclusive leis estaduais e locais podem ser excluídas do ordenamento se incompatíveis forem a Lei Fundamental.

Quanto ao aspecto social, é pacífico que a Constituição de 1988 não optou pelo puro liberalismo, pois assumiu uma postura vinculada ao Estado Social, ou seja, que induz o poder público não só a abstenção, mas a prestação para a proteção dos direitos fundamentais e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Conforme salienta Ipojucan Demétrius Vecchi,

os fundamentos constitucionais para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro são vários: a força normativa da Constituição; o reconhecimento do patamar hierárquico superior às normas constitucionais; o caráter unitário do ordenamento jurídico; o caráter objetivo (normativo) dos direitos fundamentais; a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5°, 1°, da CF de 1988); o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a consequente necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1°, III, da CF de 1988); a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts. 5°, XXIII; 170, caput, 186 e 1°, IV, da CF de 1988) e o valor social do trabalho (art. 1°, IV, da CF de 1988) (2011, p.115).

Cumpre salientar que as razões expostas por Vecchi será revisando ao longo do presente trabalho, tendo a citação o objetivo de trazer um resumo das razões para rejeitar a teoria *state* action.

Nesse momento, o que importa afirmar é que a realidade brasileira marcada por profundas desigualdades não pode ser compatível com uma teoria que despreza a proteção a dignidade das pessoas por parte de todos os agentes envolvidos em construir uma sociedade justa e igualitária. Excluir os particulares do dever de respeitar e proteger os direitos fundamentais é frontalmente contrário à perseguição empreendida pela Carta do Brasil.

Dessa forma, não há o que se falar em defesa da negação completa dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, visto que definitivamente não foi essa a opção constitucional que se fez no nosso país. Assim sendo, vejamos as três teorias positivas acerca da vinculação dos particulares.

3.3.2 A eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

A corrente da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não nega, necessariamente, a vinculação de particulares a essas garantias, mas assumem uma postura mais conversadora e tímida, como será demostrando nas linhas a seguir.

A eficácia mediata surge no intuito de contrapor a corrente que pregava a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Tem seu berço na Alemanha e foi desenvolvida sob alegação de não sufocar a autonomia privada, bem como evitar a destruição do direito privado (SARMENTO, 2008).

Aduz Rholden Botelho de Queiroz que

os direitos fundamentais não passam a ser direitos absolutos a vincular diretamente os particulares, o que implicaria uma invasão e socialização do Direito Privado e, consequentemente, a perda de sua autonomia, a intromissão do Estado em âmbitos de atuação, até então, livres dos indivíduos, o aumento da insegurança jurídica e uma limitação da liberdade contratual. (2006, p.186)

Observe-se, portanto, que a teoria indireta agrada, principalmente, aqueles de defendem uma concepção clássica dos direitos fundamentais, em contraponto aos defensores da incidência direta, conforme será visto mais adiante.

Contudo, salienta Sarmento (2008, p.199) que a diferença principal entre a corrente negativa e a teoria que defende a eficácia mediata, é que, segundo o autor, a segunda reconhece que "os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume".

A defesa de uma teoria intermediária traz algumas consequências no momento de aplicação, haja vista que não se admite aqui que particulares são automaticamente sujeitos passivos dos direitos fundamentais, mas podem está vinculados, desde que seja observado o procedimento que não façam menosprezar o direito privado.

Assim, o ponto chave da teoria indireta é que os direitos fundamentais são protegidos pelas armas do direito privado, desde a intervenção até sua interpretação, afastando, portanto, qualquer aplicação a partir do direito constitucional (WYZYKOWSKI, 2012).

Logo, de acordo com essa teoria, "os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico" (MENDES, 2012, p. 144).

Juan María Bilbao Ubillos (2005) aduz que, para essa corrente, ao legislador é dado a tarefa de realizar uma "acomodação razoável" nos conflitos que envolva os direitos fundamentais e outros valores, buscando um equilíbrio e evitando a subtração do direito privado. Observe-se que, a vinculação dos particulares se dará por intermédio da lei - por isso o reforço da figura no legislador nessa teoria - e não pela aplicação direta do texto constitucional.

É bem verdade que tal teoria não admite que normas de direito privado viole direitos fundamentais, contudo, abre espaço para que elas não se vinculem necessariamente a sua proteção. Logo, argumentos de que "a lei não prevê" poderiam ser invocados para se esquivar, criando um verdadeiro escudo de proteção contra a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

No entanto, não se deixa de trazer as atribuições a serem desempenhadas pelo Judiciário, de acordo com essa corrente. É bem verdade, no entanto, que se busca limitar esse papel, haja vista que defende-se que, pelo Juiz, a aplicação dos direitos fundamentais em relações

particulares se dará apenas na interpretação de cláusulas e normas gerais, cujo conteúdo não seja determinável (DIMOULIS E MARTINS, 2014).

Dimoulis e Martins (2014) chamam tais aberturas, metaforicamente, de "portas de entrada", pois são através delas que os direitos fundamentais ingressam no direito privado. Pode-se dizer, dessa maneira, que as normais e cláusulas gerais atuam como uma espécie de autorização ao direito constitucional, ponto a ser questionado mais adiante.

Ainda assim, de acordo com Sarmento (2008) alguns civilistas alemães afirmam que muito poder foi dado ao juiz constitucional, permitindo uma invasão desses magistrados sobre o direito privado e o juiz cível. Tal crítica, por exemplo, não encontra nexo com a realidade brasileira pelo simples fato de não existir dois tipos de categorias de juízes.

Dessa maneira, entende-se que essa teoria não leva em consideração os poderes desproporcionais que podem ser exercidos por particulares, em nome da preservação da autonomia dos indivíduos, deixando o legislador ordinário responsável pela intermediação. Contudo, principalmente a partir de uma análise do nosso ordenamento e de todas as vontades exprimidas na Constituição de 88, em que pese não rechaçada como a teoria negativa, não parece ser a intenção do constituinte originário uma posição "em cima do muro".

3.3.3 A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

O berço da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é a Alemanha, inclusive sendo anterior à defesa da eficácia mediata, conforme já explanado no tópico anterior. A defesa da teoria foi realizada por Hans Carl Nipperdey, na década de 50 (SARMENTO, 2008).

Como já mencionado no capítulo anterior, as transformações ocorridas em todo mundo, levaram o surgimento do Estado Social, pautado, principalmente, na dignidade da pessoa humana, forçando uma maior preocupação em garantir a perseguição por justiça social, onde os indivíduos possuem, não só formalmente, mas materialmente, igualdade no exercício dos direitos subjetivos (SARLET, 2015). Logo, chegou-se à conclusão que o Estado não deveria se abster totalmente, mas também deve prestar e interferir para garantir um Estado de Direitos para seus cidadãos.

Contudo, ter somente o Estado vinculado aos direitos fundamentais representaria um grave prejuízo ao seu real significado de existência, a partir do novo contexto social, haja vista que o poder privado torna-se igualmente imponente para praticar violências e opressões,

principalmente no contexto de profundas desigualdades socioeconômicas (SARMENTO, 2011).

Ingo Sarlet leciona que

no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores (2015, p. 395).

É nesse contexto que surge a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois é constado que "o Estado não é o único protagonista de transgressões aos direitos individuais" (SILVA NETO, 2013, p. 678).

Exemplo sempre citado na doutrina (SARMENTO, 2008; WYZYKOWSKI, 2012) relata que na Alemanha se invocou a eficácia direita pelo Tribunal Federal do Trabalho, no qual, invalidou a cláusula contratual que determinava que enfermeiras não pudessem contrair matrimônio. O Tribunal aplicou a norma fundamental diretamente naquela relação privada sem a intermediação de normais infraconstitucionais.

Cumpre dizer, no entanto, que atualmente a jurisprudência alemã não aplica mais a eficácia direta, tendo sido substituída pela mediata, cujo nascimento se deu justamente para fazer um contraponto à essa corrente. Ainda assim, a teoria que defende a imediaticidade prevalece na Espanha, em Portugal, na Itália, e no Chile, por exemplo. (WYZYKOWSKI, 2012; UBILLOS, 2005).

Essa teoria guarda em si algumas premissas básicas e importantes que justificam sua defesa. Sem negar a função clássica dos direitos fundamentais, ela reconhece que outros atores sociais possuem poderes suficientes para violar a dignidade das pessoas.

Trata-se, portanto, de uma concepção que amplia o rol de sujeitos passivos dos direitos fundamentais, pois, para além do Estado, particulares também serão vinculados a eles. É bem verdade que existem aqueles direitos que, essencialmente, não podem ser exigidos numa via horizontal, pois são fundamentalmente ligados ao Poder Público. Do mesmo modo, que se deve ponderar a autonomia das partes e as liberdades individuais.

Contudo, relações privadas marcadas por desigualdade entre os sujeitos daquela relação criam uma falsa autonomia e ideia de liberdade. "Esta falta de "simetría" permite que la parte

que por razones económicas o sociales se encuentra en "posición dominante" condicione la decisión de La parte "débil" (UBILLOS, 2005, p. 235).

Destarte, as normais de direito privado não podem simplesmente não violar direitos fundamentais, cabe a ela, em virtude da penetração por todo ordenamento dos valores constitucionais, também proteger as garantias dos indivíduos. Com efeito, os particulares também estariam vinculados, principalmente em cenários onde é latente o desequilíbrio entre as partes envolvidas (SARMENTO, 2008).

Contudo, não é esse o entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014), pois, para esses autores, conferir uma atribuição constitucional a um particular tem apelo retórico, mas não dogmático. Os autores afirmam que somente pela eficácia indireta cabe os particulares respeitarem direitos fundamentais e, caso venham a violar, são as normas criadas pelo legislador ordinário que devem ser aplicadas. Ainda segundo os professores, não há previsão constitucional para uma aplicação direta. Por fim, afirmam que a eficácia horizontal só pode ser aplicada, pelo magistrado, através do efeito de irradiação, ou seja, pela via indireta,

Entretanto, uma realidade brasileira impõe algumas notas importantes a serem feitas e outras paixões a serem abandonadas. Pois bem.

A supremacia constitucional é uma opção feita no ordenamento jurídico pátrio. Merece a leitura as considerações trazidas por Dirley da Cunha Jr. (2010, p. 36):

Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõemse à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são ínitos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.

Não há o que se falar em "colonização" do direito privado e sim em constitucionalização do direito privado. Toda a legislação infraconstitucional deve está sob o manto inviolável da constituição. Bem assegura Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 93) que "não se pode entender o direito civil sem o necessário suporte lógico do direito constitucional". Ainda de acordo com os autores citados (idem), "a Constituição Federal, consagrando valores (...) deixa de ser um simples documento de boas intenções e passar a ser considerado um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral".

A propriedade privada não é mais entendida como um direito absoluto e estar condicionada a cumprir com sua função social. Os contratos não podem ser encarados como

renuncia à dignidade. Definitivamente, a lógica privatista foi rompida e todos devem atuar para a perseguição do bem comum. Ora, a norma que garante respeito à propriedade e à autonomia da vontade sustentam-se sobre o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Chama-se ainda atenção para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme já discutido em tópico pretérito. Tal perspectiva afirma que essas garantias alcançam todo o ordenamento, penetrando em todas as esperas e relações, não se limitando a Estado-indivíduo.

Como bem salienta Daniel Sarmento (2008, p. 245), "o direito não deve ser instrumento de manutenção do status quo, mas uma ferramenta voltada para a promoção da justiça e da liberdade". Logo, os detentores de poder social têm a incumbência de contribuir para um ambiente social justo, pois mazelas sociais alcançam de forma solidária a todos.

É certo que a concretização do respeito aos direitos fundamentais é prioritariamente ao Estado e ainda não seria equivocado admitir a intermediação do legislador na busca de efetivar os valores constitucionais, através da elaboração de normas infraconstitucionais.

No entanto, diante de constrangimentos criados pelo particular, não se pode se esquivar de garantir uma análise do caso a partir dos direitos fundamentais, criando até mesmo a falsa concepção que, ao se submeter aquela relação jurídica, o indivíduo renunciou tacitamente suas liberdades.

Não se trata de uma defesa radical sem qualquer juízo de ponderação. A análise do caso concreto fará que o juiz só pese entre eventuais conflitos existentes e fundamente sua decisão utilizando os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme ensinamentos de Robert Alexy (2015), pois os particulares enquanto sujeitos passivos, também são titulares de direitos fundamentais.

