



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

GABRIELA CURI RAMOS GASPAR

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
DE EMPREGO EM ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA**

Salvador
2015

GABRIELA CURI RAMOS GASPAR

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
DE EMPREGO EM ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos,.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho.

Salvador
2015

GABRIELA CURI RAMOS GASPAR

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
DE EMPREGO EM ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 30 de Janeiro de 2015:

Banca Examinadora

Nome: Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Edilton Meireles
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dra. Daniela Muradas
Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais

Salvador, 30 de janeiro de 2015

Aos meus queridos pais, pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Mesmo que faltem as palavras, não posso deixar de agradecer a todos aqueles que contribuíram de forma significativa para a elaboração desta pesquisa científica.

Inicialmente, agradeço a Deus, luz do meu caminho, por me guiar em todos os momentos, sobretudo nos mais difíceis, não me deixando fraquejar e me dando forças para seguir em frente.

Aos meus pais, Carlos Henrique e Elvira, por estarem sempre ao meu lado, independente de qualquer coisa, por terem me transmitido valores e princípios e por sonhar este sonho junto comigo. Esta vitória também é de vocês.

À minha irmã linda, Luana, companheira inseparável, amiga de todas as horas, por alegrar os meus dias. Amo muito você.

Ao meu amado esposo Danilo, pelo amor, incentivo e compreensão imprescindíveis nesta caminhada e por me fazer acreditar que é possível. Tudo ao seu lado é mais bonito.

Ao meu amado orientador, o Professor Doutor Rodolfo Pamplona. O que quer que eu escreva será pouco para expressar o sentimento de gratidão que tenho por você. Obrigada por acreditar em mim, no meu potencial, pela paciência, pelos conselhos, pela disponibilidade de sempre, enfim, obrigada por ser essa pessoa extraordinária.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelos ensinamentos que serviram de base ao desenvolvimento deste trabalho, em especial ao querido Professor Doutor Edilton Meireles, por dividir comigo, ao longo das disciplinas, lições valiosas, bem como pela ajuda incomensurável na presente pesquisa científica.

À querida Professora Doutora Daniela Muradas, pela paciência e carinho com que me tratou desde o primeiro instante em que a convidei para fazer parte da realização desse projeto.

Aos meus colegas de mestrado, pelos debates e aprendizado, por compartilhar momentos felizes e tormentosos, em especial, minhas amigas Andréa Leone, Carliane Carvalho, Jéssica Hind e Taís Dórea, verdadeiros presentes que o mestrado me deu e que

levarei sempre comigo. Obrigada por vocês terem tornado essa caminhada mais alegre, colorida e prazerosa.

Às minhas amigas de toda a vida, Andréa, Camila, Catarina, Manuela e Priscilla, por compreenderem minhas ausências, por vibrarem junto comigo as minhas conquistas e me darem força quando preciso.

“O amor, entretanto, é a mais
eficiente lição para o
autoencontro
para a autorrealização, para a
construção da sociedade mais
feliz e mais pacífica”

(Joanna de Angelis)

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. Colisão de direitos fundamentais nas relações de emprego em organizações de tendência. 177 f. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

O presente estudo é composto por sete capítulos. O primeiro consiste na introdução do presente trabalho. O segundo capítulo consiste em noções introdutórias indispensáveis para a compreensão do tema, partindo de uma visão geral acerca da teoria dos direitos fundamentais, a qual consiste na análise da terminologia, na análise do conceito desses direitos fundamentais e sua evolução ao longo do tempo, dividindo, didaticamente, em cinco dimensões; na análise acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisando-se, especificamente, dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e, por fim, a colisão de direitos fundamentais e as formas de solução desse tipo de conflito. Já no terceiro capítulo, é feita uma abordagem do princípio do pluralismo, tão importante nas sociedades democráticas, sobretudo para as organizações de tendência. Assim, serão abordados os aspectos gerais sobre o pluralismo, seu conceito e suas vertentes, como o pensamento liberal, comunitário e crítico deliberativo, bem como será o pluralismo analisado sob o prisma dos direitos fundamentais e sua importância na Constituição Federal de 1988. Em seguida, no capítulo quatro, serão lembradas as faculdades de direção do empregador, perpassando pela terminologia, conceito, teorias que visam conferir fundamento a essas faculdades e as facetas dessas faculdades de direção. Por fim, encerra-se o referido capítulo abordando os limites dessas faculdades de direção do empregador. Já o quinto capítulo está destinado às organizações de tendência, iniciando-se pelos antecedentes históricos; perpassando pela conceituação trazida pela doutrina, quais organizações se enquadram neste conceito, analisando, ainda, o porquê da terminologia organização e não empresa. Nesse capítulo, também são abordadas as características imprescindíveis dessas organizações, como ser a plasmação do pluralismo, a presença de uma ideologia, serem, essas organizações, realizadoras de direitos fundamentais de seus titulares. Ainda no capítulo cinco é visto o contrato de trabalho nas organizações e suas peculiaridades, como os tipos de vínculo associativo, a diferença entre filiados, funcionários e dirigentes; como os tipos de tarefa desenvolvida pelos funcionários, se são tarefas de tendência (*Tendenzträger*) ou se são tarefas neutras; a incidência da ideologia do empregador na prestação laboral e o conteúdo da prestação laboral ideológica. Posteriormente, passa-se ao estudo, no capítulo seis, efetivamente, dos limites à liberdade de empresa e à faculdade de direção do empregador nas organizações de tendência, primeiro, no período Pré-Contratual de seleção do candidato, verificando os limites da atividade de investigação do empregador e o dever de diligência e boa-fé contratual, o dever de informação do candidato e a possibilidade deste de responder a perguntas ilícitas; segundo, durante a execução do contrato de trabalho ideológico, analisando os limites à faculdade de direção e controle do empregador, bem como os limites à liberdade de expressão e informação do empregado nas organizações de tendência. Ainda no capítulo seis, é feito um estudo casuístico, aplicando os conceitos e critérios elaborados nos tópicos anteriores, a partir da análise da colisão de direitos fundamentais em alguns empregadores típicos, a saber: as instituições privadas de educação, os meios de comunicação ideológicos, os movimentos políticos e sindicais e as igrejas, grupos e congregações religiosas. Por fim, o sétimo e último capítulo refere-se às conclusões a que se chegou com o presente trabalho.

Palavras-chave: Organizações de Tendência. Ideologia. Direitos Fundamentais. Colisão. Liberdade de Expressão.

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. Fundamental rights colision in affiliated organizations workplace relationships. 177 pp. 2015. Master's Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

This study is divided into seven chapters. The first is the introduction. The second chapter consists of introductory material critical to understand the topic, starting with an overview of the theory of fundamental rights, which includes an analysis of the terminology, an analysis of the concepts of these fundamental rights and their evolution over time, which fall, didactically speaking, into five categories; an analysis of horizontal effectiveness of fundamental rights of individuals relative to other individuals, analyzing, specifically, fundamental rights in workplace relationships and, finally, conflicting fundamental rights and ways of resolving these conflicts. In the third chapter, the principle of pluralism is discussed, so important in democratic societies, especially in affiliated organizations. Thus, general aspects of pluralism will be discussed, its concept and variations, such as liberal, communal and critical thought, as well as pluralism analyzed from a fundamental rights perspective and its importance in the Federal Constitution of 1988. Next, in chapter four, the administrative powers of the employer are revisited, including terminology, concept, theories that provide a justification of the powers and the characteristics of these powers. Finally, this chapter ends with discussion on the limits of an employer's administrative powers. The fifth chapter deals with affiliated organizations, starting with a historical background, discussing its conceptualization in legal doctrine, which organizations fit this concept, analyzing, also, why the term organization is used and not company. In this chapter, essential characteristics of these organizations are discussed, such as how pluralism took shape, the existence of an ideology, these organizations, that fulfill the fundamental rights of their stakeholders. Also in chapter five, the organizations' labor contracts and their peculiarities are discussed, such as the types of labor arrangements, the difference between associates, employees, and management; how the different tasks are performed by the employees, whether they are tasks in line with the organization's affiliation (Tendenzträger), or neutral tasks; the influence of the employer's ideology on the work performed; the content of the ideological work performed. Then in chapter six, the limits of the freedom to conduct business and the administrative powers of the employer in affiliated organizations are discussed, first, in the Pre-Contractual period, the selection of a candidate, verifying investigative limits of the employer and the obligation of contractual diligence and good faith, the requirements of candidate information and the possibility of responding to illegal questions; secondly, during the performance of ideology-related work, analyzing the limits of an employer's administrative control powers, as well as limits on the freedom of speech and information of employees in affiliated organizations. Also in chapter six, a casuistic study was done, applying concepts and criteria developed in previous topics, starting with the analysis of conflicting fundamental rights with some typical employers: private educational institutions, ideological means of communication, political movements, unions and churches and religious groups. Finally, in the seventh and last chapter, conclusions are drawn from this study.

Keywords: Affiliated organizations. Ideology. Fundamental Rights. Conflict. Freedom of speech.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DO	Diário Oficial
DOU	Diário Oficial da União.
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SÉC	Século
STF	Superior Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2. UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.1 TERMINOLOGIA E CONCEITO	18
2.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES	22
2.2.1 Antecedentes Históricos	22
2.2.2 Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	24
2.2.3 Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão	26
2.2.4 Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão	28
2.2.5 Os Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão	29
2.2.6. Os Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão	30
2.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	34
2.5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
3. O PRINCÍPIO DO PLURALISMO COMO REFLEXO DO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLIDENTES	43
3.1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO PLURALISMO	43
3.1.1 Conceito	43
3.1.2 O Pensamento Liberal – a Subjetividade das Concepções Individuais Sobre a Vida Digna	46
3.1.3. O Pensamento Comunitário – a Intrasubjetividade das Identidades Sociais	48
3.1.4. O Pensamento Crítico-Deliberativo – a Intersubjetividade Habermasiana	49
3.2 O PLURALISMO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
3.3 O PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	53
4. RELEMBRANDO AS FACULDADES DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	56
4.1. TERMINOLOGIA	56
4.2 CONCEITO	58
4.3 FUNDAMENTOS DA FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	60
4.3.1 Teoria da Propriedade Privada	60
4.3.2 Teoria Institucional	62
4.3.3 Teoria Contratual e Liberdade de Empresa	64
4.4 AS FACETAS DA FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	68
4.4.1 Faculdade de Direção <i>Stricto Sensu</i>	68

4.4.2 Faculdade de Regularizar	69
4.4.3 Faculdade de Fiscalizar	69
4.4.4 Faculdade de Disciplinar	77
4.5 LIMITES À FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	79
5. AS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA COMO FRUTO DE UMA SOCIEDADE PLURAL	83
5.1 A FIGURA DO EMPREGADOR DE TENDÊNCIA	83
5.1.1 Antecedentes Históricos	83
5.1.2 Organizações ou empresas de tendência?	84
5.1.3 Delimitação Conceitual	87
5.1.4 Características	90
<i>5.1.4.1 As organizações de tendência como plasmação do pluralismo</i>	90
<i>5.1.4.2 O caráter ideológico</i>	93
<i>5.1.4.3 As Organizações de tendência como realizadora de direitos fundamentais</i>	96
5.2 DO CONTRATO DE TRABALHO NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA	97
5.2.1 Contrato de Trabalho e Vínculo Associativo: filiados, funcionários e dirigentes	98
5.2.2 Tarefas De Tendência (Tendenzträger) E Tarefas Neutras	101
5.2.3 A Incidência da Ideologia do Empregador na Prestação Laboral	105
5.2.4 Do Conteúdo Da Prestação Laboral Ideológica: deveres acessórios	108
<i>5.2.4.1 Boa-fé e diligência/colaboração nos trabalhos ideológicos</i>	108
<i>5.2.4.2 A possível existência de um dever de fidelidade: a adesão ou o simples respeito</i>	110
<i>5.2.4.3 Boa-fé e relação ideológica</i>	113
6. LIMITES À LIBERDADE DE EMPRESA E À FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA	116
6.1 PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL: DA SELEÇÃO DO CANDIDATO	116
6.1.1 Os Limites da Atividade de Investigação	116
6.1.2 Diligência e Boa-Fé: dever de informação e possibilidade de responder a perguntas ilícitas	121
6.2 DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO IDEOLÓGICO	123
6.2.1 Os Limites à Faculdade de Direção e Controle do Empregador	124
6.2.2 Os Limites à Liberdade de Expressão e Informação nas Organizações de Tendência	126
6.3 DA FASE EXTINTIVA DO CONTRATO DE TRABALHO	132

6.4 ANÁLISE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ALGUNS EMPREGADORES IDEOLÓGICOS TÍPICOS	138
6.4.1 As Instituições Privadas de Educação	138
6.4.2 Os Meios de Comunicação Ideológicos	146
6.4.3 Os Movimentos Políticos e Sindicais	152
6.4.4 Igrejas, Grupos e Congregações Religiosas	154
7. CONCLUSÕES	158
REFERÊNCIAS	171

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado versa sobre a colisão de direitos fundamentais que ocorre nas relações de emprego no âmbito das organizações de tendência. Vale dizer, até que ponto a ideologia da organização de tendência pode limitar direitos fundamentais do empregado, assim como até que ponto a liberdade de expressão do empregado pode ser exercida sem que afete os direitos fundamentais do titular destas especiais organizações, considerando os aspectos constitucionais, legais, o contexto social que o circunda, bem como a forma como o direito comparado trata do tema.

A presente investigação científica, orientada pelo professor Rodolfo Pamplona, foi desenvolvida dentro da área de concentração denominada Relações Sociais e Novos Direitos, estando atrelada à linha de pesquisa que investiga o Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, especificamente, a Tutela de Direitos da Personalidade na Relação de Emprego.

A pesquisa foi orientada pelo seguinte problema: pode o titular das organizações de tendência limitar os direitos fundamentais pessoais do trabalhador em virtude da sua ideologia ou, ao contrário, o empregado de uma organização de tendência pode exercer livremente seus direitos fundamentais sem nenhum tipo de restrição?

A partir deste questionamento, se chegou à seguinte hipótese de investigação: os direitos fundamentais tanto dos empregados, quanto dos empregadores, por serem colidentes, podem sofrer restrições, contudo, somente se baseadas em critérios hermenêuticos como o da concordância prática, a proporcionalidade em sua tripla dimensão e critérios objetivos para a solução do caso concreto, para que se assegure o mínimo de restrição possível a um direito fundamental em detrimento de outro, de modo que nenhum se esvazie por completo, vale dizer, que seja sempre respeitado o seu núcleo essencial.

Ademais, justifica-se uma vez que existe a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, enquanto cidadãos, especialmente o direito à livre manifestação do pensamento em seus diversos domínios, a liberdade de expressão, a imagem, a vida privada, e os direitos fundamentais do titular das organizações de tendência, como a liberdade de expressão, liberdade religiosa, de culto, baseado no pluralismo, na livre

iniciativa, na liberdade de associação, bem como o direito de direcionar as atividades desenvolvidas pela organização.

Trata-se, portanto, de um trabalho científico cuja importância teórica, prática e social é consequência natural. A importância teórica revela-se no fato de que o presente trabalho investiga um tema para o qual não há legislação específica que o regule, e até mesmo a doutrina brasileira pouco fala e discute sobre o assunto, apesar de envolver direitos tão importantes.

A importância prática, por seu turno, aparece quando do surgimento de um conflito como este, no qual os tribunais pátrios tendem sempre a considerar toda e qualquer atitude do empregador ideológico como discriminatória, não enfrentando diretamente o tema das organizações de tendência, que são de suma importância para o fortalecimento de uma sociedade pluralista e democrática.

No desenvolvimento dessa investigação científica, utilizou-se como marco teórico a referência ao princípio pluralista, que, em síntese, se identifica como um sistema de organização social, cultural e política da comunidade, dando lugar a uma série de corpos intermediários ou formações sociais distintas do Estado, que, em princípio, poderá dizer-se que as organizações de tendência materializam o sistema pluralista em que se organiza a sociedade.