Daniel Sarmento (2008) chama atenção para o grau de poder envolvido na relação, pois quanto mais elevado for o poder de umas das partes da relação privada, mais forte incidirá os direitos fundamentais, ou seja, relações de emprego e de consumo são ambientes propícios, por exemplo, para se defender a eficácia direta, conforme se verá mais adiante.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi lenta no processo de reconhecimento da eficácia direita dos direitos fundamentais. O primeiro julgamento que desafiou o tema foi do Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS³. No caso, a Corte entendeu que houve violação de

³ DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora

uma associação ao excluir um associado sem o devido processo leal. Contudo, os ministros não encamparam explicitamente a tese da eficácia direta.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, o STF entendeu violar o direito fundamental a igualdade o fato de uma empresa francesa só aplicar o estatuto da companhia, que previa diversos benefícios, somente a empregados franceses. Ainda assim, a Corte não assumiu uma franca posição⁴, em que pese a defesa categórica de alguns ministros como Celso de Mello, que defendeu abertamente a incidência imediata.

Contudo, no julgamento de no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, o Supremo Tribunal Federal, sob a divergência do ministro Gilmar Mendes, firmou entendimento que "os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados" (STF, 2006, p.557)⁵.

torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (STF, 1996).

⁴ CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1°; C.F., 1988, art. 5°, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1°; C.F., 1988, art. 5°, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido (STF,1996).

⁵ SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força

Nesse mesmo sentido, no julgamento da ADI nº 4.815/DF, no qual se discutiu a necessidade de exigência previa de autorização para biografias, o Plenário do STF aplicou diretamente o direito fundamental à liberdade de expressão em relações privadas, pois a discussão do caso envolvia diretamente particular, através do código civil (STF, 2015).

No Julgamento do Agravo Regimental nº 1008625, de relatoria do Ministro Fux, mais uma vez o STF firmou posição acerca da eficácia direta. É trecho do acórdão:

as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas (STF, 2017).

Definitivamente, não há que se falar mais em uma posição velada da Suprema Corte do Brasil.

Sendo assim, importa dizer que o presente trabalho se filia a Daniel Sarmento (2008), Ingo Sarlet (2009), Adriana Wyzykowski (2012), Juan Ubillos (2005), Manoel Jorge e Silva Neto (2016), Dirley da Cunha Jr (2017), Carlos Bezerra Leite (2017), Luis Roberto Barroso (2015), Jonatas Eduardo Mendes Machado (2010), pois acredita-se na eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive criando-se deveres aos particulares, conforme se explanado no próximo capítulo.

normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades

fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5°, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF, 2006).

3.3.4 A teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção já foi mencionada nesse trabalho, quando mencionado os desdobramentos de se admitir a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Aqui convém apresentar ela como uma quarta teoria que responde eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Com origens na Alemanha, a teoria nasce para tornar o Estado vinculado não só a se abster para não violar, mas a criar mecanismos de proteção aos direitos fundamentais.

Para essa teoria, segundo Sarmento (2008), o desdobramento dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre como consequência dessa obrigação que o Estado possui de proteger o indivíduo de violências praticadas por outros particulares. Nesse caso, recorre-se a autoridade do legislador ordinário para que crie os instrumentos adequados de proteção.

Paula Sarno afirma que "o legislador privado, agente estatal, tem o dever de observar e defender os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade das leis por ele criadas" (2007, p. 112). Contudo, ainda de acordo com a autora, não haveria vinculação direta dos particulares com os direitos fundamentais, senão pela intermediação do legislador.

É dentro dessa concepção que podemos perceber que a teoria dos deves de proteção aproxima-se da corrente que defende a vinculação indireta, pois, de certo modo, cria-se uma vinculação ao particular somente de forma reflexa e se criada a obrigação por lei infraconstitucional, oferecendo em troca dessas desvantagens um dever do Estado em garantir a proteção.

Contudo, Sarmento (2008) não acredita que tal teoria representa uma incompatibilidade ou contradição coma eficácia direta, pois, sendo ele, ambas têm a premissa que o particular pode ser um agente de violação de direitos fundamentais.

3.4 AS RELAÇÕES DE EMPREGO E A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As relações de emprego é um ambiente de inequívoca desigualdade. De um lado, termos um sujeito dependente economicamente, do outro lado, alguém detentor de poder social e econômico. A assimetria nessa relação é de fato criada dentro da legalidade. É verdade que a qualquer momento uma das partes pode romper o contrato, mas só uma delas não terá dificuldade em rapidamente promover a substituição, no caso o empregador.

Nesse sentido, Bezerra Leite (2017, p.142) ensina que "as relações de trabalho subordinado são marcadas pela desigualdade entre os particulares, de um lado o empregador, que detêm o poder empregatício, e do outro, o empregado, hipossuficiente e vulnerável". Chame-se atenção ao fato da própria legislação infraconstitucional garanti poderes legítimos ao empregador.

Maurício Godinho Delgado (2007), por sua vez, chama atenção da valorização do trabalho como um dos objetivos fundamentais da nossa constituição. Entende-se a partir de então um valor ético relevante para a construção da dignidade do homem.

Dessa forma, nada mais evidente que a defesa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego, haja vista a grande assimetria entre o poder do empregador versus o do empregado (SARMENTO, 2011).

O fator social também não pode deixar de ser considerado. Vivemos em uma sociedade profundamente desigual e injusta, nada mais natural que haja repercussão de direitos que materializa a dignidade da pessoa humana nas relações de emprego, principalmente no cenário onde a demanda por vaga de emprego é superior à oferta⁶, sendo um trabalhador facilmente substituído caso não opte em silenciar-se diante de abusos cometidos. Ou seja, cenário favorável à violência contra a parte mais vulnerável na relação, qual seja o trabalhador.

Daniel Sarmento (2008, p. 238) vai além e afirma que "a elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço passado escravocrata do país". O rompimento dessa lógica absurda perpassa diretamente pela mudança de mentalidade da relação empregatícia⁷.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento de Adriana Wyzykowksi (2012, p. 113) "a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego funcionaria como meio de driblar as desigualdades promovidas no ordenamento brasileiro, principalmente no tocante às injustiças sociais cometidas contra o trabalhador".

Observe-se que a relação privada aqui estabelecida é marcada por características que torna ainda mais evidente (e necessária) a incidência dos direitos fundamentais, quais sejam a subordinação e a dependência econômica. Da primeira é que se extrai o poder de mandar do

⁶ Atualmente, no Brasil, existem mais de 12 (doze) milhões de desempregados. O índice oficial chega a 13.1% em janeiro de 2018 (IBGE, 2018).

⁷ Basta observar as reações dessa elite a Lei das domésticas, que, basicamente, concedeu direitos trabalhistas a essa categoria que há muito tempo foi subjugada, submetida ao quarto sem ventilação e a exploração em troca de "teto e comida", realidade essa frequente com meninas vinda do interior, no qual eram ofertadas melhores condições de vida, mas a realidade era a exploração gratuita da mão de obra. Uma verdadeira excrecência moderna da realidade do nosso país.

empregador e o dever de obedecer do empregado. Na segunda, é a constatação que é através da remuneração que pretende receber, fruto do trabalho prestado, que o trabalhador terá condições de subsistência (GOMES, 2008).

Ora, ainda que a relação seja estabelecida no plano horizontal, ao empregador é conferido poder de dirigir, disciplinar, fiscalizar, punir, bem como de rescindir o contrato de trabalho a qualquer tempo sem a necessidade de justificar sua decisão, pois, pode fazer uso do direito potestativo que lhe foi investido (BARROS, 2016). Importante mencionar ainda o poder econômico que torna ainda mais a relação entre as partes desse tipo de contrato privado desigual (WYZYKOWSKI, 2012).

Frise-se que a defesa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais ganha força a partir do fato do Brasil não possui um sistema de proteção ao emprego. A vontade Constitucional para tanto foi substituída por uma indenização, salvo exceções como gestante, dirigente sindical, membro da CIPA e portadores de doenças graves. A regra geral é que o empregador pode a qualquer tempo rescindir o contrato de trabalho sem qualquer motivo ou justificativa. Tal situação só reforça quem de fato detém o poder e autonomia nessa relação⁸.

Ademais, resta cristalino a natureza privada do contrato de trabalho, onde o obreiro cede sua força de trabalho para o empregador, que através do poder de direção exercerá controle e manterá a ordem para realização de determinada atividade sob a garantia da devida remuneração. Contudo, conforme o magistério de José João Abrantes,

o carácter privado do contrato de trabalho não lhe retira a sujeição à ordem constitucional e, por isso, a lógica que lhe está subjacente terá sempre por limites a dignidade humana e os direitos fundamentais. Estes constituem barreiras inultrapassáveis ao poder de direcção do empregador e à correlativa subordinação jurídica do trabalhador, que não podem limitar arbitrariamente esses direitos, constitucionalmente garantidos. Direitos como o de não ser discriminado, o direito à intimidade da vida privada, as liberdades ideológicas e de expressão são directamente aplicáveis às relações entre o trabalhador e a empresa (2005, p. 174)

Destarte que, "ao ingressar numa relação de trabalho, além de trazer consigo todos os direitos fundamentais inerentes a sua condição de pessoa, agrega os que a lei lhe garante como trabalhador" (GEMIGNANI e GEMIGNANI, 2009, p. 25). Entendimento contrário levaria a

⁸ A famigerada Lei 13.467/2017, chamada de "Reforma Trabalhista", ampliou a autonomia do empregado, tanto na esfera coletiva, quanto na individual, ampliando consideravelmente o rol de possibilidades de negociação, ainda que estabeleça condição inferior ao que a lei conferiu como regra geral, até mesmo em temas que envolvem não só a valorização do trabalho, mas a própria saúde, como é o caso do labor em locais insalubres. Essa ampliação é perversa, pois coloca o trabalhador fatalmente em condição de vulnerabilidade e despreza sua hipossuficiência. O tema é polêmico e desafia pesquisa própria.

entender que o empregado deveria deixar toda sua dignidade na porta da empresa, funcionando como uma máquina, o que não é admissível, pelo menos não no nosso ordenamento jurídico.

Abrantes (2005, p. 186) diz que "o trabalhador, ao entrar na empresa, não perde sua condição de pessoa e de cidadão (...) a autoridade do empregador não tem caráter absoluto; visa apenas assegurar o bom funcionamento da empresa e a execução do contrato".

Não se está defendendo, contudo, uma aplicação sem razoabilidade e proporcionalidade. Basta pensar que empregador e empregado possui direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. No entanto, não se poderá optar pelo simples caminho que sacrifique o trabalhador sem qualquer juízo de ponderação ou esforço para acomodar, conforme será discutido no próximo capítulo.

Vale ainda trazer à baila o argumento da função social da empresa. Ora, como dito em tópico pretérito, não existe no ordenamento brasileiro um direito absoluto de propriedade. Com efeito, as empresas também estão vinculadas a cumprir com a função social, conforme expressa previsão constitucional no art. 186, IV (SANTOS JR., 2013).

A promoção da dignidade do trabalhador e da valorização do trabalho humano materializa a função social da empresa, pois não basta garantir emprego para gerar números estatísticos, haja vista que se por trás dos índices existirem empregadores tendo sua dignidade ceifada, haverá uma grave falha no sistema. Não há como não vincular as empresas ao não comprometimento com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sedimentando a questão, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem demonstrado entendimento a favorável a vinculação dos empregadores aos direitos fundamentais dentro do ambiente laboral.

No julgamento do Recurso de Revista nº 994001320095090093, sob relatoria do ministro José Roberto Freire Pimenta, o Tribunal trabalhista testificou sua jurisprudência ao reafirmar o entendimento acerca da vinculação direta dos empregadores aos direitos do trabalhador enquanto cidadão. Merece leitura trecho do acórdão do referido julgamento:

A Constituição Brasileira de 1988, reconhecida mundialmente pelo seu caráter democrático e garantidor de direitos humanos, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil.

Ademais, institui, no rol dos direitos individuais do cidadão, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. No seu artigo 170, caput, erige o trabalho humano como fundamento da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna.

A doutrina moderna, de maneira pacífica, entende que os direitos individuais consagrados na Constituição não se limitam mais somente à relação entre Estado e cidadão

Hodiernamente, os direitos fundamentais são dotados de eficácia horizontal, devendo ser observados, também, nas relações privadas (TST, 2017).

Nessa mesma perspectiva, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 9492720165170014, sob relatoria do ministro Maurício Delgado, o TST entendeu que "para a Constituição de 1988, não há dúvida de que os princípios, regras e direitos fundamentais constitucionais aplicam-se, sim, às relações entre particulares, inclusive às relações empregatícias" (TST, 2018)⁹.