Nesse sentido, podem assim ser entendidas como organizações de tendências os partidos políticos; os sindicatos; a Igreja Católica e demais instituições religiosas; as atividades relacionadas com a expressão, difusão ou comunicação de pensamentos; as organizações privadas de ensino.

Percebe-se assim, que, para uma organização ser considerada como “organização de tendência”, é preciso que a atividade se desenvolva em vista não de uma finalidade moral distante e abstrata, mas devendo ser uma difusão de uma determinada ideologia inspirada em valores claramente reconhecíveis, sob pena de atentar aos direitos e liberdades dos grupos menores, desvirtuando o pluralismo substancial, base do sistema democrático.

Sem embargo, em decorrência do tratamento dado às relações laborais nas organizações de tendência, é frequente pressupor e exigir a adesão do trabalhador à linha ideológica da organização, eliminando a possibilidade de que se tenha e que sejam difundidas opiniões contrastantes com as do empregador. Porém, é imprescindível questionar-se em que termos e com que limites a ideologia do empresário pode formar parte do conteúdo da relação laboral.

A metodologia aplicada à pesquisa em questão revelou um caráter exploratório, tendo como objetivo principal proporcionar uma maior familiaridade com o problema lançado, aprimorando e fortalecendo as idéias que cercam o tema da presente obra. Para tanto, a presente pesquisa exploratória assumiu a forma de pesquisa bibliográfica, baseada nas sucessivas pesquisas em livros, publicações periódicas e impressos diversos. A coleta de dados também se baseou em relatos de entrevistas e em seminários e congressos que trataram de assuntos correlatos à presente pesquisa.

Assim é que se chegou à presente dissertação de mestrado, estruturada em 07 (sete) capítulos. O primeiro, que é a presente introdução. O segundo capítulo consiste em noções introdutórias indispensáveis para a compreensão do tema, partindo de uma visão geral acerca da teoria dos direitos fundamentais, a qual consiste na análise da terminologia que, ao longo da sua evolução, já recebeu diversas denominações e que, atualmente, se convencionou chamar direitos fundamentais; na análise do conceito destes direitos fundamentais e sua evolução ao longo do tempo, sendo dividida, didaticamente, em cinco dimensões; na análise acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisando-se, especificamente, dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e, por fim, a colisão de direitos fundamentais e as formas de solução deste tipo de conflito.

Já no terceiro capítulo, é feita uma abordagem do princípio do pluralismo, tão importante nas sociedades democráticas, sobretudo para as organizações de tendência, consoante será demonstrado. Assim, serão abordados os aspectos gerais sobre o pluralismo, seu conceito e suas vertentes, como o pensamento liberal, comunitário e crítico deliberativo, bem como será o pluralismo analisado sob o prisma dos direitos fundamentais e sua importância na Constituição Federal de 1988. Em seguida, no capítulo quatro, serão lembradas as faculdades de direção do empregador, perpassando pela terminologia, conceito, teorias que visam conferir fundamento a estas faculdades; as facetas destas faculdades de direção, como a faculdade de direção *stricto sensu*, de regulamentar, fiscalizar e disciplinar do empregador. Por fim, encerra-se o referido capítulo abordando os limites a estas faculdades de direção do empregador.

Já o quinto capítulo está destinado às organizações de tendência, iniciando-se os antecedentes históricos, ou seja, onde e como surgiu esse conceito; a conceituação trazida pela doutrina do que seriam, de fato, as organizações de tendência, quais organizações se enquadram nesse conceito, analisando, ainda, o porquê da terminologia organização e não empresa. Neste capítulo, também são abordadas as características imprescindíveis destas

organizações, como ser a plasmação do pluralismo, a presença de uma ideologia, serem, essas organizações, realizadoras de direitos fundamentais de seus titulares. Ainda no capítulo cinco, é visto o contrato de trabalho nas organizações e suas peculiaridades, como o vínculo associativo, a diferença entre filiados, funcionários e dirigentes; como os tipos de tarefa desenvolvida pelos funcionários, se são tarefas de tendência (Tendenzträger) ou se são tarefas neutras; a incidência da ideologia do empregador na prestação laboral; e o conteúdo da prestação laboral ideológica, vale dizer, os deveres acessórios: a boa-fé e diligência/colaboração nos trabalhos ideológicos, a possível existência de um dever de fidelidade (a adesão ou o simples respeito) e boa-fé.

Posteriormente, passa-se ao estudo, no capítulo seis, efetivamente, dos limites à liberdade de empresa e à faculdade de direção do empregador nas organizações de tendência, primeiro, no período Pré-Contratual, de seleção do candidato, verificando os limites da atividade de investigação do empregador e o dever de diligência e boa-fé contratual, o dever de informação do candidato e a possibilidade deste de responder a perguntas ilícitas; segundo, durante a execução do contrato de trabalho ideológico, analisando os limites à faculdade de direção e controle do empregador, bem como os limites à liberdade de expressão e informação do empregado nas organizações de tendência.

Ainda no capítulo seis, é feito um estudo casuístico, aplicando os conceitos e critérios elaborados nos tópicos anteriores, a partir da análise da colisão de direitos fundamentais em alguns empregadores típicos, a saber: as instituições privadas de educação, os meios de comunicação ideológicos, os movimentos políticos e sindicais, e as igrejas, grupos e congregações religiosas. Por fim, o sétimo e último capítulo refere-se às conclusões a que se chegou com o presente trabalho.

2. UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo da teoria dos direitos fundamentais assume importância vital dentro de um sistema jurídico-social marcado pelas relações em sociedade, travadas tanto pelo indivíduo com o Estado, quanto pelos indivíduos entre eles próprios.

Servindo como medidor do grau de democracia de um determinado país, a expansão dos direitos fundamentais, a nível mundial, marca uma nova era de desenvolvimento social.¹

Sendo assim, será de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho a análise acerca da terminologia, conceito e dimensões dos direitos fundamentais, consoante se verá a seguir.

2.1 TERMINOLOGIA E CONCEITO

Inicialmente, cumpre destacar que, ao longo de sua evolução conceitual, o que se convencionou denominar, atualmente, de direitos fundamentais, já recebeu diversas terminologias, muitas delas carecedoras de uma delimitação científica.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior, após manifestar sua preferência pela expressão “direitos fundamentais”, apresenta os motivos pelos quais afasta as demais expressões, quais sejam: liberdades públicas, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos e direitos humanos².

A expressão “liberdades públicas”, surgida na França no final do século XVIII, é de limitado alcance, uma vez que não compreende os direitos sociais e econômicos, ficando as liberdades públicas restritas ao *status negativus* de proteção do indivíduo contra o Estado³.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 531.

² *Ibid.* p. 533.

³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007, pp. 51-52.

A expressão “direitos individuais”, indicativa dos direitos civis apartados dos direitos políticos, não merece precisão terminológica, uma vez que reflete uma posição individualista inspirada no liberalismo francês⁴.

Já a utilização da expressão “direitos subjetivos”, por sua vez, não possui razão de ser, em virtude das características de inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais, em flagrante oposição às possibilidades de livre disposição e renúncia dos direitos subjetivos por parte dos seus respectivos titulares⁵.

Quando os “direitos subjetivos” passam a refletir um *status* jurídico de atuação do indivíduo perante o Estado, estes passam a ser denominados de “direitos públicos subjetivos”, categoria elaborada pela doutrina alemã no final do século XIX.

Deste modo, essa terminologia ainda carece de amplitude, uma vez que os direitos públicos subjetivos “[...] representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado [...]”⁶. Assim, conclui-se que, em contrapartida, “[...] o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público”⁷.

Por fim, a expressão “direitos humanos”, expressão preferida nos documentos internacionais, compreendendo “[...] todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”⁸, cede lugar à expressão “direitos fundamentais”, não por uma questão de amplitude, mas sim por uma opção científica na medida em que, segundo o autor, “[...] os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais”⁹.

Gustavo Amaral, no mesmo sentido, reforça a idéia, afirmando que “direitos fundamentais é termo empregado para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade”¹⁰.

Ressalte-se, por fim, que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 utilizou a expressão “direitos fundamentais”, utilizando o Título II para a tutela jurídica deste gênero de direitos

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 534.

⁵ *Ibid.* p. 535.

⁶ *Ibid.* p. 535

⁷ *Ibid.* p. 535

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

⁹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.* pp. 535-536.

¹⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

que abrange direitos à liberdade, igualdade, solidariedade, direitos individuais, sociais e coletivos etc.

A dificuldade e as variações encontradas nas expressões que buscam denominar este conjunto de direitos, aqui denominados de direitos fundamentais, é uma realidade também encontrada na definição do seu conceito.

A historicidade dos direitos fundamentais fez com que esses sofressem mutações e assumissem novas dimensões ao longo do desenvolvimento histórico da sociedade, sempre com vistas a atender os anseios sociais de um determinado momento histórico.

Portanto, conforme adverte José Afonso da Silva, a elaboração de um conceito sintético e preciso dos direitos fundamentais esbarra na dificuldade decorrente de sua constante ampliação e modificação ao longo da história da sociedade, bem como no fato de que várias expressões foram utilizadas, ao longo do tempo, para designá-los¹¹.

É, nesse sentido, que Lenio Streck, ao destacar a posição do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, acaba por apresentar esse elemento histórico e singular dos direitos fundamentais:

Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito¹².

Fica evidente, portanto, que, no âmbito do Estado Liberal, os direitos fundamentais acabaram por representar um anseio social por liberdade, por ausência e distanciamento do Estado das relações privadas, o que representa os direitos fundamentais de primeira dimensão, que será objeto de tópico próprio nesse trabalho.

Já no âmbito do Estado Social, a sociedade, diante dos efeitos causados pela exacerbada liberdade inaugurada pelo Estado Liberal, passou a exigir do Estado uma intervenção socioeconômica ativa e direta, com vistas a minimizar os efeitos das desigualdades sociais

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 175.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

econômicas existentes entre os indivíduos. Este momento histórico representou o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, o que, igualmente, será abordado em momento próprio.

A abordagem acima, mesmo que sucinta, busca demonstrar o motivo pelo qual a delimitação conceitual dos direitos fundamentais não é algo simples, uma vez que o próprio conteúdo material dos direitos fundamentais vem, ao longo dos anos, sofrendo mutações.

Por esta razão, sem pretensão de esgotamento do tema, o presente trabalho almeja apresentar alguns conceitos elaborados pela doutrina nacional, acerca dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o conceito de direitos fundamentais elaborado por Arion Sayão Romita:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. [...] ¹³.

O conceito do autor supramencionado identifica nos direitos fundamentais a característica da historicidade, bem como elege o princípio da dignidade da pessoa humana como referencial para a existência ou não de um direito fundamental.

Acerca da correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos) ¹⁴.

Dentro dessa perspectiva, Dirley da Cunha Júnior conclui que:

[...] os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) ¹⁵.

¹³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 45.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 88.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 161.

Destaca-se, do conceito ora trazido, a reunião dos aspectos formal (direitos fundamentais diretamente previstos na Constituição) e material (direitos fundamentais indiretamente previstos na Constituição) em um mesmo conceito de direitos fundamentais.

Em suma, os direitos fundamentais são posições jurídicas favoráveis aos indivíduos que, ao longo do tempo, vão surgindo com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, de forma que, em cada momento histórico, representa os anseios daquela época em determinada sociedade.

2.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES

2.2.1 Antecedentes Históricos.

Os direitos fundamentais, enquanto valores sem os quais o homem não poderia viver em sociedade, são direitos inatos preexistentes, ficando a cargo do direito o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos¹⁶.

Nesse sentido, cumpre destacar que os antecedentes históricos da positivação dos direitos fundamentais, ou seja, sua previsão expressa nos ordenamentos jurídicos encontram-se, sem dúvida, nas declarações de direitos, que é algo recente¹⁷.

José Afonso da Silva¹⁸ aponta a Magna Carta (1215-1225), na Inglaterra, como o primeiro diploma jurídico a reconhecer formalmente os direitos fundamentais.

O referido documento jurídico consistiu em um acordo celebrado entre o Rei da Inglaterra, àquela época João sem Terra, os barões e a burguesia inglesa, no qual foram reconhecidas e garantidas a liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades dos homens livres¹⁹.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 550-551.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 149.

¹⁸ *Ibid.* p. 151.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.* p. 559.

Vale destacar, por oportuno, que a *Magna Carta* não possuía natureza constitucional, uma vez que foi feita para proteger somente o interesse dos barões e dos homens livres do reino inglês, o que representava uma pequena parcela da sociedade da época²⁰.

Também, na Inglaterra, são encontrados ainda como antecedentes históricos dos direitos fundamentais a *Petition of Rights* (1628), documento elaborado pelos súditos, no qual estes requereram ao monarca o reconhecimento de diversos direitos e liberdades; o *Habeas Corpus Act* (1679), documento destinado à garantia da liberdade que suprimiu as prisões arbitrárias; e o *Bill of Rights* (1689), documento que eliminava a monarquia absoluta, revelando um passo decisivo para a separação dos poderes²¹.

No que tange às declarações de direito propriamente ditas, podem ser citadas as seguintes: Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, primeira declaração de direitos fundamentais no sentido moderno, foi editada em 16 de junho de 1776, pelos representantes de uma das treze colônias inglesas na América do Norte, a Virgínia.

A referida Declaração da Virgínia “[...] preocupou-se, essencialmente, com a fundação de um governo democrático e organização de um sistema de limitação de poderes, inspirada na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem”²².

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, é de 26 de agosto de 1789 e marca a ascensão política e econômica da burguesia francesa, representando, também, o ponto culminante do constitucionalismo liberal²³.

Impende destacar que a nota característica e diferencial da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi a sua vocação universalizante, o que não era detectado nas Declarações proclamadas na América do Norte²⁴.

De acordo com o preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pode-se constatar que o referido documento buscava proteger os direitos do Homem contra os atos autoritários do Estado²⁵.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 152.

²¹ *Ibid.* pp. 151-153.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 563.

²³ *Ibid.* p. 566.

²⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 161.

Por fim, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), documento adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que “[...] constitui o principal feito no desenvolvimento da idéia contemporânea de direitos humanos”²⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contempla uma série de direitos que “[...] constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se realiza [...]”²⁷.

José Afonso da Silva destaca a estrutura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que possui trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo que contém sete considerados, nos quais se reconhece a dignidade da pessoa humana, o ideal democrático, o direito de resistência à opressão e a concepção comum desses direitos²⁸.

2.2.2 Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.

A historicidade representa uma das características dos direitos fundamentais, que ainda são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Por historicidade pode-se compreender a capacidade de surgimento, mutação e ampliação dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Em razão disso, a doutrina costuma dividir, cronologicamente, a evolução dos direitos fundamentais classificando-os de acordo com gerações ou dimensões.

É importante destacar que a utilização, neste trabalho, do termo “dimensões” em detrimento de “gerações”, além de revelar uma opção didática, busca também enaltecer o fato de que os direitos fundamentais não se sucedem de forma substitutiva, como se poderia pensar ao se falar em “gerações”.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 567.

²⁶ *Ibid.* p. 571.

²⁷ *Ibid. loc. cit.*

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 163.

Pelo contrário, a evolução dos direitos fundamentais representa um processo de acumulação e complementaridade, o que requer, para melhor análise do tema, consoante advertido por Dirley da Cunha Júnior, a utilização da expressão “dimensões”²⁹.

Nesse sentido, cumpre, inicialmente, analisar os direitos fundamentais de primeira dimensão, primeiros direitos formalmente reconhecidos através das Declarações do século XVIII. Os direitos fundamentais de primeira dimensão revelam, como ocorre com todas as demais dimensões de direitos fundamentais, a ambição da sociedade em um determinado momento histórico.