9 AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017 . DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. RETALIAÇÃO AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA EM DESFAVOR DA EMPREGADORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/TST QUANTO AOS DADOS FÁTICOS CONSIGNADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. Para a caracterização do dano moral, é preciso a conjugação de três requisitos: a comprovação do dano; nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido; e a culpa (tendo o art. 927 do Código Civil introduzido, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva, sem culpa, nas situações mais raras aventadas por aquela regra legal). Enfatiza-se, ainda, que o princípio antidiscriminatório está presente no Título I da Constituição da República (art. 3°, IV, in fine), no Título II, Capítulo I (art. 5°, caput, III e X) e no Título II, Capítulo II (art. 7°, XXX até XXXII), vinculando as entidades da sociedade política (Estado) e da sociedade civil (instituições, empresas e pessoas). Outrossim, a Convenção nº 98 da OIT (ratificada pelo Brasil desde a década de 1950) repele atos de ingerência à liberdade sindical (art. 2.1. e 2.2) ou atos que prejudiquem o trabalhador, "por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais" (art. 1º, 1 e 2, b, Convenção nº 98 da OIT). Para a Constituição de 1988, não há dúvida de que os princípios, regras e direitos fundamentais constitucionais aplicam-se, sim, às relações entre particulares, inclusive às relações empregatícias (eficácia horizontal). Desse modo, caso fique comprovada a conduta discriminatória do Empregador, incidem os preceitos constitucionais civilizatórios tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito, com as consequências normativas pertinentes. Na hipótese, contudo, o Tribunal Regional manteve a sentença que rejeitou o pleito reparatório, por verificar, a partir da detida apreciação do conjunto fático-probatório produzido nos autos, que não restou comprovado o caráter discriminatório da dispensa do Reclamante. Nesse contexto, a Corte de origem, sopesando os depoimentos testemunhais apresentados por ambas as Partes, consignou as seguintes conclusões: "- na época da dispensa do reclamante e de seus colegas de função, a reclamada estava reduzindo seus quadros, tanto que não contratou outros empregados para substituí-los, fato este confirmado por ambos os depoentes; - embora a primeira testemunha ouvida não confirme a tese patronal de que o empregado tinha baixa produtividade, corrobora com a assertiva de defesa segundo a qual estavam ocorrendo várias outras dispensas na mesma época, inclusive de trabalhadores que não ingressaram com ação em face da ré, a exemplo da própria testemunha, ou seja, confirma a alegada redução do quadro de empregados de forma geral; - por sua vez, a testemunha da reclamada disse que o autor era um bom empregado, avaliação esta dotada de alto grau de subjetividade e que não afasta o poder diretivo do empregador de dispensá-lo imotivadamente, nem leva à conclusão de que a rescisão foi discriminatória; - não obstante a primeira testemunha ter relatado rumores de que a dispensa do autor decorreu do ajuizamento de ação anterior, tais declarações não foram provenientes da reclamada ou seus prepostos, mas sim dos demais colegas. Boatos perpetrados entre os próprios empregados não podem ser tidos como prova contra a reclamada, sobretudo quando os fatos levam a crer que estava ocorrendo redução do quadro de trabalhadores; - a despeito de a testemunha patronal ter dito que no setor de limpeza, somente aqueles que propuseram ação individual em litisconsórcio foram demitidos, em seguida esclarece que houve dispensa em outros setores. Sem falar que a testemunha obreira relatou ter ocorrido demissões a empregados que não tinham ação anterior; - a afirmação da testemunha da ré de que os empregados de outros setores recebem adicional de periculosidade e da área de limpeza não (somente insalubridade) em nada interfere na conclusão acima exposta. Vale lembrar que restou provado que os cortes no quadro de empregados estavam ocorrendo em diversos setores, independentemente do ajuizamento de reclamatória anterior pelos empregados". Ora, não se desconhece que a represália ao exercício de direito garantido ao trabalhador, caso constatada, revela a face discriminatória da ruptura contratual e possibilita a ocorrência das consequências normativas pertinentes, tais como a reintegração e a fixação de indenização por dano moral. Nesse contexto, o empregador, ao adotar essa prática, extrapola o limite do poder diretivo de livre contratação e despedida de trabalhadores, conforme o regime celetista. Essa, contudo, não é a hipótese dos autos, porquanto o contexto fático delineado pela Corte de origem - insuscetível de revisão a teor da Súmula 126/TST - deixa claro que não restou comprovada a vinculação da dispensa ao fato de o Obreiro,

juntamente com outros empregados, terem ajuizado ação contra a empresa Reclamada. Ademais, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, a ausência dos elementos configuradores da dispensa

Dessa maneira, não há como excluir do ambiente laboral a necessidade de aplicação, proteção e concretização dos direitos fundamentais, haja vista que o empregado não renuncia a sua condição enquanto pessoa ao ceder sua força de trabalho em troca de remuneração.

Há que examinar a partir de agora, consequências concretas dessa vinculação do empregador ao direito fundamental à liberdade religiosa, sob a perspectiva da teoria do dever de acomodação razoável. É que será discutido no próximo e conclusivo capítulo.

discriminatória e, por conseguinte, de dano moral a ser reparado, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório constante dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Como se sabe, no sistema processual trabalhista, o exame da matéria fática dos autos é atribuição da Instância Ordinária, quer pelo Juízo de Primeiro Grau, quer pelo TRT. Sendo o recurso de revista um apelo de caráter extraordinário, em que se examinam potenciais nulidades, a interpretação da ordem jurídica e as dissenções decisórias em face da Jurisprudência do TST, somente deve a Corte Superior Trabalhista se imiscuir no assunto fático se houver manifestos desajustes ou contradições entre os dados fáticos expostos e a decisão tomada, o que não é o caso dos autos. Agravo de instrumento desprovido (TST, 2018).

4 A INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL

Como já dito no primeiro capítulo, a liberdade religiosa é um direito fundamental consagrado na nossa constituição, bem como outros documentos internacionais, que os reconhecem como um direito humano. Vale lembrar que a Carta de 88 trouxe direitos fundamentais trabalhistas, no rol dos direitos sociais. Evidentemente, a liberdade religiosa não é um desses direitos, o que não impede que seja analisando sua incidência, de acordo com a teoria da eficácia horizontal, explicitada no capítulo pretérito.

Estudar as consequências dessa garantia dentro da relação de emprego é o que se pretende. Contudo, antes de enfrentamos o objeto de estudo dessa monografia, cabe algumas considerações de modo geral sobre a incidência da liberdade religiosa e a sua manifestação dentro do ambiente laboral.

Como já mencionando, a religião é muito mais do que um conjunto de crenças e rituais. Ela necessariamente compõe a identidade de cada pessoa, cuja proibição do seu exercício pode leva-la a grande tormento. Dessa forma, o exercício da religiosidade não se limita ao espaço de culto, mas a prática constante da fé.

Se o trabalho dignifica o homem, a religião compõe sua dignidade. Jonatas Eduardo Mendes Machado (2010, p. 8), aduz que "o trabalho releva como pressuposto material da existência, ao passo que a religião funciona, em muitos casos, como pressuposto espiritual da existência.".

Manoel Jorge e Silva Neto (2005) aponta que mesmo a empresa sendo um local de desenvolvimento profissional, trata-se de uma comunidade heterogênea. Logo, naturalmente existirá uma diversidade de pensamentos e crenças, que deverá ser respeitada na medida de manter o equilíbrio. "No entanto, a busca por um ambiente equilibrado não pode ser argumento para uma postura que, nas palavras de Machado (2010, p.8), exige do empregado "fingir que se é outra pessoa" no local de trabalho, entendido como o direito a não ser obrigado a colocar a religião "no armário"".

Jonatas Machado (2010) aponta três modelos de organização das instituições empresariais acerca do posicionamento quanto a religiosidade, tanto dos trabalhadores, quando do próprio empregador. O primeiro modelo é o da neutralidade, no qual, aplica-se os argumentos do estado laico, afirmando que a empresa seria tão somente um espaço profissional e não local para manifestação religiosa, o que resolveria os conflitos, pois a empresa seria local

de trabalho. O que tal modelo não leva em consideração, ainda de acordo com o autor, é que a crença do trabalhador não é desvinculada da sua identidade e sua cidadania não fica na porta da empresa ao ingressar no ambiente laboral (SANTOS JR., 2013).

O segundo modelo é a da tolerância, na qual, seria assegurado às instituições empresariais possuírem suas manifestações religiosas, sem qualquer pena de incorrer em discriminação. Por outro lado, o modelo afirma que deve o empregador permitir que crenças diversas sejam respeitadas e não haja o tolhimento das crenças em minoria. Não há um sacrifício da liberdade religiosa de ambos os lados, pois "o objeto consiste em não colocar o trabalhador na situação de ter que optar entre a identidade religiosa e o seu posto de trabalho" (MACHADO, 2010, p.14). Santos Jr. (2013), no entanto, não deixa de chamar atenção para os riscos do abuso de liberdade que esse modelo não afasta.

Já o modelo multicultural, "seria um modelo com um pluralismo religioso empresarial interno mais ou menos limitado, acompanhando de pluralismo externo, com igualdade no tratamento das pessoas coletivas empresariais portadoras de diferentes visões do mundo" (MACHADO, 2010, p.13), além da garantia ao respeito a diversidade a hábitos e costumes de outras culturas. Ela garante ao empregador, por exemplo, o direito a discriminar para atender fins. A objeção feita pelo autor é que o modelo entraria em conflito direto com valores fundamentais.

Não se pode conceber que o modelo brasileiro seja compatível com aquele que rechaça completamente do ambiente laboral a manifestação da religiosidade dos indivíduos ali envolvidos. Além da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que se só seria suficiente, a própria legislação infraconstitucional nos transmite a ideia de que não há qualquer ilegalidade na prática religiosa no ambiente laboral.

Nesse sentido, o inciso I, parágrafo 2°, do art. 4°, da CLT, prevê expressamente a possibilidade de práticas religiosas realizadas dentro das dependências da empresa. O que por se só afasta o argumento da neutralidade. Frise-se que, ao rejeitar esse modelo não pretende-se defender que somente o trabalhador tem direito a ter sua liberdade assegurada. Silva Neto (2008, p. 159) defende que "da mesma forma do Estado, a empresa está obrigada a assumir uma postura imparcial quanto aos segmentos religiosos; a empresa, enfim, não tem religião".

No entanto, "a amplitude da liberdade e da igualdade a reconhecer aos trabalhadores é indissociável da liberdade religiosa do empregador e da possibilidade que lhe é dada de conformar a sua empresa de acordo com a sua visão do mundo, seja religiosa seja não religiosa" (MACHADO, 2010, p.15).

Dessa forma, não se pretende defender que a empresa atue como um local indisponível para as práticas religiosas. No entanto, não se pode perder de vista que o empregador é o detentor do poder social e por isso a ele pode ser exigido certas obrigações, como a acomodação razoável, em virtude da assimetria latente dessa relação, conforme já explorado nesse trabalho.

Chama-se atenção disso para que se evite pensar que se defende uma teoria radical que despreza os direitos fundamentais do empregador, o que seria uma contradição ao espírito dessa monografia.

4.1 A TEORIA DO DEVER DE ACOMODAÇÃO E A INCIDÊNCIA DA LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A teoria do dever de acomodação é uma novidade no direito brasileiro. Muito pouco se pesquisou sobre seus desdobramentos, principalmente no aspecto jurídico. Destaca-se como expoente da teoria no Brasil, Aloiso Cristovam Santos Jr. (2013), no qual, em sua tese de doutorado sob o título "Direito fundamental à liberdade religiosa e contrato de trabalho: o dever de acomodação razoável no direito brasileiro" explora o tema na busca por respostas para os conflitos existentes na relação laboral.

Em consulta ao banco de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST, não houve resultado as buscas pelas palavras-chave: acomodação razoável; dever de acomodação; princípio da acomodação razoável. O que demonstra a necessidade de discutir e se debater sobre essa alternativa que tem por objetivo assegurar o direito à liberdade religiosa dos empregados. ¹⁰

É verdade, no entanto, que no julgamento do STA 389 AgR, o STF, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, utilizou o argumento da "acomodação" em parte do seu voto, como será discutido com mais detalhes em tópico subsequente que versará da possibilidade de aplicação da teoria no nosso ordenamento (STF, 2009).

Fato é que "não é possível deduzir do ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento ao empregador da faculdade de suprimir a liberdade religiosa de seus empregados" (SANTOS JR., 2013, p. 222). Dessa forma, devem-se buscar respostas adequadas para os conflitos existentes.

¹⁰ A mesma constatação é feita por Jamile Seixas (2017). Não se pretende afirmar nesse trabalho, no entanto, que a jurisprudência não aplica, na prática, o dever de acomodação razoável, visto que para se fazer tal constatação necessário seria método específico da pesquisa empírica.

"Nas relações trabalhistas, os empregadores também estão vinculados à liberdade religiosa de seus empregados, vedados o assédio por motivo religioso, sendo de ponderar um dever, por parte do empregador, de acomodação (razoável) da religião no ambiente de trabalho" (WEINGARTNER NETO E SARLET, 2016, p. 74). Pensamento contrário representaria legitimar a discriminação religiosa no ambiente laboral.

Por outro lado, reconhecer discriminações religiosas e condenar o empregador à indenização por danos morais representa, em certa medida, a última instância, que, apesar de visar compensar o dano, não corrige o problema, haja vista que o contrato se extingue e a relação jurídica deixa de existir.

Dessa forma, a teoria também pode ser aplicada, objetivando, principalmente, manter o emprego, sendo até mesmo possível se discutir a reintegração do empregado dispensado por razões da sua crença, haja vista que a Lei 9029/1995, que protege o trabalhador de práticas discriminatórias, bem como a convenção nº 111 da OIT, no mesmo sentido, além da aplicação por analogia da súmula 443 do TST, na qual a discriminação do portador de HIV ou de doença grave anula o ato de dispensa.

Mas afinal, do que se trata o dever de acomodação? Qual a origem? Como o tema é ou pode ser tratado no nosso ordenamento? Como trabalhar com a teoria no caso concreto? É o que se espera responder nos tópicos subsequentes.

4.1.1 Conceito de dever de acomodação e o direito norte-americano

A teoria do dever de acomodação nada mais é que obrigação do empregador de acomodar as necessidades religiosas dos seus empregados, salvo se isso lhe causar um custo elevado. Naturalmente, antes de qualquer coisa, deve ter em mente algumas premissas, como já discutido nesse trabalho, quais seja a incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego, a proteção constitucional a liberdade religiosa e a busca pela sua máxima efetividade, a asseguração da expressão religiosa do trabalhador como manifestação da sua dignidade e função social da empresa (SANTOS JR., 2013).

A técnica é uma solução encontrada para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais e ao menos tempo mostrar uma saída para os conflitos existentes no ambiente laboral fruto da religiosidade de uma das partes, frente ao poder diretivo, evitando medidas que favoreçam a discriminação religiosa no ambiente de trabalho.

A origem do dever de acomodação é no Estados Unidos, em 1964, através de uma diretriz criada pela Comissão para a Igualdade de Oportunidade de Emprego. A referida

comissão, fruto do Título VII da *Civil Rigths Act*, compeliu os empregadores a realizarem acomodação das necessidades religiosas dos seus empregados, desde que isso não lhe cause grandes transtornos para o seu negócio. Posteriormente, a comissão alterou a condição para "encargo excessivo". Após, em 1972, o Congresso americano aprovou uma emenda à Lei dos Direitos Civis, consolidando, definitivamente o dever de acomodação, pelo menos no plano teórico, mantendo a condição de impedimento em caso de ônus indevido (SANTOS JR., 2013).

Letícia de Campos Velho Martel (2011) aduz que o Canadá também pode ser considerando um dos berços da acomodação razoável. A autora chega afirma que "a construção jurisprudencial da acomodação razoável floresceu mais no Canadá do que nos EUA, convertendo a linha de julgadas canadenses referências na matéria" (2011, p. 92). Isto porque, como será visto mais a frente, a jurisprudência americana resiste a uma aplicação efetiva da teoria.

Martel (2011) ainda afirma que diversos países europeus e a União Europeia já trazem nos seus ordenamentos o conceito de dever de acomodação razoável e de ônus indevido, em que pese à fonte originaria seja os EUA.

Jamile Seixas (2017) aduz que a teoria ganha visibilidade mundial quando é inserida no texto da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência em 2006, no qual, segundo a autora, vinculou a acomodação razoável como a proteção dos direitos humanos. É a partir disso que pode perceber a existência de um maior debate em torno da utilização da teoria com relação às pessoas com deficiência, do que no que consiste a liberdade religiosa dos trabalhadores.

Voltando aos Estados Unidos, que, em que pese tenha sido pioneiro na positivação da teoria aqui comentada, encontrou na jurisprudência um freio a sua real concretização. Aloisio Cristovam Santos Jr. (2013), traz dois casos em que a Corte Suprema foi provocada a se manifestar sobre acomodação razoável, conforme se verá a seguir.

No primeiro caso, em apertada síntese, a empresa TWA envolvia-se em um conflito com um funcionário que se opunha a prestar labor aos Sábados em virtude de sua crença. A empresa funcionava 24h por dia e o empregado teve sua jornada de trabalho alterada para o turno diurno. Diante da existência de uma escala que o alocou para laborar um determinado Sábado, procurou

¹¹ A convenção sobre pessoas com deficiência, ratificado pelo Brasil, no art. 2º aduz que: ""Adaptação razoável" significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais".

seu gerente para informar sua impossibilidade de laborar aos sábados, em virtude da sua crença, o que foi aceito. Para evitar que ocorresse outras vezes, procurou o sindicato para que não fosse colocado na escala de laborar aos Sábados, o que não foi aceito, pois a entidade alegou que estaria violando os direitos dos demais trabalhadores. O empregado procurou a empresa e lhes ofereceu uma proposta para que tivesse sua jornada alterada para quatro dias com redução de salário, o que não foi aceito, pois a empresa alegou que o trabalho dele era essencial e que desfalcaria outro setor caso tivesse que substituí-lo. Em síntese, o trabalhador deixou de comparecer aos sábados em que foi escalado e a empresa, após três faltas, o dispensou.

Acreditando-se que houve discriminação religiosa por parte da empresa, que deixou de acomodar sua necessidade religiosa, ingressou com ação contra a mesma, com base no Título VII da Lei de Direitos Civis. O caso chegou a Suprema Corte e pela primeira vez a jurisprudência deve que dizer o que seria "acomodação razoável" e "encargo excessivo". A decisão não foi favorável ao empregado, visto que a Suprema Corte afirmou que houve esforço da empresa para encontrar uma solução — haja vista que várias reuniões foram realizadas -, alegou que a empresa não pode ser obrigada a adotar uma medida incompatível com os termos do acordo com o sindicato dos empregados, e afirmou que haveria encargo excessivo em aceitar a proposta do obreiro em reduzir sua jornada para quatro dias.

A decisão da Suprema Corte foi bastante criticada, tendo em vista que entendeu-se que a acomodação razoável estaria inviabilizada a partir daquele momento. Após, a Comissão para igualdade revisou as diretrizes para afirmar que a recusa para acomodar só poderia ser feita após esgotar todas as possibilidades, além disso, passou a entender que a empresa deveria demonstrar que a medida necessária exigiria mais que um custo mínimo. Após disso, a jurisprudência nos tribunais foi sendo construída, sedimentando que a inciativa para a discussão da acomodação deveria iniciar pelo empregador e que a boa-fé deveria se fazer presente em ambos os lados.

Novamente, nove anos depois, a Corte americana foi compelida a apreciar a matéria, dessa vez envolvendo um professor religioso e uma escola americana. No caso, o professor era membro de uma comunidade que além da guarda do sábado, exigia a preservação de seis dias no ano para as festividades religiosas referidas no antigo testamento. O acordo coletivo entre o conselho escolar e a instituição concedia três dias de folgas anuais para a observância de feriados religiosos, e três dias de licença pessoal, na qual não poderia ser utilizado para fins religiosos. O professor, no entanto, buscou a diretoria para que pudesse utilizar os três dias para observância dos dias sagrados ou que a escola permitisse ele arcar com o custo de outro

profissional para ministrar aulas naqueles três dias. O conselho escolar recusou ambas as propostas.

O professor ingressou com uma medida contra a escola por entender que houve discriminação religiosa, haja vista que não buscou acomodar sua prática. Em que pese tenha vencido na segunda instância, na Suprema Corte o professor acabou sendo derrotado. Os ministros da Corte americana entenderam que não houve violação ao dever de acomodação o fato da instituição ter recusado as propostas apresentadas pelo empregado. A Corte entendeu que ao conceder três dias para fins religiosos, a escola já havia se esforçado para realizar a acomodação.

As decisões supracitadas mostraram-se conservadora a uma aplicação que de fato concretize a acomodação razoável. Vale lembrar, no entanto, a posição a jurisprudência americana, que nega a incidência dos direitos fundamentais em relações particulares, haja vista o ainda forte compromisso daquele país com a função clássica dos direitos fundamentais, com um direito à propriedade quase que absoluto e a forte influência liberal. Ainda assim, Santos Jr. (2013) afirma que os tribunais inferiores, à revelia da Suprema Corte, têm conferido uma maior amplitude ao dever de acomodação.

Por outro lado, uma leitura otimista das decisões, ainda que não satisfatórias para efetividade do conceito, aponta a necessidade da empresa demonstrar um esforço mínimo na acomodação, consequência prática de se ter uma exigência legislativa.

É importante o registro feito por Jonatas Machado (2010, p. 16), no qual aduz que "a acomodação razoável da religião de uns não significa patrocínio ou apoio à religião, mas apenas promoção da igualdade e da liberdade individual em sentido material". A teoria, portanto, tem um papel de efetivação do direito fundamental.

Como já se deve ter percebido, dois conceitos são decisivos para a teoria, quais sejam a própria acomodação razoável e o "encargo excessivo".

Como já dito, "prima facie, a empresa tem o dever de acomodar a religião dos trabalhadores e suportar os respectivos custos, desde que estes sejam de minimis" (MACHADO, 2010, p. 17). Com isso, deve se restar evidente que não se nega que a acomodação pode gerar custos para o empregador. Não é isso que se pretende afirmar para retoricamente defender a teoria.

Toda medida enseja custos, ainda que indiretamente. Dessa forma, a construção do dever aqui discutido, ainda que somente organizacional, acarreta, naturalmente, um custo ao empregador, que pode ser justificado pela função social da empresa (ALONSO E REIS, 2014), bem como pelos riscos da atividade empresarial. O fato é que, caso a recusa venha a ser por

essa razão, deve ser demonstrado empiricamente que ao realizar aquela medida, a empresa teria que arcar com um ônus excessivo para aquele caso concreto (SANTOS JR., 2013). Daí porque a teoria fala em custos mínimos.

Não se pode, por exemplo, criar um padrão do que é excessivo ou não, haja vista que poderemos lidar com realidades empresariais totalmente diferentes e que merece o adequado juízo de ponderação. O que se pretende explicar é que "uma acomodação que pode ser muito onerosa para uma empresa pode ser irrelevante para outra" (MACHADO, 2010, p. 16). Obviamente, a título de ilustração, a realidade de uma multinacional com mil funcionários é diferente da mercearia de um bairro com apenas quatro ou cinco.

Alonso e Reis exortam que "não é permitido que para se chegar a essa acomodação razoável, que o empregador tenha um ônus que não consiga suportar, prejudicando demasiadamente sua atividade empresarial, a cabo de extinguir seu empreendimento" (2014, p. 379). Nessa mesma perspectiva, Jonatas Machado diz que "a acomodação não pode ter custos não exigíveis ou desproporcionais para eles. A acomodação deve procurar as alternativas menos restritivas dos direitos em presença" (2010, p. 17).

Não é à toa que se chama o termo razoável aparece na teoria, ao afirmar um dever patronal de realizar acomodação razoável, conclama-se uma análise feita de acordo com o princípio da proporcionalidade, típica na resolução de conflitos, de acordo com a teoria de Robert Alexy (2011).

4.1.2 A aplicabilidade da teoria do dever de acomodação no ordenamento brasileiro

A teoria do dever de acomodação não é novidade em ordenamentos jurídicos outros, conforme já citado, como por exemplo, os Estados Unidos, o Canadá, países da União Europeia, etc. No Brasil, contudo, o tema não tem sido alvo de grandes debates. Aloisio Cristovam Santos Junior (2013, p. 225) ousa dizer que "o reconhecimento de um dever de acomodação é uma exigência do sistema jurídico brasileiro".

Não há como negar a preocupação constitucional com a garantia da liberdade religiosa em todas as suas expressões. A Carta foi analítica ao garantir proteção constitucional às crenças dos cidadãos, e, consequentemente, aos trabalhadores, aos quais devem ser assegurados livres de toda forma de discriminação religiosa nas relações empregatícias. Frise-se que os trabalhadores são destinatários diretos da proteção criada pelos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o problema a ser respondido é se a teoria do dever de acomodação razoável é compatível com nosso ordenamento jurídico e como ela atua para solucionar

conflitos, pois, diferente do que já ocorre em outros países, não existe no Brasil uma disposição legislativa expressa sobre o dever patronal.