Assim, a ascensão da burguesia francesa ao poder desperta a necessidade de se positivar os direitos e garantias mais desejados àquela época, quando se pretendia – e, de fato, se conseguiu – romper com um sistema de monarquia absoluta, que permitia ao Estado cometer abusos em detrimento da sociedade.

Desta forma, o que marca a trajetória da burguesia francesa é, sem dúvida, o desejo e a ambição por liberdade, motivo pelo qual os direitos fundamentais de primeira dimensão são acentuadamente individualistas, representando direitos de defesa, direitos do cidadão em face do Estado.

Nesse diapasão, adverte Dirley da Cunha Júnior que:

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva). Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter ‘negativo’ ou simplesmente ‘liberdades negativas’. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades³⁰.

Como se vê, os direitos fundamentais de primeira dimensão visavam proteger o indivíduo perante eventuais abusos do Estado, garantindo ao primeiro liberdades civis e políticas, destinadas a possibilitar ao homem uma vida em sociedade livre e autônoma.

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, pp. 580-581.

³⁰ *Ibid.* pp. 582-583.

Por fim, cumpre destacar, à luz da “*Teoria dos Status de Jellinek*”, que os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem ao *status negativo*, reservando ao particular uma esfera de liberdade, na qual ao Estado não é permitido ingressar³¹.

2.2.3 Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais representa a conquista de direitos destinados a garantir o legítimo e pleno exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Ora, se os direitos fundamentais de primeira dimensão propunham uma liberdade civil e política do homem, as condições econômicas e sociais teriam que possibilitar tal exercício.

Todavia, no âmbito do Estado Liberal, as liberdades que marcaram os direitos fundamentais de primeira dimensão fizeram com que somente parte da sociedade gozasse plenamente dos direitos conquistados.

Ao exigir do Estado uma omissão, uma mera contemplação das relações travadas entre particulares, a burguesia francesa acabou por criar um campo propício à exploração do homem pelo homem.

Assim, um sistema de liberdade plena, no âmbito de uma sociedade socioeconomicamente desigual, acabou por dar ensejo ao aumento desta desigualdade. A liberdade, então, acabara por escravizar e oprimir os socioeconomicamente desfavorecidos.

Nasce, nesse contexto, o Estado do Bem-Estar Social. Assim, esse Estado do Bem-Estar Social e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais³².

³¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 258.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 585.

O Estado agora não mais se limitava a garantir a liberdade dos cidadãos. Ao Estado competia, outrossim, a função de atuar ativamente na economia e na sociedade para garantir aos homens educação, saúde, trabalho, assistência social, dentre outros direitos destinados à garantir a todos, indistintamente, a fruição dos bens destinados à manutenção de uma vida digna.

A igualdade, nesse momento, deixa de ser meramente jurídica – igualdade de todos perante a lei – e passa a ser igualmente fática, ou seja, destinada ao acesso efetivo de todos aos bens e serviços sociais.

Há, portanto, uma nítida distinção entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos de liberdade) e os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos de igualdade), dentre os quais se destacam os direitos sociais.

Entretanto, adverte Floriano Corrêa Vaz da Silva que seria uma esquematização simplista a afirmação de que as Constituições do século XIX foram todas puramente liberais e as Constituições do século XX marcadamente sociais³³.

Isso, porque em quaisquer Constituições, nas mais diversas épocas, podem ser encontrados dispositivos concernentes à ordem social e econômica, cláusulas que explicita ou implicitamente definem o regime econômico-social pretendido pelos constituintes. A própria ausência de cláusulas sociais numa Constituição traduz a opção por determinado sistema. De qualquer modo, fato é que as Constituições do século XIX foram, de um modo geral, Constituições liberais, pouco ou nada diziam explicitamente quanto aos direitos sociais, limitando-se, quase sempre, apenas à organização política. Apenas em algumas Constituições surgem normas que se relacionam com o chamado problema social e dispositivos concernentes às relações entre trabalhadores e empregadores.

Deste modo, os direitos de liberdade, foram assim chamados quando a necessidade de libertação do indivíduo do jugo do Estado se fez imperiosa e necessária; os direitos sociais, por outro lado, surgiram quando a necessidade de ‘igualdade’ entre os próprios indivíduos se fez presente. Era a busca da justiça social, ou seja, a justiça no seio da sociedade³⁴.

No mesmo sentido, destaca José João Abrantes:

O Estado Social traz também, no que representa, sem dúvida alguma, o aspecto mais importante da nova concepção de direitos fundamentais, a

³³ SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Constitucionalismo Social*. In ROMITA, Arion Sayão (ORG). **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 38.

³⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 78.

*modificação do próprio sentido dos direitos e liberdades clássicas, a que passa a ser reconhecida uma nova dimensão e uma nova função. Ao lado de uma dimensão subjectiva, tende agora a reconhecer-se a esses direitos uma dimensão objectiva, passando os mesmos a ser vistos como contendo (também) normas de valor, que devem valer para toda a ordem jurídica, isto é, não só para o direito público, mas também para o direito privado*³⁵.

Dito isso, cumpre ressaltar, entretanto, que os direitos fundamentais de segunda dimensão, por envolverem em sua essência prestações positivas do Estado (saúde, educação, trabalho etc.), despertam grande discussão acerca de sua efetividade.

Assim, não é raro se colocar a escassez dos recursos e a reserva do possível como limites materiais à efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente os direitos sociais³⁶.

Adverte Ana Cristina Costa Meireles, entretanto, que o argumento da reserva do possível não pode ser aventado no momento da averiguação da eficácia da norma, mas sim tão somente no instante da efetividade desta³⁷.

2.2.4 Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.

Revelam os direitos fundamentais de terceira dimensão uma preocupação com o homem não enquanto ser individual, mas sim enquanto titular coletivo ou difuso de direitos. Sobre o tema, esclarece Dirley da Cunha Júnior que:

Enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas – enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais de terceira dimensão – que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais – consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema importância no processo de desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade³⁸.

³⁵ ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 29.

³⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 426.

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009, pp. 591-592.

Nesse sentido, adverte Paulo Bonavides que os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta³⁹.

Portanto, dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão, destacam-se o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à solidariedade, à comunicação, entre outros direitos de titularidade indeterminada, de presentes e futuras gerações.

2.2.5 Os Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.

Se, no caso dos direitos fundamentais de terceira dimensão, há um fenômeno recente, os direitos fundamentais de quarta dimensão revelam, ainda, uma “[...] forte tendência doutrinária [...]”⁴⁰, de modo que, para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.”⁴¹.

Apesar de seguir linha diferente da adotada por Norberto Bobbio, Paulo Bonavides também defende a existência dos direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo⁴².

Sendo assim, são direitos que compreendem, por exemplo, direitos à democracia direta, pluralismo, informação, direitos contra manipulações genéticas, dentre outros direitos relacionados à biotecnologia.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 592.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

⁴² BONAVIDES, *op. cit.* pp. 571-572.

2.2.6. Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão

Importante registrar que já existem autores defendendo a existência dos direitos de quinta dimensão, dentre eles pode-se citar Paulo Bonavides, que afirma que a Paz seria um direito de quinta dimensão⁴³.

De outro modo, outros doutrinadores⁴⁴ entendem que os direitos fundamentais de quinta dimensão representam os direitos advindos da realidade virtual, demonstrando a preocupação do sistema constitucional com a difusão e desenvolvimento da cibernética na atualidade, envolvendo a internacionalização da jurisdição constitucional, em virtude do rompimento das fronteiras físicas através da rede mundial de computadores.

Nesse sentido, José Alcebíades Junior definiu a Quinta Geração como aquela que trata dos direitos da realidade virtual, “que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo”⁴⁵.

Deste modo, verifica-se que, para os autores citados, os direitos fundamentais de quinta dimensão estão relacionados com a Paz Social, bem como a cibernética.

Por fim, cumpre salientar que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações, como alguns autores preferem denominar) permite esquematizar historicamente a positivação dos direitos fundamentais, de modo que, com o passar do tempo e evolução da sociedade, surgem novas dimensões. Ademais, deve ser compreendida somente para fins didáticos e não como categorias estanques.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 16 de dez. de 2014.

⁴⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 1-30.

⁴⁵ ALCEBÍADES JÚNIOR, José. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Iures, 2000, p. 15.

2.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aspecto de relevante importância no cenário jurídico e de natureza singular para o desenvolvimento do presente trabalho, a eficácia horizontal privada, perante terceiros ou externa dos direitos fundamentais merece uma atenção particular.

Historicamente pensados como direitos de defesa do homem em face do Estado, os direitos fundamentais, em razão da complexidade das relações sociais, passaram a ser questionados enquanto instrumentos de proteção não só do homem perante os abusos do Estado, mas também do homem em face dos abusos do próprio homem.

Assim, parte-se do pressuposto de que, no âmbito de uma sociedade desigual, a opressão não decorre somente do Estado, mas também de atores sociais privados, conforme adverte Daniel Sarmiento:

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa⁴⁶.

Sobre a importância para o entendimento integral do conceito dos direitos fundamentais, Robert Alexy destaca, acerca da eficácia horizontal ou perante terceiros dos direitos fundamentais que:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos de ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão⁴⁷.

O debate em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais desenvolveu-se, inicialmente, na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, quando

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 185.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 523-524.

nasceram as teorias da eficácia direta ou imediata e da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais⁴⁸.

A tese da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais enfrentou, a princípio, forte resistência doutrinária. Argumentava-se que a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas seria uma ameaça à liberdade, sendo necessário garantir a liberdade da vinculação privada, já que o ordenamento jurídico, no Estado de direito, assegura a cada indivíduo plena autonomia de decisão nos seus assuntos particulares⁴⁹.

Ocorre que, com o surgimento do Estado social de direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade, cada vez mais, passou a participar ativamente do exercício do poder⁵⁰. Deste modo, a exacerbação do Estado do pós-guerra, em toda parte, aliada à crescente participação da sociedade na vida prática, econômica e social, provocaria a invocação dos direitos fundamentais, cuja aplicação não deveria restringir-se ao âmbito das relações entre o Estado e os particulares, mas deveria também estender-se à esfera jurídico-privada.

Nesse sentido, os direitos fundamentais assumem o caráter de valores absolutos, isto é, são considerados em si e com eficácia *erga omnes*, a eficácia perante terceiros é uma consequência inevitável, ficando superada a sua compreensão como direitos de defesa apenas contra o Estado⁵¹.

Todavia, em reação à concepção germânica de admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surgiram teorias que negaram a existência dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros.

É o caso, por exemplo, da doutrina do *state action*, surgida nos Estados Unidos, que recusa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, amparados na ideia de que esses direitos somente vinculam o poder público⁵².

Dentre os argumentos utilizados pelas correntes negativistas, destacam-se a tradição histórica liberal, dentro da qual surgiram os direitos fundamentais e o fato de que, para os

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 186.

⁴⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 187.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 236.

⁵¹ ROMITA, *op. cit.* p. 187.

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 612.

adeptos destas correntes, os efeitos perante terceiros dos direitos fundamentais acabariam por destruir a identidade do Direito Privado⁵³.

Entretanto, dentre as teorias que reconhecem a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, surge a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, desenvolvida na Alemanha, que tornou-se a concepção dominante naquele país⁵⁴. De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais não revelam direitos subjetivos para os particulares, não podendo, assim, serem aplicados diretamente nas relações privadas, sob pena de exterminar a autonomia da vontade e desfigurar o Direito Privado.

Dessa forma, para a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como o próprio nome já diz, é indireta, reflexa e, portanto, em que pese os direitos fundamentais exprimirem valores que surtem efeitos por todo o ordenamento jurídico, esses efeitos se operam, no âmbito das relações privadas, mediante instrumentos do próprio Direito Privado⁵⁵. Outrossim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas dependeria de atuação do legislador infraconstitucional⁵⁶.

Por fim, dentre as teorias que surgiram sobre o tema, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, também criada na Alemanha, não logrou êxito nesse país, entretanto, tornou-se majoritária em países como a Espanha, Portugal e também no Brasil⁵⁷.

Para os adeptos dessa teoria, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata perante terceiros, independentemente de atuação prévia do legislador infraconstitucional⁵⁸. Ademais, para essa teoria, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, configura-se como um limite negativo à autonomia privada, reconhecendo que os direitos fundamentais ostentam uma força conformadora, potencialmente expansiva a todo o ordenamento jurídico, não se restringindo ao âmbito das relações entre o Estado e o indivíduo⁵⁹.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 188.

⁵⁴ *Ibid.* p. 197.

⁵⁵ *Ibid.* p. 199.

⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 613.

⁵⁷ SARMENTO, *op. cit.* pp. 204-205.

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit. loc. cit.*

⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 188.

Há, portanto, entre a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, um ponto em comum, qual seja: o fato de que os direitos fundamentais geram efeitos na esfera privada.

Consoante destaca Robert Alexy, a polêmica, atualmente, gira em torno do modo e da extensão dessa eficácia, sendo que a primeira polêmica é um problema de *construção*, enquanto a segunda polêmica constitui um problema de *colisão*⁶⁰. O que não se questiona mais, portanto, é se os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre os particulares ou não. Isto é um fato concreto, inclusive no Brasil.

Deste modo, os direitos fundamentais se aplicam nas relações travadas entre empregado e empregador, servindo de instrumento de defesa, sobretudo, do primeiro contra eventuais abusos do segundo.

Sendo assim, uma vez constatado que os direitos fundamentais tem plena eficácia nas relações travadas entre os indivíduos, inclusive no direito brasileiro, consoante já noticiado por Robert Alexy, necessária se faz, para o presente trabalho, a análise acerca da colisão de direitos fundamentais, especialmente nas relações de trabalho, que veremos adiante.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são plenamente aplicáveis nas relações entre particulares, insta salientar que, nas relações de trabalho, os direitos fundamentais se aplicam aos trabalhadores em uma dupla dimensão, vale dizer, como cidadãos pertencentes de uma sociedade e como sujeitos de uma relação de trabalho subordinado.

Nesse sentido, destaca Arion Sayão Romita que “ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente”⁶¹.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 528.

⁶¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais Nas Relações De Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 201.

Sendo assim, como não existe de um lado a pessoa e, do outro, o trabalhador, importa destacar os direitos fundamentais “pessoais” do trabalhador no quadro da relação de trabalho, sendo certo que, para além da relevância do trabalho, está a relevância da pessoa que trabalha, constatando-se, a este respeito, a complexidade das decisões do empregador, que envolvam o exercício de direitos fundamentais pessoais do trabalhador no âmbito da empresa⁶².

Em suma, no horário e local de trabalho, o empregado, embora submetido às faculdades de direção do empregador, em decorrência do contrato de trabalho, conserva sua qualidade de “homem livre”, já que a relação de emprego não os priva de seus direitos e liberdades.⁶³

Nesse contexto, importa ressaltar que as novas tecnologias de informação e de comunicação proporcionam ao empregador meios de exercer minucioso e eficaz controle da atividade do empregado. Não restam dúvidas, portanto, de que as novas tecnologias ampliaram as possibilidades de controle do empregado, por parte do empregador, no interior da empresa e até mesmo fora dela. A sofisticação dos meios de espionagem é, dessa forma, forte intrusão na vida privada do trabalhador⁶⁴.

Outrossim, como se sabe, o objeto do contrato de trabalho é a energia empregada, seja física ou mental – ou ambas – do trabalhador. Como o contrato de trabalho gera uma relação de trato sucessivo ou de execução continuada, ela absorve boa parte do tempo e da energia da pessoa do trabalhador. Dessa forma, o envolvimento pessoal do trabalhador no cumprimento das obrigações, por força do contrato de trabalho configura uma presença constante em sua vida⁶⁵.

Deste modo, por mais que o objeto do contrato seja a atividade desenvolvida, não há como negar que o trabalhador compromete sua própria pessoa no cumprimento das obrigações contratuais. Em consequência, a implicação da pessoa do trabalhador na execução do contrato de trabalho afeta não só seus interesses profissionais, como a satisfação no trabalho, remuneração, carreira, mas também seus interesses pessoais, como saúde, intimidade, integridade física, tempo livre.