Nesse diapasão, argumentos contrários e favoráveis podem ser suscitados e devem-se analisar alguns deles no decorre deste capítulo.

No que consiste ao argumento de ausência de lei específica, o mesmo não se sustenta, em virtude de todas as premissas já discutidas no presente trabalho. A supremacia constitucional, combinada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o pacífico entendimento de vinculação de empregadores aos valores fundamentais, é suficiente para afastar tal consideração (SANTOS JR., 2013).

Jamile Seixas (2017) ainda chama atenção para o fato de que o Brasil ratificou a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, fazendo assim integrar formalmente e materialmente, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria da acomodação razoável, numa perspectiva de defesa das minorias.

O fato de se criar um "dever" ao patrão é justamente extraído da sua vinculação a proteção à liberdade religiosa dos seus empregados. Não violar não se traduz exclusivamente em deixar de realizar uma atitude comissiva explícita de discriminação, haja vista que, entendese que quando o empregador não realiza o mínimo de esforço para atender uma necessidade religiosa do seu empregado, ele incorre em discriminação, pois o resultado daquele impasse, certamente será uma rescisão contratual sob alegação de insubordinação, pois, muito dificilmente o empregado vai se submeter aquilo que viola frontalmente sua crença.

De acordo com Santos Jr. (2013), um segundo argumento que poderia ser invocado é o princípio da igualdade. Porém, como já foi dito, conflitos de direito fundamentais devem ser resolvidos com razoabilidade e proporcionalidade, haja vista a natureza principiológica de tais normas, diferentemente do que ocorre com as regras (ALEXY, 2015). A alegação de criação de tratamento desigual entre o trabalhador religioso e os demais, caso venha a ter que acomodar suas práticas religiosas, não merece guarida, principalmente a partir da análise não só formal, mas também material da igualdade, conforme lições de Dirley da Cunha Jr. (2017).

Fato é que não se pode invocar um direito fundamental para anular outro direito fundamental. Como bem salienta Santos Jr. (2013, p. 235/236),

não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que as crenças religiosas, para o trabalhador que as possui, fazem parte de sua identidade e, sendo assim, ignorá-las ou desvalorizá-las no ambiente de trabalho equivale a depreciar a sua dignidade como pessoa humana e a opor obstáculo ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (...) A desigualdade entre o trabalhador religioso e o não religioso justifica o tratamento

diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente aos desiguais na medida de sua desigualdade.

A acomodação da necessidade religiosa do empregado não se trata de um mero capricho, e sim de algo que, para aquele trabalhador, é indispensável à sua saúde espiritual e moral. Dessa forma, não há qualquer violação aos direitos dos demais trabalhadores o esforço do empregador para adaptar a necessidade do empregado religioso.

No que consiste ao próprio empregador, conforme já dito anteriormente, não se pode desprezar que a relação é essencialmente desigual. Cabe sim a ponderação com relação à liberdade religiosa dos sócios da empresa, se elas entrarem em conflitos com a necessidade do empregado. Contudo, a vulnerabilidade da relação é do empregado, pois "o temor de retaliações e do desemprego torna-o mais vulnerável a aceder aos caprichos de um empregador que ignore ou desvalorize a sua identidade religiosa" (SANTOS, JR., 2013).

Outro argumento contrário citado do Aloisio Cristovam Santos Jr. (2013) é com relação à análise da sinceridade, ou seja, até que ponto pessoas utilizaria da situação para se beneficiar, inclusive no que consiste a dispensas aos sábados, por exemplo. O argumento para recusar a teoria em si é frágil por duas razões. A primeira é que a teoria do dever de acomodação razoável não se reduz somente aos "sabatistas", sendo suficientemente aplicável em outras situações, conforme será visto na análise dos casos concretos adiante explanados, que nada se relacionam em receber uma suposta "vantagem".

Em segundo lugar, a necessidade de acomodação é passível de fraude, assim como outras situações que visam proteger a pessoa o são, e nem por isso defende-se que elas inexistam. Não se nega, todavia, que a análise da boa-fé na questão religiosa é complexa, haja vista que "não compete ao Estado laico dizer o que está ou não em conformidade com dogmas religiosos, o que implica afirmar que tribunal algum está qualificado para interpretar judicialmente ou determinar o conteúdo da compreensão subjetiva de uma exigência religiosa" (SANTOS JR., 2013, p. 238). Nesse diapasão, alternativas coerentes com o sistema constitucional devem ser buscadas.

Santos Jr., (2013) informa que a Corte do Canadá investigou a sinceridade religiosa a partir da credibilidade do testemunho, bem como se a necessidade apresentada pelo trabalhador se encontra condizente com os dogmas atuais da religião praticada. Ainda segundo a Corte, os hábitos externos e internos também poderiam ser levados em consideração, como por exemplo, alegar ser adventista e comer carne de porco nas refeições.

Outrossim, entende-se que é possível o arrolamento de líderes religiosos como testemunhas do juízo ou até mesmo, a depender da complexidade, nomear um perito para apurar

os fatos, como teólogos, antropólogos e sociólogos. Ressalte-se, no entanto, que não se pretende criar um tribunal de julgamento da fé alheia, haja vista, não se trata da aferição do dogma religioso, e sim da sinceridade da necessidade religiosa, se ela for suscitada pela empresa.

Como dito, trata-se de um ponto complexo, haja vista está se analisando a subjetividade das pessoas, no entanto, a todo tempo o direito lhe dá com situações que é necessário a análise da boa-fé, ou seja, o que se quer dizer, em apertada síntese, é que não se pode utiliza-se desse argumento para inviabilizar o dever do empregador de acomodar.

É bem verdade que ao explanar sua necessidade de acomodação, seja na esfera administrativa da própria empresa ou judicial, o empregado deverá fazê-la de forma fundamentada, demonstrando sua real necessidade, explicando sua crença e juntos provas, se possível for - tais como certidão de batismo, carta da autoridade religiosa -, visto que "porque sim" não é adequado para uma situação delicada e de forte aspecto subjetivo. Deve-se prevalecer a demonstração de boa-fé.

Do mesmo modo que, como já dito em tópico pretérito, não pode o empregador simplesmente afirmar que tal acomodação geraria de ônus excessivo. Tal alegação deverá ser demonstrada de forma consistente e fundamentada, baseadas em evidencias que deixe evidente que, além de ter realizado um esforço mínimo, a implementação da necessidade do empregado representaria um encargo que a emprega não poderia suportar, em demonstração de boa-fé na recusa.

Outro ponto a ser discutido é se cabe a qualquer empregador o dever de acomodar razoavelmente. Nos Estados Unidos, a lei condiciona que a empresa tenha no mínimo doze funcionários para que possua a obrigação de acomodar as práticas religiosas (SANTOS JR., 2013). Entende-se, portanto, que empregadores de pequena estrutura empresarial poderiam sofrer um ônus excessivo.

Diante de uma ausência de um regramento específico no Brasil, deve-se invocar a própria razoabilidade que a teoria conclama, visto que não se pretende forçar um empregador, a qualquer custo, adaptar uma necessidade religiosa de um empregado. Entretanto, conforme já mencionado no decorrer desse trabalho, a acomodação razoável não se resume a liberar o funcionário de trabalhar em determinado dia da semana, mas possui um campo vasto de aplicação.

No caso de empregadores domésticos, por exemplo, a análise precisa ser mais cautela, assim como qualquer outra hipótese de incidência de direitos fundamentais, vez que a empregador, nesse caso, é também uma pessoa física e o ambiente de trabalho do empregador normalmente é o próprio domicílio, o que demanda ponderação para não se legitimar o direito

desses de realizar práticas discriminatórias, ao mesmo tempo não levar esse tipo de empregador ao tormento espiritual e moral, por se tratar de pessoa física.

Do mesmo modo, merece atenção especial as organizações de tendência religiosa. Tais instituições podem ser entendidas como "aquelas cuja finalidade é a difusão de determinada ideologia, independente do ânimo de lucro, formadas por pessoas (ou apenas por uma pessoa) que se utilizam dessa para expressar seu pensamento, credo, religião ou ideologia" (GASPAR, 2015, p. 90).

De acordo com Gabriela Gastar (2010), apesar de reconhecer que é possível se falar em dever de acomodação no direito brasileiro, com relação às organizações de tendência, a autora defende a impossibilidade de se falar em dever de acomodação razoável, vez que a missão institucional pressupõe a criação de um ambiente homogêneo.

Das lições de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 163) podemos aferir que o autor não é favorável a ideia de criação de ambientes homogêneos pelas organizações de tendências, vez que, segundo o autor, "algo diferente de a instituição ser confessional é obrigar que os trabalhadores também o sejam".

Em sentido oposto ensina Edilton Meireles (2005), pois afirma que nessa situação a discriminação seria justificada, sob pena de sacrificar a principal intenção da instituição confessional. O autor ainda leciona que "forte corrente jurisprudencial europeia sustenta a possibilidade de discriminação nas organizações de tendências. E lá, como aqui, impera a mais ampla liberdade religiosa" (2015, p. 183).

Nesse mesmo sentido, tratando do dever de acomodação, Aloisio Cristovam Santos Jr. (2013, p. 242) aduz que tal dever "não se impõe às organizações religiosas em sentido estrito, às organizações confessionais que exercitem atividades diretamente ligadas à missão institucional das igrejas ou cultos e às organizações antirreligiosas". O autor fundamenta tal entendimento justamente na missão institucional dessas instituições, o que justifica a necessidade de se criar ambientes homogêneos.

Para além da análise de argumentos contrários, devem-se invocar aqueles que favorecem a defesa de um dever de acomodação no nosso ordenamento jurídico.

O primeiro a ser analisando é a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Sem forçar a repetição, é preciso de uma postura franca com relação ao que majoritariamente a doutrina brasileira e a jurisprudência pátria defendem, no que diz respeito a eficácia imediata horizontal, vez que não é cabível a defesa teórica e aplicação tímida. É necessário não só afirmar a compatibilidade da incidência direita dos direitos fundamentais, como se faz necessário assumir suas consequências.

Ao se defender que o direito fundamental à liberdade religiosa incide nas relações particulares, assume-se o compromisso de suportar as consequências dessa escolha. O dever de acomodação razoável é natural desdobramento dessa premissa principal. Se o empregador está vinculado à proteção da dignidade humana e a preservação da crença do empregado, o mesmo não pode simplesmente se recusar a acomodar uma necessidade religiosa do trabalhar sem que tenha realizado o mínimo de esforço; se assim o fizer incorrer é flagrante discriminação (SANTOS JR, 2013).

O segundo argumento positivo a ser invocado é a função social da empresa, desdobramento da função social da propriedade. É bem verdade que a atividade empresarial é revestida pela livre inciativa, direito consagrado na Carta do Brasil. Entretanto, de acordo do João Glicério (2008, p.105) "está liberdade, que inclui a própria liberdade da empresa, é condicionada a observância do princípio da justiça social e o da existência digna de todos".

A função social da empresa, e, consequentemente, do contrato de trabalho, impõe sobre o empregador o comprometimento com promoção da dignidade do trabalhador e da valorização social do trabalho, vez que tal característica não pode somente ser invocada quando se quer o amparo do Estado, como é o caso da Lei de Recuperação Judicial – Lei nº 11.101/05.

Quando se defende o dever patronal de acomodar razoavelmente as práticas religiosas não se quer imputar um ônus injusto ao empregador, mas a necessidade de o mesmo desempenhar um papel cujo ordenamento jurídico vinculou também os particulares. Não se podem admitir discriminações religiosas dentro do ambiente de trabalho e redução da dignidade de trabalhadores em nome do lucro. É certo que é direito do empresário obter proveito econômico pela sua atividade empresarial. Contudo, em contrapartida, deve-se está vinculado aos valores criados pela constituição.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2017) leciona que quando um direito fundamental de um trabalhador, seja ele cível, social ou metaindividual, é violado, por consequência, estará sendo violado o princípio da função social da empresa e do contrato de trabalho. Ora, considerando que a acomodação razoável efetiva direito fundamental, a recusa infundada compromete o papel social que o ordenamento condicionou aos empregadores.

Como observa Santos Jr. (2013), uma comparação ideológica entre as constituições do Brasil e dos Estados Unidos deixaria evidente a maior facilidade de extrair um dever de acomodação da carta brasileira, do que da norte-americana, haja vista lá o direito à propriedade é tido como praticamente absoluta em oposição à consagrada opção social feita pelo constituinte brasileiro.