⁶² REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 34-35.

⁶³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais Nas Relações De Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 203.

⁶⁴ *Ibid.* p. 204.

⁶⁵ *Ibid. loc. cit.*

Ademais, a doutrina brasileira enfatiza entre as obrigações assumidas pelo empregador, por força da celebração do contrato de trabalho, a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana⁶⁶.

Isto é, de fato, a obrigação básica do empregador, decorrente do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do trabalhador, como sujeito de um contrato de trabalho. No âmbito da relação de trabalho, os direitos fundamentais correspondem à projeção da dignidade da pessoa humana na disciplina jurídica do contrato.

Nesse sentido, quando se examina a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho subordinado, surge a questão da limitação que seu exercício sofre nessa modalidade contratual. Ocorre que, o empregado, ao exercer sua atividade na empresa, pode exigir que sejam respeitados seus direitos pessoais, tais como o direito à imagem, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à comunicação, dentre outros. A estes direitos, corresponde o conseqüente dever do empregador de respeitá-los.

Os direitos fundamentais na relação de trabalho não são exercidos da mesma forma como são exercidos em face do Estado ou em outros setores da vida social, vale dizer, esses direitos sofrem limitações específicas em decorrência do contrato de trabalho.

Assim, em decorrência do contrato de trabalho, o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores na empresa pode ser objeto de limitações específicas em atenção ao adequado cumprimento das obrigações que o empregado assume quando da assinatura do contrato. Ademais, a boa-fé contratual, um dos princípios que regem a execução do contrato, é aplicável a ambos os sujeitos. Trata-se, em verdade, de uma obrigação jurídica assumida por ambos os sujeitos de cooperar lealmente na formação e na execução do contrato⁶⁷.

Desta forma, atender às exigências da boa-fé contratual deve ser considerado um dever acessório assumido pelo empregado, agregado ao dever essencial de prestar os serviços na forma com que foi pactuada. Em outras palavras, se é certo que os direitos fundamentais dos trabalhadores tem eficácia imediata também no âmbito empresarial, assim como nos demais segmentos da vida social, não menos certo é que os deveres assumidos pelo empregado devem ser cumpridos de boa-fé, o que significa que devem ser evitados os excessos ou abusos desnecessários no exercício dos direitos fundamentais.

⁶⁶ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SAGADAS VIANA; LIMA TEIXEIRA. **Instituições de Direito do Trabalho**, 20. ed., Vol. 1. São Paulo: Ltr, 2002, p. 253.

⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais Nas Relações De Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 206.

Face ao exposto, conclui-se que o dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está vinculado à obrigação de respeitar os direitos fundamentais deste. Essa obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, tanto os “pessoais” quanto aqueles reconhecidos em virtude da existência de um contrato de trabalho, sendo que o fundamento para esta aplicação não é outro senão a eficácia horizontal ou imediata dos direitos fundamentais (noticiada acima) do empregado na execução do contrato de trabalho.

2.5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante das premissas fixadas acima, que não deixam dúvidas quanto à eficácia imediata dos direitos fundamentais e à aplicação desses direitos nas relações de trabalho, passa-se à análise da colisão entre direitos fundamentais que ocorrem dentro da relação empregatícia e qual a melhor forma de resolvê-la.

Inicialmente, convém destacar, para uma melhor compreensão acerca do tema, a distinção trazida por Robert Alexy entre regras e princípios. Segundo o referido autor:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção em grau. Toda norma é ou uma regra, ou um princípio⁶⁸.

Nesse sentido, Robert Alexy ressalta que “se um dos princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder”⁶⁹.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-91.

⁶⁹ *Ibid.* p. 93.

Sendo assim, convém ressaltar que a Constituição Federal de 1988 tem um sistema aberto de princípios, fato que ocasiona um eventual choque entre eles. Observe-se que toda colisão efetiva de direitos fundamentais haverá a limitação de, pelo menos, um desses direitos e, para certificar se tal limitação é constitucional, aplica-se o princípio da proporcionalidade⁷⁰.

Nesse sentido, salienta Glória P. Rojas Rivero que os direitos fundamentais, como quaisquer outros, são limitados. O nascimento do conceito de justiça social e a necessidade do intervencionismo estatal levaram ao reconhecimento constitucional e ao aperfeiçoamento em sua formulação dos limites no exercício dos direitos fundamentais. Isso de tal maneira que, formando parte do próprio direito fundamental, a norma constitucional positiva alguns limites que, longe de dificultar a sua realização, tendem a possibilitar e potencializar o exercício dos mesmos, pelo que os ditos limites devem ser acompanhados das devidas garantias que impeçam a restrição total ou a destruição do direito⁷¹.

Desse modo, as garantias constitucionais ratificam o entendimento de que as limitações somente sejam autorizadas pela constituição, desenvolvidas por leis de caráter geral, sem afetar em nenhum caso a essência do direito e devendo-se realizar uma interpretação restritiva das mesmas⁷².

Em princípio, pois, toda medida aparentemente contra os direitos fundamentais goza de uma presunção de inconstitucionalidade, pelo que, neste caso, a autoridade que realiza o ato deve estar, a todo momento, em condições de oferecer a justificação da referida restrição⁷³.

Diante da colisão de direitos fundamentais, um dos princípios da hermenêutica constitucional que é bastante utilizado para dirimir estes conflitos é o da concordância prática que, nas palavras de Inocência Mártires Coelho:

consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, deparando-se com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum⁷⁴.

Destaca Aloisio Cristovam dos Santos Junior que a denominação “concordância prática” traduz a ideia de que somente no caso concreto, na aplicação das normas

⁷⁰ ANDRÉ, Francheschi Caroline. O Princípio da Proporcionalidade *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador: Procedimentos Lícitos e Ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 228.

⁷¹ RIVERO, Glória P. Rojas. **La Libertad de Expresión del Trabajador**. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 1991, p. 20.

⁷² *Ibid. loc. cit.*

⁷³ *Ibid. loc. cit.*

⁷⁴ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102.

constitucionais, é que se pode ponderar os bens e valores constitucionais que entram em rota de colisão, de modo que não é possível a hierarquização *a priori*⁷⁵.

Desse modo, o princípio da concordância prática é de suma importância para a resolução da colisão de direitos fundamentais, uma vez que afasta a hierarquização *a priori* dos direitos fundamentais e se traduz em um esforço para compatibilizar os valores em conflito, de modo que a eficácia de cada um dos bens e valores constitucionais em jogo sofra o menor prejuízo possível.

Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade também atua como fundamental solução de conflito entre princípios e, especialmente, como limitador, ou melhor, compatibilizador de direitos fundamentais, buscando a solução mais justa para cada caso.

O princípio da proporcionalidade visa, portanto, impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais. Sua utilização objetiva otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou demasiado de um deles em proveito da tutela do outro⁷⁶.

Segundo Hely Lopes Meireles, o princípio da proporcionalidade também pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, tem como finalidade a busca da compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a tentar impedir restrições dispensáveis ou abusivas⁷⁷.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade “[...] é o meio mais adequado de se analisarem conflitos entre direitos fundamentais, no intuito de buscar a solução mais correta para o caso, para que assim se possa aplicar a efetiva justiça”⁷⁸.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade ampla possui uma tríplice exigência que se expressa através dos seguintes subprincípios: adequação (ou utilidade), necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).

A máxima da adequação é aquela em que se exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Com relação à necessidade,

⁷⁵ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 159.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 310.

⁷⁷ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121.

⁷⁸ ANDRÉ, Francheschi Caroline. O Princípio da Proporcionalidade *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador**: Procedimentos Lícitos e Ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008, p. 288.

impõe-se que se adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que causem menos sacrifícios ou limitações aos direitos fundamentais⁷⁹.

Já a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, isto é, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Assim, quando uma norma de direito fundamental com caráter principiológico entra em colisão com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico⁸⁰.

Para se chegar a uma decisão, é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos é obrigatória, e, além disso, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais⁸¹.

Assim, a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, nos dizeres de Robert Alexy, “decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”⁸².

Desta forma, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade é aplicável nestas relações privadas (o contrato de trabalho), tendo em vista a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais, conforme visto anteriormente.

Neste ponto, em determinado caso concreto, existindo a colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade servirá de instrumento à preservação dos interesses postos em causa, como, por exemplo, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento *versus* a livre iniciativa e a liberdade de empresariar, de dirigir sua atividade.

Outro aspecto a ser ressaltado, no que tange ao princípio da proporcionalidade, diz respeito à faculdade de direção do empregador. Essa faculdade não pode ser exercida de forma arbitrária, em especial quando se trata de um controle extralaboral, o empregador deve

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp.113-116.

⁸⁰ *Ibid.* pp. 117-118.

⁸¹ *Ibid. loc. cit.*

⁸² *Ibid. loc. cit.*

agir de forma adequada, respeitando as condições de trabalho, a capacidade pessoal dos empregados, a realidade e, sobretudo, levando em consideração a necessidade de sua conduta⁸³.

Assim, o princípio da proporcionalidade atua como uma espécie de limite a certas prerrogativas do empregador no exercício da sua faculdade de direção. Em caso de divergência entre os direitos do trabalhador em face do empregador, o uso deste princípio servirá como instrumento de controle de excesso e de compatibilização dos interesses envolvidos.

Importa salientar que, em última instância, a utilização de técnicas interpretativas pode chegar tanto a um resultado que outorgue prevalência a um dos valores, bens ou direitos em conflito, como a outro que os compatibilize⁸⁴.

Contudo, constata-se uma paulatina tendência à não hierarquização, ou seja, a não dar prevalência a direito fundamental em detrimento de outro. O que se pretende, em primeiro lugar, é conciliar os direitos fundamentais colidentes e, quando não é possível, a preferência se determina segundo critérios como o da proporcionalidade do meio empregado para a realização do direito fundamental e de seus fins; a utilização do meios mais adequados para atuar suas faculdades ou proteger seu conteúdo essencial; e, por fim, o de menor restrição possível, vale dizer, o sacrifício de um direito fundamental que colide com outro considerado prevalente, não devendo se estender mais do que o estritamente necessário⁸⁵.

Deste modo, embora a mera existência de uma relação de trabalho já condicione a efetividade dos direitos fundamentais em virtude do contrato, a colisão de direitos fundamentais do trabalhador e direitos fundamentais da empresa, de modo algum, pode ressover-se com interpretações hierarquizadoras de direitos fundamentais, de modo que um seja exercido plenamente, enquanto o outro se esvazia por completo, mas, sim, através do princípio da proporcionalidade que proporciona o equilíbrio dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser compatibilizados na solução dos problemas de maneira que cada um deles conserve sua identidade. Em outras palavras, quando ocorrerem colisões, não se deve, através de uma precipitada ponderação de bens ou uma abstrata ponderação de valores, realizar um às custas

⁸³ ANDRÉ, Francheschi Caroline. O Princípio da Proporcionalidade *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador: Procedimentos Lícitos e Ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 296.

⁸⁴ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 52.

⁸⁵ *Ibid. loc. cit.*

do outro. A unidade da constituição exige, pelo contrário, uma tarefa de otimizar, estabelecendo, em cada caso concreto, limites a ambos os bens, a fim de que alcancem uma efetividade ideal.

Assim, a fixação de limites deve responder, inicialmente, à tentativa de concordância prática e, posteriormente, ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que não se deve ir além do que venha a ser exigido pela realização da harmonização entre ambos os bens jurídicos.

3. O PRINCÍPIO DO PLURALISMO COMO REFLEXO DO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLIDENTES

3.1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO PLURALISMO

Inicialmente, é preciso compreender a existência das organizações de tendência dentro do contexto do pluralismo, que caracteriza os estados democráticos de direito da contemporaneidade, conforme será visto no presente capítulo.

3.1.1 Conceito

Por um lado, pode-se falar de pluralismo para designar um modo de existência e organização da vida cultural, social e política de uma coletividade e, por outro lado, pode referir-se a mais que um concreto estilo de organização, mas a uma elaboração intelectual de índole jurídico-política, em que existem algumas correntes de pensamento que questionam a existência de um único sujeito – o Estado – na vida da comunidade⁸⁶.

Assim, como modo existencial de uma coletividade, o termo pluralismo permite, por sua vez, uma conceituação, em três níveis ou dimensões, que podem, embora não necessariamente, coexistir:

1) Pluralismo Social, que significa a estruturação da sociedade em grupos associativos voluntários, não institucionais, não criados pelo Estado, vale dizer, surgem da própria sociedade e integram afinidades não exclusivas, nem totalizantes⁸⁷.

2) Pluralismo Cultural ou Ideológico, que supõe uma visão do mundo baseada, fundamentalmente, no reconhecimento da discrepância, do dissentimento e da mudança, fruto do processo que começou na Europa com as crises da modernidade (guerras religiosas,

⁸⁶ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p.66.

⁸⁷ *Ibid.* p. 67.

secularização, etc), se concretizou, no início, em um pluralismo religioso (tolerância e liberdade de cultos) e, paulatinamente, foi impregnando qualquer outro aspecto da vida social.

3) Pluralismo Político, de tardia consagração, implica a legitimidade, inclusive, dos grupos cujo objetivo é a mudança política⁸⁸.

Em síntese, o pluralismo se identifica com um sistema de organização social, cultural e político da comunidade, dando lugar a uma série de corpos intermediários, ou formações sociais distintas do Estado.

Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio que o pluralismo tem por modelo a sociedade composta por vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado⁸⁹. Valoriza, portanto, os chamados corpos intermediários, vendo neles uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado e uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista.

Em princípio, pois, poder-se-ia dizer que as organizações de tendência materializam o sistema pluralista em que se estrutura a sociedade. Neste contexto, para que se possa entender de onde surgiram as organizações de tendências e compreender suas necessidades e especificidades, necessário se faz a abordagem sobre esse sistema pluralista das sociedades democráticas de direito.

Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades “naturais”, como um todo homogêneo, pois, ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, ideologia -, todas as noções se entrelaçam de forma tal que constituem uma realidade única, orgânica e integrada, vale dizer, o consenso se confunde com a dimensão natural do agrupamento social⁹⁰.

De outra sorte, a sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. Isso porque, a multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designa-se por pluralismo, a configura de tal maneira que não resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio a heterogeneidade, do conflito e da diferença.

⁸⁸ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 67.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C, Varrialle e outros, 2 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 928.

⁹⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 78.

Deste modo, percebe-se no estado democrático de direito que a diferença, antes de tudo, é um fato incontestável, e as tentativas de construção de uma sociedade efetivamente democrática, calcada nos valores do pluralismo e da solidariedade, pressupõem uma “cidadania complexa” que se inicia, sem dúvida, por um reconhecimento das identidades culturais e todo o seu plexo de relações e papéis que envolvem o respeito a essas mesmas identidades⁹¹.

Nesse sentido, importa destacar que este novo paradigma, “cidadania complexa”, possui três características fundamentais, são elas: iguais direitos fundamentais a todos implica em uma política universalista de integração do chamado mínimo comum irrenunciável; direitos diferenciados dos grupos, maiorias e minorias, que compõem a estrutura organizativa do Estado, o que implica uma política de reconhecimento tanto na esfera privada como na pública; e, por fim, condições mínimas de igualdade para a dialética ou diálogo livre e aberto de todos os grupos socioculturais, que inclui disposições transitórias de discriminação inversa, de incentivo ao intercâmbio etnocultural, assim como a prevenção dos desvios homogeneizadores ou assimilacionistas na cultura hegemônica⁹².

Assim, o discurso constitucional do respeito à diversidade, iniciando pela questão do reconhecimento das identidades culturais, começa a se tornar lugar comum nas constituições do Estado democrático de direito. Este fato, todavia, não impede dificuldades de compreensão discursiva de como a integração dessa diversidade cultural deve ocorrer em uma mesma sociedade, bem como as ferramentas de solução dos inúmeros casos concretos pertinentes – como é o caso das organizações de tendência, conforme se verá a seguir -, algo sempre mais delicado do que a formulação teórica e abstrata do reconhecimento jurídico e social de tal pluralidade multicultural.

Contudo, é possível o estabelecimento de um consenso democrático frente a qualquer forma de pluralismo? Ou apenas um pluralismo razoável é compatível com a democracia? O pluralismo é algo que deve ser valorizado em si mesmo ou apenas constatado?

Tentando responder a estas indagações algumas teorias surgiram ao longo do tempo, podendo-se destacar o pensamento liberal e sua subjetividade das concepções individuais sobre a vida digna; o pensamento comunitário e sua intrasubjetividade das identidades sociais;

⁹¹ GALINDO, Bruno. Cidadania complexa e direito à diferença: repensando o princípio da igualdade no estado constitucional contemporâneo. *IN: Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio da igualdade nas diferenças*. 1 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 24.

⁹² *Ibid. loc. cit.*

e, por fim o pensamento crítico-deliberativo – a intersubjetividade Habermasiana – e seu entendimento na diferença.

3.1.2 O Pensamento Liberal – a Subjetividade das Concepções Individuais Sobre a Vida Digna

Na concepção do pensamento liberal, é minoritário o entendimento segundo o qual o pluralismo possui um valor intrínseco. Joseph Raz, por exemplo, se volta contra aqueles que veem o pluralismo apenas como um fato a ser constatado nas democracias contemporâneas. O pluralismo é celebrado e valorizado em Raz, precisamente pelo fato de que, sem ele, não pode haver verdadeira autonomia pessoal⁹³.

Para o referido autor, por um lado, existem várias formas de vida moralmente válidas, que são incompatíveis umas com as outras, por outro, definindo a autonomia pessoal como um princípio perfeccionista, uma vez que os indivíduos são autônomos não porque acreditam no valor de suas crenças, mas porque devem viver procurando alcançar objetivos que são válidos independentemente de suas crenças⁹⁴.

Em outras palavras, só há verdadeira autonomia pessoal se os indivíduos puderem optar por uma dentre as diversas formas de vida moralmente válidas, ainda que a validade moral destas concepções seja independentemente do valor atribuído pelos indivíduos que as adotam.

O liberalismo de Raz, portanto, não se baseia em qualquer compromisso ético com o subjetivismo ou com o ceticismo, sua dimensão perfeccionista e compreensiva está precisamente associada à ideia de que certas concepções de vida digna são objetivamente melhores e mais valiosas que outras. Este perfeccionismo não apenas o separa da maioria dos liberais, bem como demonstra intolerância em relação àquelas visões de mundo consideradas válidas enquanto suporte para o exercício da autonomia pessoal⁹⁵.

⁹³ RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 27.

⁹⁴ *Ibid.* p. 28.

⁹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 79.

Diferentemente de Raz, John Rawls recusa qualquer conotação valorativa ao pluralismo, preferindo, simplesmente, referir-se ao “fato do pluralismo”. Vale dizer, em qualquer democracia, há uma enorme diversidade de interesses pessoais, da mesma forma que existem várias perspectivas através das quais as pessoas observam e compreendem o mundo⁹⁶.

Ressalte-se, entretanto, que, para Rawls, este “fato do pluralismo” não garante a estabilidade de uma sociedade democrática. A característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática é a convivência de várias doutrinas compreensivas razoáveis, ou seja, o “fato do pluralismo razoável”⁹⁷.

Noutro sentir, o pluralismo razoável não é uma mera conjuntura histórica que pode vir a desaparecer. Trata-se, em verdade, de marca duradoura, posto que intrínseca de qualquer regime democrático.

No entanto, a despeito das diferenças entre os pensadores liberais, há um ponto em comum que atravessa a discussão sobre o pluralismo, nestes autores: trata-se da ideia segundo a qual o pluralismo é uma concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre a vida digna⁹⁸.

Em suma, os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre o pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções bem distintas. Contudo, a ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas à existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.

⁹⁶ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Maredo Báez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 75-76.

⁹⁷ *Ibid. loc. cit.*

⁹⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 85.

3.1.3. O Pensamento Comunitário – a Intrassubjetividade das Identidades Sociais

Já os comunitários utilizam o termo pluralismo para descrever a diversidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes em qualquer sociedade moderna e complexa⁹⁹.

Com efeito, ao vincular o pluralismo às múltiplas identidades sociais (e não às concepções individuais de bem defendida pelos liberais) os comunitaristas assumem um compromisso com o particularismo histórico e social, ou seja, conferem prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, na medida em que ele é um ser produzido culturalmente¹⁰⁰.

Esta vinculação do indivíduo à comunidade, a princípio, parece não dar lugar ao pluralismo, afinal, se todos os indivíduos são produtos culturais de uma sociedade específica, como explicar as diversidades culturais étnicas ou religiosas? Contudo, a diversidade é possível, tendo em vista que a fragmentação é a marca característica da sociedade liberal moderna.¹⁰¹ Isto é, uma sociedade fragmentada não pode produzir indivíduos divididos, ou seja, o indivíduo reflete a fragmentação da sociedade liberal.

Importa destacar que, para os comunitaristas os indivíduos estão divididos em âmbito privado/interno e público. Assim, o pluralismo pode igualmente se expressar tanto na esfera privada quanto na pública.

No âmbito privado/interno, os indivíduos se dividem segundo seus interesses e papéis na sociedade; segundo suas identidades e tradições; e por seus ideais, princípios e tradições¹⁰². No âmbito público, o pluralismo se expressa através da grande variedade de valores diferentes defendidos por comunidades ou grupos distintos.

Deste modo, reconhecer o pluralismo em uma sociedade é, pois, reconhecer, antes de tudo, a diferença, a diversidade de concepções e valores. Nesse sentido, os comunitaristas concluem que a tolerância é a única maneira através da qual é possível neutralizar o medo que se encontra na raiz dos antagonismos.

⁹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 85.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 86.

¹⁰¹ WALZER, Michael. **La Crítica Comunitarista del Liberalismo**. Tradução de Sebastian Abad. *In: Agora Cuadernos de Estudios Políticos*, nº 4, 1996, p. 69.

¹⁰² CITTADINO, *op. cit.* p. 87.

Ressalte-se, entretanto, que a tolerância não é simplesmente a maneira como se evitam os antagonismos. Vale dizer, a tolerância não se esgota na dimensão moral, que permite a cada um viver segundo suas próprias convicções, como os liberais defendem, mas, sim, a tolerância política, que é a regra da democracia. É ela que permite uma confrontação ativa desta convicções, crenças e engajamentos singulares.

3.1.4. O Pensamento Crítico-Deliberativo – a Intersubjetividade Habermasiana.

Dialogando com os liberais e comunitários, Habermas formula a concepção da ética discursiva, que pressupõe tanto os interesses individuais quanto as perspectivas em valores.

Segundo Habermas, as duas dimensões do pluralismo, isto é, as concepções individuais sobre o bem e as formas de vida pluralistas, estão presentes na sociedade contemporânea e não há como optar por uma em detrimento da outra¹⁰³.

Isso, porque, em face da sociedade moderna, tanto as concepções individuais sobre a vida digna quanto os valores, costumes e tradições de uma forma específica de vida se deparam com uma exigência: estão obrigados a apresentar razões que sustentem a sua validade social, uma vez que não podem ser, como outrora, justificados apenas por si próprios¹⁰⁴.

Nesse sentido, explica Habermas que a moralidade pós-convencional que caracteriza a cultura moderna, estabelece uma ruptura entre vigência e validade social. Vale dizer, a sociedade moderna promove o individualismo nos projetos pessoais de vida e um pluralismo nas formas de vida coletiva¹⁰⁵.

Assim, Habermas se volta contra o sentido subjetivo que o conceito de ética pode assumir, tanto no que diz respeito à subjetividade das concepções sobre o bem, quanto no que se refere à intrassubjetividade de formas de vida compartilhadas. Ou seja, na ausência de visões religiosas ou metafísicas de mundo imunes à crítica – frente a uma moralidade pós-

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 143.

¹⁰⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 90.

¹⁰⁵ HABERMAS, *op. cit.* p. 145.

convencional – , a ética não pode se apoiar nem nos conteúdos das consciências individuais, nem nas tradições e costumes que integram os mundos plurais¹⁰⁶.

A subjetividade que caracteriza as identidades individuais e a intrassubjetividade que conforma as identidades sociais vão se constituindo através da internalização e da adoção de papéis e regras sociais que são transmitidas pela via de costumes, valores e tradições concretas¹⁰⁷.

Nesse sentido, importante destacar que as identidades individuais e sociais se constituem a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada, na medida em que os indivíduos aprendem a se relacionar com os outros e com eles mesmos através de uma rede de conhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem¹⁰⁸.

Há, desta forma, uma inter-relação entre sujeito e sociedade, que se processa através das estruturas linguísticas, formando aquilo que Habermas designa por intersubjetividade. Essa rede intersubjetiva das relações dos indivíduos uns com os outros se processa através da linguagem e esta, por seu turno, não pode ser compreendida senão através do entendimento.

O referido autor, parte do pressuposto de que a pedra de toque da modernidade é a configuração do ser como um sujeito capaz de autorreflexão e crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo¹⁰⁹.

Sendo assim, a formação da vontade racional não significa simplesmente a aceitação de uma negociação ou equilíbrio entre interesses particulares concorrentes, pois, nesta hipótese, a racionalidade comunicativa estaria ainda vinculada a eticidade de um mundo concreto. A formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 167.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 169

¹⁰⁸ *Id.* **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 26.

¹⁰⁹ *Id.* **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 143.

3.2 O PLURALISMO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que possam divergir quanto ao formato e limites acerca do pluralismo, liberais, comunitários e crítico-deliberativos estão comprometidos com a defesa de uma sociedade democrática liberal.

Entretanto, o debate se debruça sobre a forma como se articulam as dimensões de um regime político liberal, isto é, a lógica liberal da liberdade – os direitos fundamentais de primeira dimensão – e a lógica da igualdade – direitos fundamentais de segunda dimensão.

Com efeito, ainda que liberdade e igualdade se constituam nos princípios de qualquer sociedade democrática liberal, podem ser distintas as formas de interpretação destes princípios. Desta forma, a prioridade conferida a um desses princípios vai depender da concepção de pluralismo que se venha a adotar.

Nesse sentido, quando os liberais associam o pluralismo às diversas concepções individuais acerca da vida digna, optam claramente por conferir prioridade aos direitos fundamentais ligados à liberdade, em que se pressupõe a neutralidade do Estado, em detrimento aos direitos fundamentais ligados à igualdade, em que são necessárias ações positivas do Estado.

Para os comunitários, ao revés, os direitos fundamentais ligados ao princípio da igualdade, têm prioridade frente aos direitos individuais. Ao invés de privilegiar a autonomia privada, os comunitários optam pela defesa da autonomia pública, ancorada nas ideias de atuação e participação.

Deste modo, mais uma vez, a concepção de pluralismo adotada é que vai configurar este compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, como garantia da subjetividade das concepções individuais sobre o bem, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político.

De outra forma, se para os liberais a neutralidade do Estado decorre do “fato” do pluralismo, é o próprio pluralismo, enquanto diversidade de identidades sociais, que impede o Estado de tratar igualmente cidadãos com valores culturais distintos.

Já o pensamento Habermasiano procura estabelecer uma conexão entre as liberdades subjetivas privadas, defendidas pelos liberais, e a efetiva participação cidadã nos assuntos públicos, tão cara aos comunitários.

O objetivo de Habermas é demonstrar que a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente. E, para tanto, procede a uma releitura dos direitos subjetivos que são, quase sempre, definidos como direitos negativos que protegem o mundo das ações individuais de intervenções indevidas.

Assim, da ideia de que os destinatários são simultaneamente os autores do direito decorre, para o referido autor, a conexão entre direitos humanos e soberania popular.

Para os liberais, todavia, os direitos fundamentais de primeira dimensão são apenas limites à vontade política do legislador, enquanto para os comunitários eles só possuem caráter vinculante enquanto valores de uma tradição cultural compartilhada.

Deste modo, as distintas concepções de pluralismo e os argumentos acerca da justiça decorrem precisamente da maneira como liberais, comunitários e crítico-deliberativos lidam com a heterogeneidade e a diferença.

Isso, porque democracia não é ditadura da maioria. Para que se fortaleça o Estado democrático de direito, o respeito às minorias é de suma importância, e isso implica o reconhecimento de seus direitos, compatibilizando-os com os direitos dos demais¹¹⁰.

Sendo assim, o pluralismo liberal associa a conformação de uma sociedade justa à garantia da autonomia privada do cidadão, disso decorre o caráter inviolável da subjetividade das concepções individuais sobre a vida digna.

Para os comunitários, a justiça esta vinculada a uma concepção de pluralismo que assegura a autonomia pública e, portanto, a intrassubjetividade das concepções das diversas identidades sociais e culturais.

Habermas, por sua vez, adota uma concepção de pluralismo segundo a qual tanto a subjetividade das concepções individuais sobre o bem, quanto a intrassubjetividade dos valores culturais que conformam as identidades sociais pode ser submetida a um amplo debate

¹¹⁰ GALINDO, Bruno. Cidadania complexa e direito à diferença: repensando o princípio da igualdade no estado constitucional contemporâneo. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coords.). *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio da igualdade nas diferenças*. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 29.

público, que fixará normas cujos destinatários serão os seus próprios autores, daí a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública.

De qualquer sorte, todos os pensadores reconhecem, face à debilidade seja da razoabilidade dos indivíduos, seja da tolerância ou da razão prática, ao direito, enquanto ordenamento jurídico dotado de poder coercitivo e sanção, a tarefa de garantir a estabilidade social, administrando os conflitos e definindo as regras do processo democrático.

Outrossim, sob uma perspectiva de cidadania complexa, é fundamental a tolerância com as práticas e necessidades dos cidadãos que não compõem a cultura hegemônica, desde que, por óbvio, essas não impliquem em violação de outros direitos de igual dignidade¹¹¹.

Assim, seja no sentido de uma ética da tolerância, ou da tolerância como dever fundamental, é crucial o reconhecimento de uma “cidadania complexa”, na multiplicidade de papéis sociais e culturais que cada um dos cidadãos exerce, pois, somente assim, se fortalece uma perspectiva pluralista e solidária da democracia no Estado constitucional contemporâneo.

3.3 O PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesse contexto, importante destacar que a Constituição Federal de 1988 converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia.

Já em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 instituiu

um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social[...]¹¹².

¹¹¹ GALINDO, Bruno. Cidadania complexa e direito à diferença: repensando o princípio da igualdade no estado constitucional contemporâneo. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coords.). *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio da igualdade nas diferenças*. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 29.

¹¹² BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

Em seguida, ao definir os fundamentos do Estado brasileiro, caracterizando-o como um Estado democrático de direito, a Constituição destaca a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, incisos II, III e V), como também fixa em seu art. 3º, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro:

constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹³

Nesse sentido, importante destacar que a Constituição de 1988 estabelece uma ruptura com a cultura jurídica positivista privatista, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurado pela nova Constituição, recusando, desta forma, o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo, voltando-se para um constitucionalismo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana¹¹⁴.

A Constituição de 1988 estrutura-se, portanto, em uma base normativa que envolve um conjunto de valores. Segundo José Afonso da Silva,

certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição¹¹⁵.

Em suma, o objetivo principal da Carta Magna é a realização de valores que convergem para o existir da comunidade e não, como já foi outrora, com o pensamento liberal de que a constituição serviria apenas para a defesa da autonomia dos indivíduos, em face do poder público, através de um sistema fechado de garantias da vida privada.