No aspecto jurisprudencial, como já mencionado em tópico anterior, a acomodação razoável, ainda que precariamente, já foi abordada em um julgamento do Supremo Tribunal Federal. No caso, envolvendo estudantes judeus, ainda que no mérito tenha provido o recurso e cassado a liminar que conferiu direito aos estudantes de realizarem o Exame Nacional do Ensino Médio em dia posterior ao sábado, o ministro relator fez menção a teoria aqui apontada. Gilmar Mendes disse que ao garantir o direito dos examinados realizarem a prova após o pôrdo-sol, já havia sido realizado uma acomodação razoável por parte do Estado (STF, 2009)¹².

Comentando a decisão, Jayme Weingartner Neto e Ingo Sarlet (2016, p. 82) aduz que:

parece que o STF reconhece a constitucionalidade da "acomodação" da religião pelo poder público – no escopo de evitar sobrecargas para as minorias – e que, no caso concreto, foi razoavelmente alcançado (o dever de acomodação razoável) pelo Ministério da Educação (apesar do inconveniente do confinamento).

Da decisão, é possível arguir que caso a União não tivesse criado uma alternativa para a aqueles estudantes, poder-se-ia reconhecer a discriminação religiosa por parte do Estado, haja vista que, o direito daqueles estaria sendo violadas, ferindo fatalmente não só a liberdade religiosa, mas também a igualdade material dos candidatos.

Cabe, no entanto, se ponderado o evidente conflito entre os poderes conferidos ao empregador, enquanto particular, e a acomodação razoável como um dever deste e um direito do trabalhador. É o que se pretende discutir no tópico a seguir, haja vista que é necessário saber como se dará tal compatibilidade.

4.2 LIBERDADE RELIGIOSA, DEVER DE ACOMODAÇÃO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: COMO COMPATIBILIZÁ-LOS?

Um dos principais argumentos que reforçam a tese da eficácia horizontal nas relações de emprego é o poder social e econômico concedido ao empregador. Luciano Martinez (2015) afirma que o poder diretivo foi dado pelo Estado ao empregador para que o tal viesse a exigir

¹² Em 2017, o Ministério da Educação tomou a decisão de realizar, a partir de então, o Exame Nacional do Ensino Médio em dois domingos, depois de realizar uma consulta pública sobre a mudança. De acordo com o Portal do MEC (2017), "a escolha pelos domingos consecutivos foi feita por 42,3% dos entrevistados. Do restante, 34,1% queria que o Enem fosse em um domingo e na segunda-feira seguinte, que passaria a ser feriado escolar, e 23,6%, no formato atual (sábado e domingo). Com a alteração, é atendida também a reivindicação de estudantes que têm por costume guardar os sábados por razões religiosas de acabar com o "confinamento" de cinco horas ao qual eram obrigados a se submeter – acessavam o local de prova no mesmo horário que os demais e esperavam até as 19h (o pôr do sol) para começar a fazer o exame".

comportamentos dos seus subordinados visando o alcance dos propósitos estabelecidos pela empresa.

O poder do empregador, chamado genericamente de poder de direção se desdobra em poder de organização, de fiscalização e disciplinar (MARTINEZ, 2015). Maurício Delgado (2017, p. 751) define poder de direção como o "conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa". Dentro de tal conceito é que se extrai o organizacional, visto que é no empregador que está concentrado todo poder organizacional (DELGADO, 2015).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p. 70) afirmam que "o direito de direção geral permite ao empregador utilizar a força de trabalho do empregado no melhor interesse da empresa. O contrato de trabalho limita-se a colocar o empregado a disposição do empregador".

Já o poder de fiscalização é aquele que confere direito ao empregador de realizar o controle das atividades desenvolvidas pelo empregado no âmbito da empresa, além de promover a avaliação da qualidade que se está desenvolvendo, bem como apurar a conduta dos empregados no que consiste a cumprimento de tarefas, horários, dentre outros (MARTINEZ, 2015).

O poder disciplinar, por sua vez, é definido como "o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais" (DELGADO, 2015, p. 756).

Não é novidade, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência pacificamente já reconhecem limites para o poder empregatício, seja quando fica evidenciada a falta de proporcionalidade no uso do poder disciplinar, seja quando impõe uma restrição ao poder fiscalizatório para preservar o direito a intimidade dos empregados, e até mesmo quando invalida a dispensa discriminatória de um empregado portador de HIV (súmula 443 do TST) (LEITE, 2017). Dessa maneira, falar em restrições ao poder do empregador é consiste em nenhuma novidade.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008) ensina que há muito tempo o poder empregador – referindo-se ao poder regulamentar – foi exercício de forma arbitrária, visando a satisfação exclusiva de interesses da empresa, inclusive prevendo multas nos regulamentos das empresas. Os autores apontam a intervenção da autoridade pública e a atenuação do caráter unilateral através dos órgãos de representação dos trabalhadores como fatores de restrição.

Dessa forma, limites e até restrições existem ao poder empregatício e devem ser invocados quando em conflitos com outros direitos, a fim de acomodar ambos os lados sem que o direito de um seja sacrificado em detrimento de outro.

Nesse quadro, não há como defender um poder ilimitado do empregador quando estabelecido conflito com direitos dos empregados religiosos. Não se nega, por todo exposto no tópico anterior que o dever de acomodação patronal estabelece, em certa medida, limite o poder de direção do empregador, desde que observado a razoabilidade e o encargo a ser suportado.

Manoel Jorge e Silva Neto (2008) fala em técnica de ponderação dos interesses na solução de conflitos no ambiente de trabalho. No caso da teoria do dever de acomodação patronal, faz-se necessário essa aplicação com razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que o próprio instituto se limita a não impor um ônus excessivo ao empregador.

Conforme será visto mais à frente, deve-se ponderar uma norma interna da empresa que preveja determinado fardamento e a necessidade do empregado religioso de usar branco numa sexta-feira, por exemplo. Cristalino que se estará diante de um conflito entre o poder empregatício, fundado no direito à propriedade e na liberdade econômica, e a liberdade religiosa do trabalhador.

Como dito anteriormente, a necessidade de acomodação de práticas religiosas não decorre de mera vaidade do empregado, mas relaciona-se como expressão da sua crença e manifestação da sua identidade. O poder empregatício não pode ser utilizado de forma a cometer arbitrariedades, pois nenhum empregado pede a condição de destinatário de direitos fundamentais quando ingressa na empresa (ABRANTES, 2005).

Situação curiosa é o que diz respeito o que se deve fazer quando não pode acomodar. Há quem defenda que, caso persista na prática religiosa, caberá o empregador, através do seu poder disciplinar, realizar a resilição contratual por justa causa (SILVA NETO, 2008). Por outro lado, Santos Jr. (2013) defende que, nessas hipóteses, cabe uma rescisão sem justa causa, haja vista que a incompatibilidade é do empregador e ele que deve suportar os riscos da atividade. A situação é delicada e merece pesquisa própria com recorte específico.

Para maior visualização prática da acomodação razoável e o conflito com poder diretivo, o tópico subsequente traz quatro casos onde se examina o conflito entre o poder diretivo e a dever patronal. Ressalte-se que os casos têm efeitos exemplificativo, pois, para efeitos dessa monografia, haja vista que inúmeras outras situações poderiam ser trazidas e especificamente exploradas.

4.3 ANÁLISE DE CASOS

Os casos abaixo foram trazidos visando explorar como a teoria aqui analisada é aplicada em situações de claro conflito entre poder empregatício e dever patronal de acomodar razoavelmente.

De acordo com Junio Barreto dos Reis (2015, p.122),

a liberdade religiosa do empregado deve ser garantida, igualmente, no ambiente de trabalho, porém, ela pode sofrer algumas restrições na medida em que se torna muito onerosa ao empregador garantir a sua prática. O caso concreto, ao ser analisado, deve sempre levar em consideração a teoria da acomodação razoável, ao expressar que o empregador apenas poderá negar o seu pleno gozo caso demonstre que um ônus demasiadamente excessivo. Se isso não for demonstrado estar-se-á praticando ato discriminatório, passível de reprimenda pelos órgãos fiscalizadores.

Dessa forma, a título exemplificativo, foram eleitos quatro casos. O primeiro deles é o proselitismo religioso dentro do ambiente laboral. Empós, analisará o uso de signos religiosos pelo empregado, a realização de atos de culto no ambiente de trabalho e, por fim, os dias de guarda religiosos.

4.3.1 Proselitismo religioso no ambiente de trabalho

A primeira situação a ser analisar é a questão do proselitismo religioso no ambiente de trabalho, com a finalidade de averiguar, a partir da acomodação razoável, se pode haver uma vedação absoluta por parte do empregador.

Aloísio Cristovam Santos Jr. (2013, p.273) define proselitismo como "a atividade que o crente desenvolve ao difundir, por quaisquer meios, as ideias e crenças que professa com o objetivo de conquistar novos adeptos à sua religião". Em algumas religiões, como é o caso do cristianismo, anunciar o que se crê constitui-se pilares da sua fé e uma ordenança direta para os fies, cujo descumprimento levaria a uma situação de desobediência.

Há quem entenda o proselitismo religioso como algo perturbador da paz e fonte de conflitos interpessoais (CORREIA, 2012). No entanto, conforme já aponto no início desse trabalho, a liberdade de expressão é plano de fundo da liberdade religiosa. Como lembrado por Santos Jr. (2013), "é inegável que a difusão das crenças constitui um corolário da liberdade de manifestação do pensamento, não diferindo essencialmente do direito que qualquer cidadão possui de externar as suas opiniões políticas ou ideológicas".

Manoel Jorge e Silva Neto (2008) se posiciona contra o proselitismo religioso dentro do ambiente de trabalho, haja vista que, segundo o autor, o ato violaria os direitos individuais dos demais trabalhadores. Para Silva Neto, nos casos, cabe até mesmo rescisão por justa causa do empregado por incontinência de conduta.

Em sentido contrário, Edilton Meireles (2005) afirma que não há violação dos direitos dos demais empregados o ato, por si só, praticado por outro empregado que faz proselitismo religioso no ambiente de trabalho. Segundo o autor, assim como é assegurado alguém falar, não se obriga a ninguém ouvir.

Diante do impasse, a distinção entre proselitismo religioso abusivo e não abusivo deve se fazer necessária, conforme salienta Santos Jr. (2013). O simples ato de expor sua crença não pode constitui-se um ilícito, haja vista a inequívoca proteção constitucional ao direito subjetivo. Contudo, deve ser afastada qualquer tentativa agressiva, insistente e inconveniente praticada em nome do direito, pois, nesse caso, "tem-se o exercício anormal do direito, havendo respeito à estrutura formal da norma, embora com violação à sua afetação substancial, funcional ou teleológica enquanto que no ato ilícito há uma contradição entre a norma e o fato realizado" (MEIRELES, 2015, p. 28).

Por tudo que prega a teoria da acomodação razoável, não caberia uma norma interna ou disposição contratual que proíbe o proselitismo religioso dentro do ambiente de trabalho, muito menos admissível seria a resilição por justa causa do empregado pelo simples ato de expor sua crença, sob pena de discriminação religiosa.

Pela teoria, obviamente, não cabe ao empregado utilizar o horário regular de trabalho para a prática de tais atos, haja vista constituiria uma violação ao contrato de trabalho que prevê a prestação de serviço em determinada carga horária previamente estabelecida (SANTOS JR, 2013). Contudo, compatível seria a utilização do intervalo intrajornada ou o início e fim do expediente, resguardado o direito inequívoco dos demais trabalhadores, também detentores de liberdade religiosa e outros direitos, de não ouvirem se assim não desejarem.

4.3.2 Uso de signos de identificação religiosa

Outra situação a ser analisada é a questão que envolve uso de signos de identificação religiosa.

A expressão da fé é fundamental na concretização do direito à liberdade religiosa. Através de usos de símbolos, hábitos e costumes os crentes manifestam sua crença como um

modo de vida. Como dito no primeiro capítulo desse trabalho, a dimensão da fé das pessoas alcança todas as esferas e não se resume a frequentar um culto religiosa.

A necessidade religiosa de uso de símbolos pode vim a estabelecer um conflito com o poder diretivo do empregador, posto que, dentro do poder diretivo está o de organização, no qual poderá promulgar regulamentos internos visando também a projeção da imagem da empresa perante o público. A questão aqui é a busca, portanto, pela ponderação dentro de uma perspectiva do dever de acomodação razoável.