Assim, o constitucionalismo comunitário, presente na Constituição de 1988, calcado no binômio dignidade humana – solidariedade social, ultrapassa a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.

Desse modo, verifica-se a importância do pluralismo para a defesa dos direitos fundamentais e o respeito às diferenças que será de suma importância para as organizações de

¹¹³ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

¹¹⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 14-15.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39

tendência, já que essas são o reflexo desta sociedade plural, consoante se verá no próximo capítulo.

4. RELEMBRANDO AS FACULDADES DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

No presente capítulo, serão lembradas as faculdades de direção do empregador, que derivam do contrato e da liberdade de empresa, tema de suma importância para o presente trabalho, afinal, é no gozo dessas faculdades que o empregador pode limitar excessivamente os direitos fundamentais de seus empregados, ou, a contrário senso, essas faculdades também podem sofrer limitações em virtude dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

4.1 TERMINOLOGIA

Registre-se que há grande diversidade de opinião na doutrina, quer na terminologia, quer na enumeração destes poderes, assim como na sua conceituação. Deste modo, necessário se faz tecer algumas considerações acerca da denominação/nomenclatura desta faculdade de direção do empregador.

Nesse sentido, importante destacar que a maior parte da doutrina utiliza expressões como poder de comando, poder diretivo, poder empregatício, dentre outras. Assim, em virtude da maioria das terminologias possuírem a terminologia “poder”, é interessante fazer alguns comentários a respeito do conceito de poder. Em seu sentido lato, a palavra poder significa “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos”¹¹⁶. Do ponto de vista social, pode-se dizer que inexistente praticamente relação social na qual ele não esteja presente de alguma forma.

Nas palavras de Lorena Vasconcelos Porto “poder” pode ser conceituado como “a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do poder social”¹¹⁷.

Em outras palavras, existem relações significativas entre o poder sobre o homem e o poder sobre a natureza, tendo em vista que, muitas vezes, quem detém o poder sobre a natureza, detém, também, o poder sobre o homem. É o que ocorre no capitalismo, uma vez

¹¹⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. Uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 37.

¹¹⁷ *Ibid.* p.37.

que o proprietário dos meios de produção detém o poder (sobre a natureza), exercendo-o sobre os demais homens despossuídos de tais meios.

Sendo assim, o indivíduo exerce o poder quando provoca intencionalmente o comportamento de outrem, o qual é dotado, no mínimo, de voluntariedade. Entretanto, o fato de ser voluntário não implica que o comportamento seja também, necessariamente, livre. É isso o que ocorre, por exemplo, no sistema capitalista: há voluntariedade na celebração e na execução do contrato de trabalho, mas, por vezes, não há real liberdade, pois a escolha consiste em trabalhar ou passar necessidades¹¹⁸.

Deste modo, em um sentido geral, a noção de poder se identifica com a de domínio de fato, força, potência, mas também com a de prerrogativa jurídica¹¹⁹. Todavia, não se confunde com “faculdade” entendida como a possibilidade jurídica de praticar ou não determinado ato.

Registre-se, ainda, que a terminologia “faculdade” é mais coerente, uma vez que essa faculdade/poder, modernamente, se entende que deriva do contrato de trabalho e não mais da propriedade, que, por sua vez, impõe direitos e obrigações para ambos, não havendo falar em poder de um sobre o outro, apesar de serem utilizadas como sinônimas, como o faz Amauri Mascaro Nascimento, por exemplo, ao afirmar que “poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, dever ser exercida”¹²⁰.

Já Rosa María Morato García afirma que o termo “poder” é uma noção unitária, ou uma categoria geral que engloba um grupo de faculdades destinadas à consecução da efetividade de tal poder; que o poder de direção constitui um compêndio de situações jurídicas postas a serviço dos objetivos da organização produtiva. Assim, através da concretização da prestação laboral, das modalidades de sua execução, da gestão, coordenação da atividade produtiva, da disciplina de trabalho é que o empregador trata de satisfazer os propósitos e interesses empresariais, de modo que o caráter instrumental do poder diretivo é evidente, assumindo a função de promover o funcionamento da empresa mediante a gestão das relações laborais que se desenvolvem em seu âmbito, fazendo uso de cada uma das faculdades que compõem seu campo de atuação¹²¹.

¹¹⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. Uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

¹¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e ideologia**. Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014, p. 932.

¹²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

¹²¹ MORATO GARCÍA, Rosa María. **Derecho de resistência y ejercicio irregular del poder de dirección**. Granada: Comares, 2011, p. 36.

Portanto, apesar de serem expressões distintas, consoante fora noticiado, e a terminologia “faculdade” ser mais apropriada, no presente trabalho, as expressões faculdade e poder também serão utilizadas como sinônimas em decorrência de ter sido a terminologia “poder” amplamente consagrada pela doutrina.

Por fim, impende destacar que a doutrina, contudo, já se utilizou da expressão “Poder Hierárquico”, o que, atualmente, caiu em desuso diante das severas críticas que sofreu.

Como dito, a referida expressão foi alvo de diversas críticas pela doutrina, dentre elas, pode-se citar, a título de exemplo, as de Maurício Godinho Delgado¹²² e Alice Monteiro de Barros¹²³, que apontam como críticas, primeiro, a ideia de que “hierárquico” traz consigo uma face autoritária e retrógrada, portanto, equivocada. Segundo, carrega rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno do poder empregatício. Terceiro, “poder hierárquico” configura-se como um resquício do corporativismo.

4.2 CONCEITO

Na relação de emprego, a subordinação é um lado da moeda, e a faculdade de direção é o outro lado, de forma que o empregado é um trabalhador subordinado e, em decorrência disso, o empregador tem o direito de determinar o modo como a sua atividade será exercida. É essa possibilidade de ingerência, na execução das atividades laborais, que passará a ser analisada a seguir.

Nos termos do art. 2º da CLT, o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, pois assume os riscos da atividade econômica. Ao conceituar empregado, o art. 3º pressupõe a prestação de serviços sob a dependência do empregador¹²⁴.

Os ditames legais, portanto, garantem ao empregador intervir na esfera jurídica do empregado, dele dependente, para dirigir, para comandar. Faculdade jurídica exerce, então, o empregador: faculdade de comando ou de direção, revestindo-se de caráter teleológico, uma

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 664.

¹²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 459

¹²⁴ BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

vez que é exercido com a finalidade de alcançar os fins perseguidos pelo empreendimento e assegurar a continuidade do exercício da atividade empresarial.

Maurício Godinho Delgado denomina essa faculdade contratual de “Poder Empregatício”, e conceitua-o como sendo:

[...] o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços¹²⁵.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o empregador tem um poder: o de direção (“faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”), que tem como manifestação o poder de organização, o de controle e o disciplinar. Trata, ainda do regulamento de empresa, sem, entretanto, aludir expressamente ao poder regulamentar¹²⁶.

Já para Dorval Lacerda, “O poder hierárquico do empregador se manifesta pelo poder diretivo, do qual resulta o poder disciplinar, sendo que o complexo dos dois últimos traduz o primeiro”¹²⁷.

Nas lições de José Augusto Rodrigues Pinto,

o poder é elemento inerente à organização. Podemos mesmo afirmar que não há poder sem hierarquia e não há hierarquia sem disciplina. Sendo a empresa, por definição uma organização, o poder dirigente emerge de sua origem, com o sentido absoluto que caracteriza o poder de criação. Uma vez surgido estrutura-se e ramifica-se até alcançar, sistematicamente, todo o organismo empresarial. Seu desdobramento ocorre assim: a) poder de organizar a empresa (poder de criação); b) poder para regulamentar e fiscalizar a execução da atividade (poder de direção); c) poder para disciplinar a execução da atividade e sancionar as transgressões dos executores (poder de disciplinar)¹²⁸.

Note-se, entretanto, consoante já noticiado anteriormente, que a expressão poder hierárquico não mais é utilizada em virtude do seu caráter autoritário e, portanto, não compatível com o processo de constitucionalização que o Direito do Trabalho vem passando.

Luciano Martinez assevera que

¹²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 664.

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28ª ed., São Paulo: LTr, 2002, pp. 203-208.

¹²⁷ LACERDA, Dorval. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: A Noite, 1949, pp. 67-69.

¹²⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**, 5.ed., São Paulo: LTr, 2003, pp. 266-267.

o poder diretivo ou poder de comando é prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos de seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos. Para atingir esses desígnios e para organizar a atuação de seus subordinados, o empregador pode valer-se de orientações de natureza técnica e de caráter geral. Essa conduta administrativa, normalmente associada à hierarquia e à disciplina, conduz a uma situação segundo a qual o empregador tem as faculdades de organizar o sistema produtivo, de fiscalizar (controlar) o cumprimento daquilo que foi ordenado e, se for o caso, de punir os transgressores de suas ordens de comando. Nesses moldes, o poder diretivo subdivide-se em poder de organização, poder de fiscalização e poder disciplinar¹²⁹.

Assim, pode-se concluir que o empregador, como um dos sujeitos da relação de emprego, tem a faculdade de direção da qual decorrem as faculdades de fiscalizar, regulamentar e, quando necessário, disciplinar as condutas praticadas pelos empregados no exercício do seu mister na empresa.

4.3 FUNDAMENTOS DA FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

Abordar um tema amplamente debatido, como é a fonte de legitimação do exercício das faculdades de direção do empregador, ainda se mostra de suma importância, uma vez que da concretização deste estudo se pode extrair consequências relevantes em torno da extensão da submissão do empregado e da capacidade do empregador de emanar ordens.

Ao longo do tempo, surgiram três principais correntes para fundamentar a existência do poder empregatício: a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual.

4.3.1 Teoria da Propriedade Privada

A primeira teoria (teoria da propriedade privada) afirma que a faculdade de direção decorre da propriedade da empresa, isto é, do conjunto de bens pertencentes ao patrão, visto

¹²⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202.

que quem detém a propriedade deve ter o correlativo direito de usá-la e dela desfrutar, justificando, assim, a conduta do empregador na defesa de sua propriedade¹³⁰.

Nota-se, nesta teoria, um poder unilateral, responsável por estabelecer a relação de trabalho com base nas aspirações, nos objetivos e nas necessidades do empregador. Segundo a teoria em comento, o poder diretivo encontra fundamento no direito de propriedade, bem como na função social da propriedade, ambos direitos assegurados pela Carta Magna, nos arts. 5º, incisos XXII e XXIII¹³¹.

Com base no art. 1.228 do Código Civil, a propriedade é o direito real de gozar, dispor e reaver bem imóvel ou móvel. Mais adiante, no parágrafo único, nota-se que o referido direito deve estar pautado sempre nas finalidades econômicas e sociais da empresa, de modo a haver harmonia entre a conveniência do empregador e o interesse coletivo da classe obreira¹³².

A ideia de dependência hierárquica do trabalhador em relação ao empregador é que serve de base para a teoria da propriedade privada. A empresa é propriedade de alguém, que a dirige e a administra, com amplo poder de deliberação, razão pela qual o poder diretivo empresarial realmente emana deste fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em consequência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens¹³³.

Embora tenha tido inúmeros adeptos, não há como acatar-se essa teoria, visto que ela não absorve a diferença essencial no que concerne ao poder situado nas relações de produção servis e escravagistas, posta pela ideia de liberdade.

Ademais, se residisse na propriedade privada o título jurídico de tal poder, ele sequer existiria nos estabelecimentos e empresas contemporâneas cujo titular não é o mesmo titular do direito de propriedade¹³⁴. Outrossim, mesmo que o titular detenha o direito sobre a propriedade, não quer dizer que esse detenha o direito sobre a pessoa ou serviço contratado, uma vez que a pessoa ou a atividade humana não podem ser tratados como mercadoria.

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 637.

¹³¹ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

¹³² *Id.* **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14/01/2015.

¹³³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1993 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo:

LTR, 1996, p. 166.

¹³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 674.

Em outras palavras, não mais se concebe a ideia de que o empregado aceite se subordinar ao poder diretivo do empregador em razão do mesmo ser o proprietário da empresa, uma vez que não há como admitir-se que o poder sobre as coisas decorra poder sobre as pessoas.

4.3.2 Teoria Institucional

Já para a corrente institucionalista, o poder diretivo funda-se na concepção institucional ou comunitária da empresa, isto é, existiria um poder ou uma autoridade inerente a toda instituição e esse poder seria social e não individual, exercido, portanto, para o bem da coletividade¹³⁵.

A teoria institucional se baliza na prevalência do bem comum sobre o interesse particular, razão pela qual o poder de direção do empregador se funda na concepção institucional ou comunitária da empresa e possui caráter mais político e social do que jurídico¹³⁶. Ademais, o poder de direção decorreria da inserção do trabalhador à “instituição” que atuaria como um verdadeiro “Estado”.

Surgida na Europa Ocidental, da primeira metade do século XX, a teoria institucionalista estava associada à inspiração política autoritária que se destacou naquele período (nazismo-fascismo). Muito influenciada pela obra do alemão Otto von Gierke (1841-1921), a referida teoria teve amplo alcance sobre o pensamento jurídico dentro e fora da Alemanha¹³⁷.

Segundo Arion Sayão Romita, no sentir de Gierke, a relação de trabalho é jurídico-pessoal, dominada pelo princípio da fidelidade recíproca e, como consequência dessa fidelidade, a relação de trabalho se torna uma relação comunitária. Em outras palavras, o poder de direção do empregador consistiria, antes de tudo, no direito do empregador de comandar, de dar ordens ao empregado e a este direito corresponderia o dever de obediência do empregado¹³⁸.

¹³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 638.

¹³⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2003, p. 364.

¹³⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e Ideologia**. In: Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014, p. 939.

¹³⁸ *Ibid.* p. 941.

A teoria institucionalista, também chamada de corporativista, foi amplamente aceita na Itália da época de Mussolini, uma vez que compatível com o seu regime político corporativista, em que o fundamento do poder diretivo do empregador residia na responsabilidade de conformação social assumida pelo empresário em face do Estado. Essa teoria foi prevista na Declaração VII da Carta del Lavoro, em cujos termos o empregador exerce a direção da empresa econômica em face da responsabilidade que assume¹³⁹.

No Brasil, a teoria institucional também teve sua vez. É possível que a doutrina dominante no período conhecido como Estado Novo (ditadura de Getúlio Vargas: 1937-1945), época em que foram editadas diversas obras que versavam sobre o direito do trabalho e foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, tenha exercido influência sobre a orientação teórica adotada pelos juristas brasileiros¹⁴⁰.

Notícia Arion Sayão Romita que, em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, de orientação nitidamente institucionalista, consoante se verifica da Exposição de Motivos da Comissão que elaborou o texto da CLT¹⁴¹. Note-se: “a alusão à relação de emprego situa o ajuste de trabalho no realismo espontâneo, subordinando-o ao institucionalismo jurídico-social que fornece o conceito de empregado”¹⁴².

No mesmo ano, foi publicada, dentre outras obras, a obra “Direito do Trabalho Brasileiro” de autoria de três dos quatro membros da comissão que elaborou a CLT, são eles Dorval Lacerda, J. De Sagadas Viana e Arnaldo Sussekund, consagrando a teoria institucional ao afirmar que “(...) há hoje em dia, em face de cada vez mais ampla proteção do trabalho, uma intensa reação contra o voluntarismo contratual, de modo a deixar predominar, mesmo, a instituição sobre o contrato”¹⁴³.

Ocorre que a teoria institucional perdeu força com a derrocada desses regimes autoritários, apesar de ter deixado seus resquícios no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, a teoria institucional não exprime com fidelidade a fundamentação do poder diretivo, pois se trata, em verdade, de uma concepção justificadora de certo tipo de poder, do que de uma concepção explicativa da situação. Tal teoria dissimula a presença da liberdade na

¹³⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e Ideologia**. In: Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014, p. 961.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 950.