Um caso emblemático envolvendo o uso de signos de identificação religiosa foi apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, envolvendo uma funcionária de uma companhia aérea. No caso, a empregada foi proibida de utilizar um crucifixo por conta de uma norma interna da empresa. Ela se recusou a deixar de usar, em virtude de um compromisso entre ela e sua fé. A empresa afastou a empregada sem remuneração, depois a realocou para funções administrativas e, tempo depois, alterou o regimento interno para permitir o uso de símbolos religiosos. A Empregada ingressou com ação no seu país, mas foi vencida até mesmo na Suprema Corte do Reino Unido, restando ingressar com uma reclamação na Corte Europeia (BBC, 2013; SANTOS JR., 2013).

Santos Jr. (2013, p. 323) informa que "o TEDH entendeu que as autoridades britânicas não conseguiram encontrar um justo equilíbrio entre o direito da trabalhadora de expressar sua fé religiosa e o direito empresarial de projetar uma determinada imagem corporativa". Dessa foi, o Reino Unido foi condenado a pagar uma indenização a trabalhadora. O Autor afirma que o que existe de plano de fundo nessa e em outras decisões do tribunal é a busca pela ponderação e equilíbrio justo. Deve-se ressaltar que a Corte entendeu, em outros casos, que a restrição é possível, desde que apresentado justo motivo, sob pena de discriminação.

Em julgamento ocorrido em 22/10/2010, a Primeira Turma do TRT da Bahia, no processo nº 0011300-81.2008.5.05.0464, apreciou um caso onde o trabalhador umbandista possuía a prática religiosa de todas as sextas-feiras vestir-se de branco e permanecer descalço no ambiente de trabalho, fato esse que ocorria desde a sua admissão. Ocorre que, após o empregador originário ter sido adquirido pelo Banco, a gerência regional tomou conhecimento da situação e proibiu o funcionário de assim se comportar, baseado no regimento interno, no qual exige o traje de forma conveniente e asseado. Em que pese à decisão de primeiro grau que condenou o empregador ao pagamento de indenização por danos morais, a Turma, no entanto, entendeu que não houve discriminação religiosa, nem humilhação à dignidade do trabalhador, haja vista que "o ambiente bancário reclama a utilização de trajes mais discretos e formais" (TRT5, 2010).

Outras situações envolvendo o tema aqui analisado poderiam ser exploradas, tais como o uso do turbante, camisetas com dizeres religiosos, uso de barba, véu, dentre outras situações que envolvem o tema.

Aloisio Cristovam Santos Jr. (2013) reconhece que a acomodação de símbolos religiosos possui dificuldade. No entanto, deve-se ponderar e buscar a conciliação. Para o autor, uma empresa que não exige farda abre espaço suficiente para acomodar uso de vestimentas e outros símbolos. O autor ainda afirma que não pode ser concedido um poder absoluto ao empregador de impor aos empregados como devem se vestir e o que não se deve se vestir, salvo disposições de segurança e saúde do trabalho.

Isabelly Gaudêncio e Aldo Gaudêncio (2016) defendem que a vedação do uso de signos pessoas presume-se discriminatória, mas deve ser admitido em razões de ordem técnica, sanitária ou de segurança. Segundo os autores (2016, p. 29) "É necessário buscar por meio da ponderação o justo equilíbrio entre um direito fundamental do trabalhador de manifestar a sua fé religiosa e a política patronal de uniformização do funcionário".

Por tudo que prega a acomodação razoável, não se observa encargo excessivo a permissão, por parte do empregador, do uso de crucifixo, colares e até mesmo torço. Outrossim, inexiste conflito para uma empresa cuja as atividades são exercidas todas em ambiente interno e de modo virtual ou telefônico, sem contanto com clientes e terceiros, vetar absolutamente o uso de camisas com dizeres religiosos, roupas brancas *quipá*, e até mesmo véu islâmico.

4.3.3 Atos de culto no ambiente de trabalho

Uma terceira situação a ser abordada é se a realização de atos de culto pelos empregados no ambiente de trabalho.

Não se trata aqui de analisar o ato de culto promovido pelo empregador, haja vista que a acomodação razoável, nesse trabalho, é analisada a partir de um dever patronal. Mas sim aqueles que são, espontaneamente, organizados pelos empregados, principalmente quando há adeptos de uma mesma crença, prática comum atualmente no ambiente laboral. Outra situação é a que envolve necessidade de realizar orações diárias ao longo dia, como é o caso dos Mulçumanos. Em ambas as situações estarão estabelecidas um conflito entre o poder diretivo e a liberdade religiosa dos empregados.

Na primeira situação, uma norma interna ou cláusula contratual que proibisse a conduta dos empregados, estaria incorrendo em discriminação religiosa, vez que, ao se reunirem para orar, os empregados atuam no exercício da sua fé, situação semelhante ao proselitismo religioso

(SANTOS JR., 2013). A partir da teoria do dever de acomodação razoável permitir orações durante o intervalor intrajornada e antes ou depois do expediente não constituiria um ônus ao empregador e garantiria efetividade ao direito fundamental daqueles empregados.

Como já dito anteriormente, a interpretação do art. 4º da CLT, mostra-se saliente com a ideia de realização de práticas religiosas no ambiente de trabalho e o período dispensado a elas não constitui tempo a disposição do empregador, não havendo qualquer prejuízo a jornada de trabalho para qual o mesmo fora contratado. Em outras palavras, se os empregados chegam trinta minutos antes do expediente e se reúnem para orar, tal conduta não representa um risco ao empregador e nem a obrigação de pagar horas extras.

Já no caso de empregados mulçumanos, a situação merece especial atenção, haja vista que a prática religiosa decorre de um condicionamento da religião que se segue, ou seja, uma necessidade baseada nos dogmas da religião e não um simples ato espontâneo. Ao mesmo tempo que, alguns dos horários destinados a orações - ao amanhecer, ao meio dia, à tarde, ao pôr do sol e a noite, os quais deverão ser realizadas em qualquer lugar, inclusive se o crente estiver no ambiente de trabalho - devem coincidir com o horário que o empregado estaria em jornada de trabalho regular. O período de duração é uma média de 5 a 10 minutos. (SANTOS JR., 2013).

Nesse quadro, o dever de acomodação razoável deverá buscar, se possível, a adaptação da necessidade do empregado e não promover a simples recusa a necessidade. Em um esforço para atender a prática religiosa, Santos Jr. (2013) afirma que a concessão de intervalos intrajornadas seria uma alternativa. Repita-se aqui o que já se disse sobre a realização de práticas religiosas e jornada de trabalho, com base na inovação trazida pela Lei 13.467/17.

O que se impõe é que o empregador demonstre, de forma sólida, eventual razão de não conseguir compatibilizar a realidade laboral com a necessidade do empregado e só assim o deixe de fazer sem que incorra em discriminação religiosa.

4.3.4 Dias de guarda religiosos

Uma quarta situação a ser analisada a partir do dever de acomodação é a necessidade do empregado em guardar dias considerados religiosos. Vale o registro que tal prática não é restrita aos Adventistas, religião mais conhecida no Brasil por guardar o sábado. Judeus, Mulçumanos e até mesmo Cristãos podem apresentar a necessidade de guarda do dia considerado sagrado.

Manoel Jorge e Silva Neto (2008) invoca não só a técnica de ponderação de interesses, mas também o princípio da cedência recíproca para defender um acordo de compensação de

jornada de trabalho, com prorrogação diária, com a finalidade de realizar a dispensa no dia sagrado. Para o autor, se a compensação é possível e o empregador recusa este viola a liberdade religiosa do empregado. Tal entendimento é o que mais se aproxima da teoria do dever de acomodação.

Edilton Meireles (2005), por sua vez, afirma que a empresa pode até realizar a compensação, mas não está obrigada a tanto, vez que a intolerância da empresa não representaria qualquer abuso de direito, pois não a empresa não estaria condicionada a suportar as ausências em virtude de sentimento religioso.

Já Aloisio Cristovam Santos Jr. (2013, p. 402), defende que "a função social da empresa impõe que a atividade econômica seja exercida de um modo que assegure, na maior medida possível, a promoção da cidadania no empregado". Se a empresa possui condições de acomodar o dia sagrado sem que isso lhe gere encargo excessivo, não poderá simplesmente recusar ou dispensar o empregado por justa causa.

A jurisprudência do TST vem, aos poucos, reconhecendo o direito dos trabalhadores que carecem da acomodação de tal necessidade. No julgamento ocorrido em 10/05/2017, no julgamento do RR nº 7458420115030066, em que pese não tenha havido menção a teoria do dever de acomodação patronal, a Primeira Turma do TST considerou discriminatória a dispensa de uma empregada adventista, haja vista que a empresa havia alegado que a empregada não possuía disponibilidade de horário para o emprego. No acórdão, foi lavrado que "o direito protestativo do empregador de proceder à "despedida imotivada" não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não-discriminação" (TST, 2010). A decisão anulou o ato de dispensa e determinou a reintegração da obreira¹³.

¹³ RECURSO DE REVISTA. EMPRESA PÚBLICA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CUNHO RELIGIOSO. CARACTERIZAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. RECURSO MAL APARELHADO.

^{1.} O egrégio Tribunal Regional consignou que a reclamante teria sido vítima de discriminação religiosa, sendo que a sua "despedida sem justa causa", assim denominada pelo empregador, teria ocorrido, na verdade, de forma arbitrária, ilegal e discriminatória. Explicou que, após o ingresso da autora nos quadros da reclamada em 07/05/2010, "Cientificada de que a reclamante possuía como imperativo de consciência a guarda do sétimo dia da semana, por professar a fé Adventista do Sétimo Dia, desde outubro/2006, conforme Certificado de Batismo de fl. 28 e Declaração de fl. 60, a reclamada passou a inexigir (sic) o seu labor aos sábados, consoante documentos de fls. 26/27 e 30", sendo que "A sua dispensa imotivada se deu em 25/07/2011 (fl. 108), 'por não possuir disponibilidade de horário para atender às necessidades do setor, e tendo em vista que não há outra vaga compatível para remanejamento'. Acrescentou que "não restou evidenciada nos autos a real necessidade da Administração Pública em relação ao trabalho da obreira aos sábados, e tampouco os eventuais prejuízos causados com a manutenção de suas atividades, deixando a ré de comprovar, ainda, a inexistência de vagas compatíveis para o respectivo remanejamento. Registou que "caberia à empregadora demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro, que não a circunstância de ordem religiosa ora retratada, ônus do qual não desincumbiu nos termos do art. 333, II do CPC c/c art. 818 da CLT". Em razão disso, considerou nula a dispensa imotivada da reclamante e determinou a reintegração da autora no emprego. 2. Violação do artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1 do TST não demonstradas, porque nada dispõem acerca da reintegração ao emprego fundada em ocorrência de dispensa discriminatória. (TST, 2017).

O dever de acomodação patronal impõe a busca por alternativas pelo empregador para compatibilizar a necessidade religiosa com a realidade da empresa. Se a empresa pode acomodar e não o faz, viola-se esse dever, incorrendo em atitude discriminatória.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou realizar um estudo acerca da teoria do dever de acomodação razoável nas relações de emprego, considerando a incidência do direito fundamental a liberdade religiosa em relações particulares.

A Constituição de 1988 assegurou a liberdade religiosa, sob o manto maior da liberdade de consciência e crença, como um direito fundamental, garantindo aos indivíduos proteção para crê e não crê no que quiserem sem que isso lhe custe. Tal garantia divide-se em liberdade de crença, de culto e de organização religiosa. Em todas as suas expressões, conferiu-se direito ao exercício regular da fé. Assim, o Estado laico não pode criar embaraços àquilo que a pessoas decidiram depositar sua fé, ao mesmo tempo em que deve ter a religião como uma cooperadora dos valores institucionais, vez que a característica de laico não o coloca como inimigo da religião.

Dessa forma, consolidou-se de forma ampla a liberdade religiosa, em sintonia com todos os instrumentos de direitos humanos internacionais, vez que a tolerância e o respeito à crença são conquistas de países constitucionais modernos que entenderam ser possível conviver com o pluralismo.

Logo, pretende-se a preservação da dignidade da pessoa humana, pois entende-se que a religião não se traduz em um mero acessório, mas é um elemento que compõe sua identidade e relaciona-se com sua visão de mundo. A dimensão da fé das pessoas não pode ser desprezada, posto que isso representaria uma verdadeira violência ao indivíduo, reduzindo sua dignidade, postura essa rechaçada no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado não deve somente se abster de praticar condutas comissivas que venham a violar o direito fundamental, mas também deve realizar sua proteção, resguardando a todos de qualquer forma de discriminação religiosa, seja por instrumentos internos próprios, seja através de convenções internacionais.

Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe a vinculação dos particulares à preservação de tais garantias, vez que os mesmos se irradiam por todo o ordenamento jurídico e funcionam como elementos norteadores.

É cristalino que não há qualquer compatibilidade no direito brasileiro com a teoria *state action*, haja vista a natureza interventiva da Carta de 88, a constitucionalização do direito privado, a função social atribuída a propriedade, e expressa previsão de aplicabilidade imediata

dos direitos fundamentais, além da ideia ser dissociada de uma realidade brasileira marcada pela profunda desigualdade social e econômica.

A teoria da eficácia mediata e os deveres de proteção mostram-se insuficientes aos anseios constitucionais, pois deixa a efetividade dos direitos fundamentais refém da atuação do legislador ou da interpretação de um juiz sobre os conceitos indeterminados, criando-se, portanto, um obstáculo à efetiva proteção.

Assim, pode-se afirmar que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma realidade no direito brasileiro, amplamente aceito e debatido pela doutrina e jurisprudência, conforme apontado, pois já se percebeu que não se pode privilegiar, de modo absoluto, a autonomia privada quando dois ou mais indivíduos encontra-se em total posição de assimetria.

As relações de trabalho, marcadas essencialmente pela desigualdade das partes, fruto do poder empregatício e da exigência de subordinação, torna-se um campo propício para a incidência dos diretos fundamentais, como é o caso da liberdade religiosa, demonstrada nesse trabalho. O que se quer dizer é que os empregadores estão vinculados a garantir a efetividade da liberdade religiosa dos seus empregados, na medida dos seus limites, sob pena de incorrer em discriminação.

A acomodação razoável surge, então, como uma importante via de efetivação do exercício da cidadania pelo empregado, pois atribui-se ao empregador que busque alternativas para atender à necessidade religiosa do seu empregado, sendo-lhe facultado a recusa caso isso represente um encargo excessivo. Cabe dizer que a existência de um ônus desproporcional deve ser demonstrado empiricamente, pois, custo mínimo é admissível, haja vista a função social da empresa e os riscos da atividade empresarial.

Não se constatou nenhuma lei específica no Brasil que imponha ao empregar o dever de acomodação, como acontece em outros países. Do mesmo modo, não se vislumbrou, a priori, uma aplicação expressa na jurisprudencial trabalhista da teoria. No entanto, o sistema constitucional brasileiro não comporta medidas que obriguem o empregado a abandonar suas crenças para se manter no emprego, sob pena de ter sua dignidade maculada, pelo que torna necessário a busca pela efetiva acomodação das práticas religiosas dos empregados.

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, eficácia direta dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a função social da empresa, o princípio da igualdade no seu aspecto material, suprem a ausência de lei específica, e tornam o dever de acomodação razoável plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, pois o que se pretende é a assegurar proteção aos trabalhadores. Não se quer dizer com isso, no

entanto, que disposição legislativa sobre o tema se mostre desnecessária, pelo contrário, seria a consagração definitiva da teoria e uma forma de impulsionar sua aplicação.

Por outro lado, é bem verdade que a acomodação razoável já está incorporada no ordenamento jurídico pátrio, através da Convenção internacional sobre pessoas com deficiência, ratificada pelo Brasil, apesar da previsão ter por objetivo a proteção as pessoas com deficiência.

Fatalmente, o dever de acomodar razoavelmente impõe limites ao poder diretivo do empregador, pois restringe determinadas condutas que podem ser configuradas como discriminação religiosa, vez que não é exigido do empregado que deixe de ser religioso ao ingressar no ambiente de trabalhe. Esse poder empregatício encontra-se vinculado ao cumprimento da função social e a preservação da dignidade do trabalhador, consequentemente, limites de atuação, como o dever aqui estudado, torna-se uma obrigação que se impõe a esse particular.

Quando um empregador pode acomodar e utiliza-se do seu poder diretivo para recusar o atendimento à necessidade religiosa, incorre em discriminação, prática que enseja não só indenização por eventuais danos morais, mas também a reintegração, caso tenha sido dispensado, com direito a percepção ao recebimento de todo o salário do período que esteve afastado, nos termos da Lei 9029/1995. Por outro lado, a posição que se deve ter com relação ao contrato de trabalho quando não se consegue compatibilizar a necessidade e a realidade laboral é completa e merece pesquisa própria.

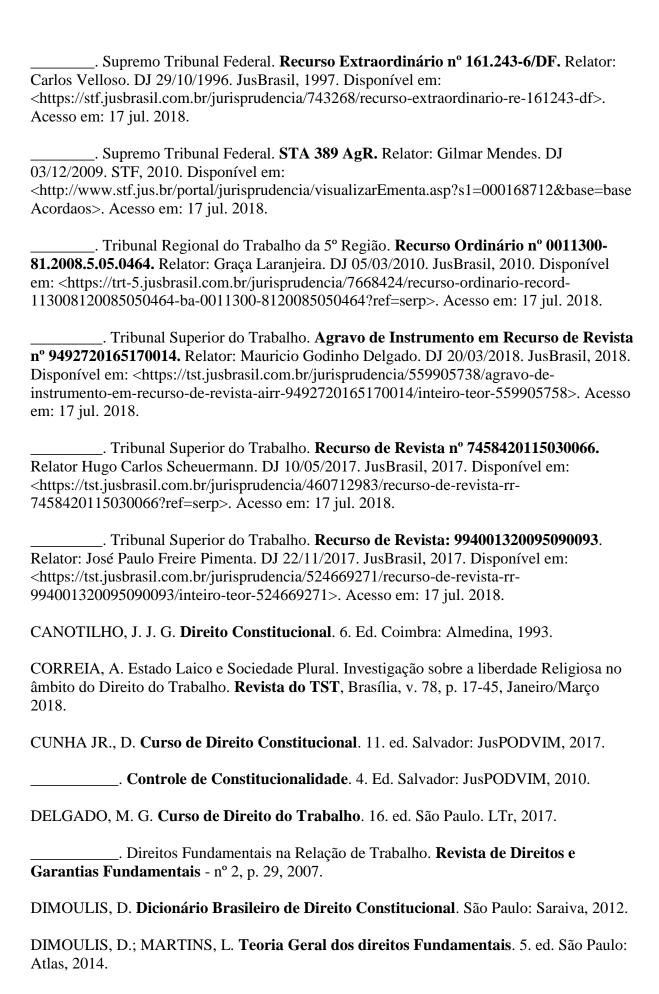
Os casos concretos trazidos a título exemplificativo demonstram que o que se pretende do empregador é um esforço para compatibilizar a prática religiosa dos empregados com a necessidade laboral. Impõe-se, portanto, o dever patronal de respeitar a identidade religiosa do empregado, que não pode ser menosprezada ou tida como uma futilidade, pois, repita-se, a dimensão da fé das pessoas pode ser mais ampla do que se julga e colocar o trabalhador para optar entre sua fonte de subsistência e sua crença é uma violência não comportada no nosso ordenamento jurídico, que tem por fundamento basilar a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

Acesso em: 17 jul. 2018.

ABRANTES, J. J. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais. 1. Ed. Lisboa: Coimbra, 2005. ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015 Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. In Revista Española de derecho constitucional, n. 91, janeiro-abril, 2011, pag. 11-29. ANDRADE, A. D. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa e a sua Repercussão nas Relações de Emprego. **Revista do CEPEJ**, Salvador, v. 1, p. 25-45, 2014. BARROS, A. M. D. Curso de Direito do Trabalho. 10. Ed. São Paulo: LTr, 2016. BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 BÍBLIA DE ESTUDO PLENITUDE. Tradução de João Ferreira Almeida. 4. ed. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 2015. BONAVIDES, P. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais e **Justica** n° 3, p. 12, abril/junho 2008. BOOBBIO, N. A era dos Direitos. 7. Ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004. BRAGA, P. S. Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas particulares. UFBA - Faculdade de Direito. Salvador, p. 234. 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.815/DF. Relatora Ministra Carmem Lúcia. DJ 10/06/2015. STF, 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 jul. 2018. . Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 1008625. Relator: Luiz Fux. DJ 19/12/2016. STF, 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000313883&base=base Monocraticas>. Acesso em: 17 jul. 2018. . Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819/RJ.** Relatora original: Ellen Gracie. DJ 11/10/2005. JusBrasil, 2006. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj. Acesso em: 17 jul. 2018. _. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS.** Relator: Marco Aurélio. DJ 07/06/1996. JusBrasil, 1996. Disponível em:

https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs.



- FRANCA, V. C. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. UFBA. Salvador, p. 172. 2009.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 1, 2014.
- GASPAR, G. C. R. Colisão de Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego em Organizações de Tendência. UFBA. Salvador, p. 177. 2015.
- GAUDÊNCIO, I. C. G.; GAUDENCIO, A. C. F. Liberdade Religiosa e Conflitos Religiosos no Ambiente de Trabalho. **Revista de Direito, fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais,** Curitiba, v. 2, p. 19-34, Julho/Dezembro 2016. ISSN 2525 9903.
- GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D.A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**, Belo Horizonte, v. 50, p. 21-39, Julho/Dezembro 2009.
- GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de Direito do Trabalho**. 18°. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HENRIQUES, J. G. **Quando a Religião Colide Com o trabalho**. 2013. Disponível em: https://www.publico.pt/2013/02/03/jornal/quando-a-religiao-colide-com-o-trabalho-25984523 . Acesso em: 17 jul. 2018
- IBGE. **Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018.** Agência de notícias, 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html. Acesso em: 17 jul. 2018.
- LEITE, C. H. B. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional RBDC**, n°17, p.13, Janeiro/Junho, 2011.
- ______, Curso de Direito do Trabalho. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACHADO, J. E. M. Liberdade e Igualdade Religiosa no local de Trabalho Breves apontamentos. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região** nº 03, p. 7-19, 2010.
- MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O novo conceito sob as Lentes de uma Gramatica Constitucional Exclusiva. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, Junho 2011. ISSN 1806-6445.
- MARTINEZ, L. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEIRELES, E. Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004.
- MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** Estudo de Direito Constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. MORAES, A. D. Direito Constitucional. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. _, **Direitos Humanos Fundamentais.** 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. OLIVEIRA FILHO, J. G. Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008. PIGOTT, R. British Airways Christian employee Nadia Eweida wins case. 2013. Disponível em: < https://www.bbc.co.uk/news/uk-21025332> Acesso em: 17/07/2018 PRODANOV, Cleber Cristiano. FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. QUEIROZ, R. B. Da Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais nas relações Privadas. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, p. 185-208, 2006. REIS, J. B. Liberdade Religiosa no Ambiente de Trabalho e o Dever de Acomodação. Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Jacarezinho, p. 133. 2015. SANTOS JUNIOR, A. C. A liberdade de organização religiosa e o Estado Laico Brasileiro. São Paulo: Mackenzie. 2007. __, 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, I. W. A. A Eficácia dos Direitos fundamentais- Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana**- Conteúdos Trajetórias e Metodologia. Belo horizonte: Fórum, 2016. , Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEFERJAN, T. R. Liberdade Religiosa e Laicidade do Estado na Constituição de 1988. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 162. 2012.

SARMENTO, D.; GOMES, F. R. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101,

out/dez 2011.

SETUBAL, A. M. D. C. Aspectos Interdisciplinares e Jurídicos-Trabalhista do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa. UFBA. Salvador, p. 248. 2011.

SILVA NETO, M. J. **Proteção Constitucional à liberdade Religiosa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

proteção constitucional da liberdade Religiosa. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, ano 4, nº 16, p.111, Outubro/Dezembro 2003.

_____. O Direito Fundamental a Liberdade Religiosa dos Trabalhadores. São Paulo, p. 46-54. 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOARES, R. M. F. O Discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro. UFBA. Salvador, p. 277. 2008.

SOUZA, J. S. A Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa na relação de emprego e a teoria do dever da acomodação razoável. Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 151. 2017.

TAVARES, A. R. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

UBILLOS, J. M. B. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos. **Revista da AJURIS**, v. 32, n. 98, p. 335-367, JUN 2055. ISSN 2358-2480.

WEINGARTNER NETO, J.; SARLET, I. W. Liberdade Religiosa no Brasil com Destaque para o Marco Juridico-Constitucional e a Jurisprudência do STF. REPATS - **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 3, p. 59-104, Julho/Dezembro 2016. ISSN 2359-5299.

WYZYKOWSKI, A. B. V. Concretização do Direito fundamental ao Lazer nas Relações de Emprego. UFBA. Salvador, p. 241. 2012.