¹⁴¹ *Ibid. loc. cit.*

¹⁴² BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

¹⁴³ SUSSEJUND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANA, J. **Direito Brasileiro do Trabalho**, 2º Vol., Rio de Janeiro: A Noite, 1943 *apud* ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e Ideologia**. In Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014, p 950.

relação de emprego, bem como nega o caráter dialético nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação.

Ademais, ao contrário do quanto defendido pelos institucionalistas, ao ser admitido pelo empregador, a princípio, o empregado não tem em vista “colaborar” com o patrão, mas apenas deseja trabalhar na empresa, sem qualquer conotação ideológica, posto que a empresa não é uma comunidade guiada por interesses comuns entre empregado e empregador, até porque, por diversas vezes, esses interesses são antagônicos.

Em suma, o empregado quer apenas executar o quanto ajustado no contrato de trabalho e espera que o empregador cumpra com suas obrigações contratuais, sendo a característica da colaboração, como regra geral dos negócios jurídicos bilaterais, tão cara para os institucionalistas, incompatível com regimes políticos de feição democrática, não podendo ser acolhida, portanto, no atual momento político brasileiro.

4.3.3 Teoria Contratual e Liberdade de Empresa

A teoria contratualista como título e fundamento da faculdade de direção do empregador constitui, atualmente, a concepção mais aceita no conjunto da teoria justralhista. Ela fundamenta a existência da faculdade de direção do empregador no contrato de trabalho, vale dizer, “[...] esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa [...]”¹⁴⁴.

A teoria contratual parte do pressuposto de que é do contrato de trabalho e do acordo de vontade do empregado e do empregador que se nasce a estrutura em torno da qual se desenvolvem as relações entre as partes contratantes, notadamente, as que originam os conceitos de subordinação e de faculdade de direção.

Saliente-se que o contrato de trabalho, embora bilateral, pode, contudo, sofrer forte influência e intervenção de outras vontades componentes da dinâmica empresarial interna, ou seja, esta característica significa dizer que o contrato de emprego é essencialmente dinâmico,

¹⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 460.

podendo nele atuar, após o pacto inicial celebrado, a vontade coletiva obreira, visando garantir o alcance de um processo mais democrático de gestão de poder no contexto empresarial, através das convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho que aderem aos contratos individuais¹⁴⁵.

Maurício Godinho Delgado¹⁴⁶ traz, ainda, outra argumentação que tem sido apresentada por juristas contemporâneos a respeito do tema. Para tal vertente, o fundamento dos poderes do empregador residiria na autonomia das diversas instâncias de organização grupal existentes na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático à história contemporânea.

Segue o supracitado autor afirmando que a noção de autonomia é compatível com o contratualismo. Em verdade, o contratualismo que mais importa ao Direito do Trabalho é aquele derivado da autonomia privada coletiva, que resulta da ação coletiva organizada dos trabalhadores e do ser coletivo empresarial, sendo que a presença destes seres coletivos é que confere parte significativa da substância plasmada pelo exercício do poder empregatício que não se consuma a não ser nos limites e procedimentos coletivamente assentados¹⁴⁷.

Entretanto, a doutrina espanhola vai mais além e entende que o contrato de trabalho constitui a razão imediata da faculdade de direção do empregador, mas que o fundamento desta faculdade transcende a esfera contratual, decorrendo direta e intrinsecamente do reconhecimento constitucional da liberdade de empresa¹⁴⁸.

Observe-se que a liberdade de empresa é também consagrada no ordenamento pátrio, no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal, ao ser afirmado que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹⁴⁹.

Nesse sentido, Rosa María Morato García chama a atenção para a necessidade de se estabelecer uma distinção entre o que poderia ser denominado de “poder de direção patrimonial em sentido amplo” e o “poder de gestão patronal”, ambos destinados a operar sobre planos jurídicos distintos¹⁵⁰.

O primeiro (poder de direção patrimonial em sentido amplo) refere-se acerca da administração dos distintos fatores empresariais, entre os quais se inclui o fator trabalho,

¹⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 677.

¹⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p.678.

¹⁴⁷ *Ibid.* p 679.

¹⁴⁸ GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistência y ejercicio irregular del poder de dirección**. Granada: Comares, 2011, p. 26.

¹⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

¹⁵⁰ GARCÍA, *op. cit.* p. 32.

como um instrumento à serviço do titular da empresa na satisfação de seus objetivos. Na criação das pautas de funcionamento da organização empresarial e a coordenação dos fatores produtivos, verifica-se, a todo momento, a iniciativa do empresário. A empresa se autodirige, através das próprias regras que emanam do diretor da instituição. Assim, pode-se dizer que as medidas predispostas pelo patrão para gerir a empresa, no gozo do mencionado poder de direção patrimonial, são baseadas na liberdade que o legislador constituinte conferiu ao empresário. Das decisões adotadas neste âmbito, não emanam ordens que afetam de maneira imediata a posição subordinada do trabalhador, embora em si mesmas constituam a razão fundamental para existência do trabalho subordinado como parte integrante do plano de gestão da empresa¹⁵¹.

O segundo (poder de gestão patronal) compõe-se de um elenco de possibilidade jurídicas que assistem ao empresário e que encontram justificação, umas na própria liberdade de empresa e, outras, no contrato de trabalho. Assim, aquelas faculdades de cunho organizativo cujo exercício excede ao acordado inicialmente na relação individual de trabalho (*ius variandi* e modificações substanciais) devem ter origem dentro dos parâmetros instituídos pela própria regulamentação da empresa. Entende-se, então, que estas pretensões empresariais não são trazidas pelo contrato, como entende a teoria contratualista pura, mas pelas regras da empresa, criadas com base na liberdade de empresa, tutelada constitucionalmente. Enquanto que o exercício das prerrogativas de direção coaduna-se com aquele conteúdo deste poder de gestão de caráter notoriamente contratual, de modo que encontram base no consenso negocial conferido pelas partes a favor do empresário¹⁵².

Ressalte-se, por oportuno, que essas regras, criadas pelo empresário, devem estar em consonância com os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, respeitando os direitos fundamentais e trabalhistas específicos dos seus empregados, de modo a manter a dignidade humana destes, fundamento maior da Constituição.

Registre-se, ainda, que ao consagrar a liberdade de empresa, resta claro que o constituinte está reconhecendo um espaço irredutível de autonomia de organização ao empresário, o que faz da empresa privada um “instituto garantido” constitucionalmente. Esse reconhecimento corrobora a ideia de que o poder empresarial é irrenunciável em seu conteúdo

¹⁵¹ GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistência y ejercicio irregular del poder de dirección**. Granada: Comares, 2011, p. 33.

¹⁵² *Ibid. loc. cit.*

essencial¹⁵³. Ademais, esse conteúdo essencial deve ser respeitado pela lei e pela negociação coletiva enquanto integrante da própria liberdade de empresa, reconhecida pela Constituição Federal.

Questão distinta é a qual o empresário, sem deixar de ser titular do “poder organizador”, decida delegar parcelas mais ou menos extensas deste poder a pessoas contratadas para tanto (cargos de alta direção, trabalhadores comuns com funções de mando) visando uma melhor e efetiva organização da produção¹⁵⁴.

Obviamente que essa delegação não implica renúncia desta faculdade. Ao contrário, quando a Consolidação das Leis de Trabalho fala em trabalhadores em cargo de confiança, mando ou gestão, se está indicando que estes trabalhadores desempenham um poder por delegação, cujo exercício é controlado, em última instância, pelo empregador.

Assim, mesmo sem perder de vista o papel que desempenha o contrato neste âmbito, se indica que o fundamento da faculdade de direção está situada na atribuição de poderes por um grupo de normas, que extraem da Constituição o reconhecimento da liberdade de empresa¹⁵⁵.

Deve-se advertir, contudo, que a concepção do contrato de trabalho como título legitimador das concretas ordens e instruções ditadas pelo empresário é a visão que predomina. Nesse sentido, se afirma que a faculdade de direção e a subordinação jurídica do empregado, encontra apoio na autonomia negocial das partes, ou seja, na liberdade de contratar, e, portanto, é o vínculo contratual que determinará seu conteúdo, alcance, natureza e limites.

Entretanto, o elemento contratual, pura e simplesmente não permite dar resposta a todos os efeitos que se substanciam enquanto se mantém em vigor a relação de trabalho subordinado. Deste modo, esta é a razão, pela qual, se faz referência à liberdade de contratar como fundamento mediato ou secundário da faculdade de direção do empregador, e como fonte imediata ou primária e principal da referida faculdade, a celebração do contrato de trabalho.

Assim, pois, pode-se afirmar que o contrato de trabalho é o título jurídico que permite explicar que as ordens e instruções e instruções do empregador devam ser obedecidas pelo

¹⁵³ MELGAR, Alfredo Montoya. Libertad de Empresa e Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. In: RODRÍGUEZ, Ricardo Escudero (coord). **El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas**. Madrid: La Ley, 2005, p. 31.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 32.

¹⁵⁵ GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección**. Granada: Comares, 2011, p. 29.

trabalhador, parte desse contrato. Isso evidencia a dupla dimensão, constitucional e contratual, no qual se desenvolve a faculdade de direção do empregador.

4.4. AS FACETAS DA FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

A “faculdade de direção” *lato sensu* tem como conteúdo a faculdade de direção *stricto sensu* (também chamado de poder organizativo); faculdade/poder de regulamentar; faculdade/poder fiscalizatório (este também chamado de poder de controle) e a faculdade/poder disciplinar.

4.4.1 Faculdade de Direção *Stricto Sensu*

A faculdade de direção *stricto sensu* (ou poder organizativo), nas palavras de Maurício Godinho Delgado seria:

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, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.¹⁵⁶

Isto é, a faculdade de direção *stricto sensu* constitui-se no direito do empregador em organizar a produção, bem como emanar ordens no sentido de direcionar a prestação dos serviços de maneira que atenda aos fins da empresa.

¹⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 666.

4.4.2 Faculdade de Regulamentar

Já o poder/faculdade regulamentar seria o “[...] conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”¹⁵⁷.

Todavia, em que pese existam doutrinadores importantes, à exemplo de Orlando Gomes, que defendam esta atividade regulamentadora como das faculdade de direção do empregador, a doutrina majoritária entende que esta atividade seria apenas uma das facetas do poder diretivo *stricto sensu*¹⁵⁸.

Isso, porque não seria justificável a existência de um chamado “poder/faculdade regulamentar”, uma vez que esta seria apenas uma manifestação exterior, um instrumento de exteriorização da faculdade de direção *stricto sensu*, já que a mesma somente pode se concretizar através de meios formais ou informais de comunicação com os empregados, por exemplo, instruções diretas e pessoais a cada trabalhador, seja de forma escrita ou verbal, bem como expedição de regras gerais, como o contrato de trabalho, regulamentos escritos, circulares, ordens de serviço, avisos, memorandos, portarias etc¹⁵⁹.

Portanto, a faculdade de regulamentação nada mais é do que um instrumento para a concretização da faculdade de direção *stricto sensu* (ou poder organizativo).

4.4.3 Faculdade de Fiscalizar

No que concerne à faculdade de fiscalizar (ou poder de fiscalização ou controle), Maurício Godinho Delgado conceitua-a como sendo:

[...] o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a

¹⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 666.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

¹⁵⁹ DELGADO, *op. cit.* p. 667.

prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle¹⁶⁰.

Assim como a faculdade de regulamentação, também se questiona se a faculdade de fiscalizar é modalidade específica da faculdade de direção *lato sensu*, de modo que pode ser entendido como inerente a qualquer contrato.

Nesse sentido, são formas clássicas de controle do cumprimento do contrato de trabalho: a marcação dos horários de entrada e saída no serviço por meio dos cartões de ponto ou livro de ponto, a prestação de contas de empregados vendedores, o controle de qualidade de peças produzidas pelo empregado, dentre outros.

Ocorre que, com o advento das novas tecnologias, nasceram outros mecanismos de controle adotados pelas empresas, dentre eles a instalação de circuito interno de câmeras nos locais de trabalho, sensores magnéticos nas revistas, bem como fotos automáticas de documentos de identidade para entrar nos prédios onde trabalham, a utilização de polígrafos, controle de e-mails, escutas telefônicas etc.

Nesse sentido, sustenta Gianni Loy que atualmente a informática permite um controle dos trabalhadores particularmente intenso. A concessão de um celular aos trabalhadores, por exemplo, permite ao empresário com uma simples ligação exercer a fiscalização, inclusive fora do horário de trabalho¹⁶¹.

Boa parte desses novos mecanismos que surgiram são para atender a questões de segurança. Todavia, os princípios trabalhistas aplicáveis podem ser os mesmos, não havendo motivo para se alterar a regra, que é o respeito à dignidade da pessoa humana e à privacidade¹⁶².

Nesse contexto, prática comum, por exemplo, é a revista dos pertences do empregado ao sair do estabelecimento, entendida como revista pessoal.

No que tange à revista em objetos do empregado, veículo ou em espaços reservados a este, é importante frisar que, a partir do momento em que o empregador concede aos obreiros espaços exclusivos, obriga-se, implicitamente, a respeitar sua intimidade¹⁶³.

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 668.

¹⁶¹ LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: RODRÍGUEZ, Ricardo Escudero (coord). **El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas**. Madrid: La Ley, 2005, p. 60.

¹⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 639.

¹⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 468.

Ocorre que a jurisprudência brasileira ainda não é pacífica com relação à revista de bolsas e sacolas, admitindo, em alguns casos, a revista nos pertences do empregado, conforme se depreende dos seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA EFETUADA PELA EMPRESA. INVIABILIDADE DA CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO DECONSTRANGIMENTO. A revista nos pertences dos empregados, quando feita sem práticas abusivas, não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, ausente abuso desse direito quando procedida a revista moderadamente, como no caso em exame, não havendo de se falar em constrangimento ou em revista íntima e vexatória, a atacar a imagem ou a dignidade do empregado. Recurso de revista não conhecido¹⁶⁴.

Diferentemente da revista pessoal, que compreende apenas a revista de bolsas e sacolas do empregado, a revista íntima consiste no procedimento realizado no próprio corpo do empregado, como, por exemplo, apalpar os funcionários, exigir que estes abaixem as calças, suspendam a blusa ou, até mesmo, fiquem nus, com o intuito de descobrir possíveis objetos furtados.

Acerca do tema, importante destacar que a partir das décadas de 80 e 90 do Século passado, foram editadas, no Brasil, leis municipais proibindo a revista íntima, por exemplo, as leis n. 7.451/98, publicada pela Câmara Municipal de Belo Horizonte, e a lei n. 4.603/89, editada pela Câmara Municipal de Vitória¹⁶⁵.

Em 1999, foi inserido na CLT, no capítulo concernente ao trabalho da mulher, o art. 373-A, proibindo expressamente a revista íntima para as mulheres¹⁶⁶. Contudo, à luz do princípio da legalidade, em que o que não está proibido é permitido, pode-se inferir que é permitida a revista pessoal, vale dizer, aquela que é realizada somente nos pertences dos empregador.

Saliente-se que, em que pese o art. 373-A da CLT, esteja inserido no capítulo atinente ao trabalho da mulher¹⁶⁷, os homens poderão invocar o referido artigo através de uma

¹⁶⁴ BRASIL. TST – RR-724-2008-678-09-00. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

¹⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.463.

¹⁶⁶ BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

¹⁶⁷ *Ibid.*

interpretação extensiva, à luz da Constituição, uma vez que homens e mulheres têm os mesmos direitos e deveres conforme art. 5º, inciso I, da CF/88¹⁶⁸.

Para Alice Monteiro de Barros, a revista se justifica quando esta constitua o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador, como também à segurança das pessoas, todavia, não basta a tutela genérica da propriedade, deverão existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista. Ademais, a tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados, bem como respeitar a dignidade dos mesmos, afinal, a utilização de câmeras e outros equipamentos eletrônicos podem ser tão eficazes em relação à proteção do patrimônio do empregador, que dispense a revista pessoal, procedimento mais invasivo à intimidade do trabalhador, atendendo, desta forma, ao princípio da proporcionalidade, na dimensão necessidade¹⁶⁹.

Já para Edilton Meireles, a revista pessoal do empregado somente poderia ser realizada na forma processual penal, ou seja, mediante prévia ordem judicial, inclusive a requerimento da parte interessada, nos termos do art. 242 do CPP, ou; quando da prisão em flagrante, desde que haja fundada suspeita de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito; ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar, mas realizada apenas por autoridade policial ou pelo oficial de justiça. Portanto, o empregador jamais poderia realizar a revista pessoal de seus empregados em caráter particular¹⁷⁰.

Ressalte-se, todavia, que o posicionamento majoritário na doutrina e na jurisprudência é no sentido de ser possível a revista pessoal, desde que seja observado o princípio da proporcionalidade em sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), bem como observados determinados critérios, vale dizer, seja feita em caráter geral e impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo, como o sorteio, por exemplo, devendo ser feita mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). Ressalte-se, ainda, que a revista deverá ser realizada no âmbito empresarial, assim entendido como local de trabalho, na entrada e saída desse¹⁷¹.

¹⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

¹⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013, p.466.

¹⁷⁰ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005, pp. 177-118.

¹⁷¹ BARROS, *op. cit.* p.576.

No que tange à faculdade de fiscalizar, através de instrumentos visuais, como o circuito interno de televisão, a jurisprudência nacional entende que tal procedimento objetiva aperfeiçoar o funcionamento do processo produtivo, bem como evitar procedimentos de fiscalização mais invasivos, como é o caso da revista pessoal, e, não, controlar aspectos de caráter íntimo do empregado. Sendo assim, o que não é aceitável é que a totalidade do estabelecimento esteja sob absoluto controle do empregador, e que seja autorizada a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente, até porque existem locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalação de um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou em uma copa. Este é, inclusive, o posicionamento adotado pelo TST, senão vejamos:

CÂMERA DE VÍDEO INSTALADA NO BANHEIRO MASCULINO DOS EMPREGADOS. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. [...] No caso em análise, devem ser considerados a gravidade da conduta (instalação de câmeras de vídeo em banheiros), o tipo do bem jurídico tutelado (honra, intimidade, vida privada) e a repercussão do ato no mundo exterior (segundo o Tribunal Regional, houve comentários dentro da corporação e o vazamento da notícia foi inevitável). Assim, inegável que os obreiros tiveram sua privacidade invadida, com violação do direito à intimidade. Ademais, o acórdão é claro ao expor o entendimento de que a medida se revelou excessiva e desnecessária, pois, se a Reclamada buscava garantir a integridade física de seus empregados, tendo em vista inúmeros ataques praticados pela facção criminosa PCC, deveria ter atuado preventivamente, adotando um sistema de segurança na portaria, impedindo eventual acesso dos criminosos à parte interna da corporação policial. Por último, registre-se que a instalação de câmera em banheiro acarreta para o usuário um forte constrangimento, com um considerável sentimento de humilhação, motivo por que se considera que o valor arbitrado pelo Juízo de 1º grau (R\$20.000,00) é compatível com a dimensão do dano sofrido pelos trabalhadores, não se justificando seja reduzido¹⁷².

O que se deve ter como referência, quando da utilização dos instrumentos audiovisuais como forma de controle do ambiente de trabalho, é que esses devem ser empregados de forma menos invasiva e razoável, ou seja, comunicando aos empregados a respeito da colocação das câmeras, respeitando a intimidade dos obreiros, combatendo os abusos e, sobretudo, que não seja usado de forma ilegal, com o objetivo de divulgar aspectos íntimos do empregado, por exemplo¹⁷³.

Outra forma de fiscalização se dá através das escutas telefônicas, bem como o controle da utilização dos e-mails dos empregados no ambiente de trabalho. Diante disso, pergunta-se

¹⁷² BRASIL. TST - RR - 70140-55.2007.5.15.0007. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

¹⁷³ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 471.

o seguinte: é lícito o controle do empregador sobre o conteúdo da conversa telefônica ou do e-mail enviado e recebido pelos empregados?

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos X e XII, consagram como direitos a privacidade e o sigilo de correspondência¹⁷⁴. Ocorre que a jurisprudência brasileira começa a se manifestar no sentido de que, se o telefone for utilizado como meio de execução de tarefas, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas.

No mesmo sentido, se o trabalhador utiliza, no horário de serviço, o e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas.

Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Neste caso, justifica-se a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho, prestando-se, inclusive, como prova.

Neste contexto, note-se o posicionamento do TST sobre o tema:

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal¹⁷⁵.

Todavia, a liberdade de comunicação continua sendo a regra. Se o empregador confere ao empregado um endereço eletrônico particular, em princípio, não se admite a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. Além disso, se a mensagem for de cunho íntimo, o empregador violará dois princípios constitucionais já citados, quais sejam o direito à intimidade (art. 5º, X) e o sigilo da correspondência (art. 5º, XII). A violação a esses direitos, no caso, permite a rescisão indireta do contrato de trabalho e a compensação por dano moral em favor do empregado.

Ressalte-se que há quem entenda que, mesmo se tratando de uso de correio eletrônico para fins particulares, disponibilizado pela empresa ao empregado, admite-se a hipótese de o empregador coibir os abusos capazes de sobrecarregar o sistema ou de implicar gastos desnecessários de energia e de disseminar “vírus”, por exemplo. Ainda assim, o empregador deverá agir com proporcionalidade e razoabilidade, não tendo a jurisprudência considerado justa causa o fato de o empregado ter-se utilizado de e-mail do empregador no horário do café para fins particulares¹⁷⁶.

Por outro lado, cumpre ressaltar, por fim, que incorre em justa causa responsável pela resolução do contrato o empregado que faz mal uso do computador, por exemplo, utilizando-se da internet para a remessa de material pornográfico, além de não configurar ilícita a prova

¹⁷⁵ BRASIL. TST – 1ª T. RR-613/2000-013-10-00.7. Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

¹⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, p. 476.

obtida através deste monitoramento para demonstrar a justa causa, conforme demonstra a jurisprudência supracitada.

Outrossim, não apenas a tecnologia é capaz de mudar. Cumpre ressaltar que, ao mesmo tempo, houve uma significativa mudança dos modelos de organização empresarial, de sua filosofia, de sua forma de apresentar o produto, que tem deixado de ser somente um produto ou serviço, mas, sim, uma imagem¹⁷⁷.

Para os trabalhadores, como consequência, além de exigir a produção de um bem ou serviço, se lhes pede também que representem e, em certa medida, testemunhem da imagem que a empresa propõe ao mercado¹⁷⁸.

Isso compromete, uma vez mais, a pessoa, o cuidado com seu corpo, de sua imagem, de sua forma de vestir, o estilo de vida, uma fidelização que excede, cada vez mais, os limites da empresa, envolvendo, deste modo, âmbitos totalmente alheios à relação laboral, pelo que, em certa medida, vem incluído dentro dela¹⁷⁹.

As novas ambições relativas aos comportamentos externos, a forma de vestir ou o estilo de vida aparecem, frequentemente, justificadas pela necessidade da empresa em oferecer, inclusive através de seus membros, uma imagem particular em função do resultado que pretende conseguir. A adoção de tais ambições, neste campo, evoca a concepção que tradicionalmente o Direito do Trabalho tem reservado para as denominadas organizações de tendência.

É, nesse contexto, que surge o conflito entre o direito do empregador a direcionar, regulamentar, fiscalizar e disciplinar as atividades do empregado, visando um fim garantido pela constituição, e, por outro lado, o direito do empregado à vida privada, sobretudo no universo das organizações de tendência (consoante se verá adiante), onde existe uma finalidade tão marcante, em que, em alguns casos, a expressão do empregado fora do âmbito empresarial ganha papel relevante para as atividades laborais.

¹⁷⁷ LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: RODRIGUEZ, Ricardo Escudero (coord). **El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas**. Madrid: La Ley, 2005, p. 65.

¹⁷⁸ *Ibid. loc. cit.*

¹⁷⁹ *Ibid. loc. cit.*

4.4.4 Faculdade de Disciplinar

Seguindo com a análise do conteúdo da Faculdade de Direção *lato sensu*, resta o exame acerca da faculdade de disciplinar, que, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento “[...] é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho do outro, de dirigir a sua atividade, de dar ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”¹⁸⁰.

O conceito referido acima demonstra clara influência da teoria da instituição, de cunho autoritário, de modo que se coaduna melhor com a moderna teoria do contrato, a ideia de que a faculdade de disciplinar consiste na capacidade atribuída ao empregador, em decorrência da celebração do contrato de trabalho e da liberdade de empresa, de aplicar sanções ao empregado que viole os deveres do contrato de trabalho, da norma coletiva ou da lei.

O Direito do Trabalho procura caracterizar as infrações (atos faltosos) aptas à incidência de sanções, vale dizer, penalidades. Sendo assim, dois são os critérios utilizados para a caracterização: o critério genérico e o critério taxativo (ou de tipicidade legal).

De acordo com o critério genérico, a legislação não prevê de forma expressa as figuras de infrações trabalhistas, bem como o ordenamento jurídico não realiza a previsão exaustiva e formal das faltas. Ao revés, apenas alude como infração trabalhista aquela conduta que venha a romper com a confiança essencial à preservação da relação de emprego¹⁸¹.

Já o critério taxativo (ou de tipicidade legal), leva a que a legislação preveja, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas, realizando a previsão exaustiva e formalística das faltas, sendo que a infração corresponde a um tipo legal preestabelecido, em que pese esse tipo legal não tenha seus traços e contornos rigidamente fixados pela lei, como ocorre a exemplo dos tipos penais¹⁸².

Nítidamente, percebe-se que a ordem jurídica pátria guia-se pelo critério taxativo, uma vez que a CLT prevê expressamente as figuras de infrações trabalhistas, sendo importante destacar o principal rol que consta no art. 482 da Consolidação, que se aplica a todos os trabalhadores cujo regime é o celetista¹⁸³.

¹⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. Ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 637.

¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 691.

¹⁸² *Ibid.* p. 692.

¹⁸³ BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

O referido art. 482 traz como figuras típicas de faltas cometidas pelo empregado: ato de improbidade; incontinência de conduta ou mau procedimento; negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e, quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; desídia no desempenho das respectivas funções; embriaguez habitual ou em serviço; violação de segredo da empresa; ato de indisciplina ou de insubordinação; abandono de emprego; ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; prática constante de jogos de azar.

Salienta Maurício Godinho Delgado que existe, contudo, outra infração trabalhista que se aplica a qualquer empregado, enquanto este se encontra em situação de risco ou de insalubridade, presente no art. 158, parágrafo único da CLT, que considera ato faltoso do obreiro a recusa injustificada à observância das instruções expedidas pelo empregador quanto à saúde e à segurança do trabalho, ou ao uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa¹⁸⁴.

No que diz respeito às sanções aplicáveis pelo empregador ao empregado, são basicamente de três tipos: a advertência, a suspensão disciplinar, ruptura contratual por justa causa. Esta última, entendida, também, como ato justificador para o rompimento contratual ao invés de sanção.

Assim, José Luis Gil y Gil conclui corretamente que o respeito ao direito de defesa é, também, essencial para que um sistema de relações laborais possa ser considerado minimamente civilizado¹⁸⁵.

Nesse sentido, cumpre destacar que, mesmo na esfera privada, deve-se observar o devido processo legal para a apuração das faltas cometidas pelo empregado com a consequente aplicação da sanção.

Ademais, para que a punição seja válida, além de se exigir o nexo causal (que a penalidade seja sempre consequência direta de certa e específica falta cometida), devem

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 694.

¹⁸⁵ GIL, José Luis Gil y. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Ministério da Justiça da Espanha (Centro de Publicaciones), 1993, p. 106.

também ser atendidos outros requisitos, como, por exemplo: proporcionalidade, a punição deva ser proporcional ao ato faltoso; imediatidade, vale dizer, a falta deve ser punida tão logo seja conhecida sob pena de a não aplicação imediata implicar em perdão tácito; *non bis in idem*, não pode haver mais de uma punição para a mesma falta; igualdade, faltas idênticas devem receber punições idênticas.

Registre-se, por fim, que a finalidade das sanções laborais não são essencialmente punitivas, mas corretivas, pelo que resulta inadmissível considerar que o empregador possa aplicar, em todo momento, a sanção que lhe pareça mais oportuna.

4.5 LIMITES À FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

Consoante fora visto no decorrer deste capítulo, através da faculdade de direção, o empregador organiza a empresa, controla a prestação de serviços e dá destinação concreta à prestação de serviços do empregado, com vistas à realização das finalidades do empreendimento.

Nesse sentido, cumpre destacar que essa faculdade não é absoluta e, tampouco, permite que o empregador possa comandar a empresa de forma unilateral, suprimindo os direitos fundamentais do empregado, afinal, estes têm eficácia imediata nas relações privadas.

Deste modo, a faculdade de direção do empregador sofre várias restrições e limites estabelecidos pelos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas, e que envolvem sua intimidade e vida privada.

Salienta Arion Sayão Romita que os limites postos à autonomia do empregador são de duas espécies: limites externos e internos. Os limites externos derivam do conjunto de medidas consagradas pelo ordenamento jurídico para a tutela da segurança, da personalidade e da dignidade do trabalhador. Já os limites internos são inerentes à própria finalidade da faculdade de direção, a qual deve reverenciar o interesse objetivo da empresa, com vistas ao seu normal funcionamento¹⁸⁶.

¹⁸⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e Ideologia**. In: Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014, p. 962.

Deve-se chamar atenção para o fato de que as limitações à faculdade de direção do empregador têm, principalmente, natureza constitucional, previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, razão pela qual não pode o empregador, em relação ao seu empregado, por exemplo: discriminá-lo; obrigá-lo a fazer ou não fazer algo não previsto em lei, submetê-lo a tratamento desumano ou degradante; provocar-lhe dano material, moral ou à sua imagem; violar sua liberdade de consciência ou de crença; violar sua intimidade ou sua vida privada; obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de fazê-lo, obstar o seu acesso à justiça; privá-lo de sua liberdade ou de seus bens; dentre outros. Destaca, ainda, que a Carta de 1988, em seus artigos 7º a 9º, sujeitam o empregador a uma série de obrigações positivas e negativas, tais como pagar salário mínimo e não discriminar pessoas portadoras de deficiência respectivamente¹⁸⁷.

As atividades do empregado fora do contexto do contrato de trabalho, relacionadas com suas crenças religiosas, seus pensamentos políticos, sua vida privada, sua intimidade, sua liberdade física escapam da autoridade empresarial, desde que não repercutam prejudicialmente no contrato de trabalho e no exercício das atividades laborativas do empregado.

Sendo assim, o empregador deve usar dos poderes diretivos dentro da ordem jurídica e esse poder encontra-se limitado em dois sentidos: pela lei, pelas fontes de produção profissional mista (como as convenções e acordos coletivos) e pelo próprio contrato individual de trabalho e pela finalidade do direito de direção¹⁸⁸.

Outro limite que deve ser levado em consideração em relação à faculdade de direção do empregador é o da finalidade das ordens de direção. Com efeito, essa faculdade é conferida ao empregador para alcançar uma boa organização do trabalho na empresa. O seu exercício, assim, não se justificaria se fosse utilizado para fins persecutórios ou por mero capricho, tratar-se-ia, então, de um desvio de sua finalidade, reprovado pela ordem jurídica¹⁸⁹.

O empregador também autolimita o seu poder diretivo quando estabelece normas indicando a maneira como vai exercê-lo. Isto ocorre quando cria regulamento interno na empresa para o fim de regular a atividade empresarial e a prestação de serviços dos empregados que, em razão do contrato de trabalho, colocam sua força de trabalho em prol do empregador, visando a consecução dos objetivos empresariais.

¹⁸⁷ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. São Paulo: LTR, 1996, p. 110.

¹⁸⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 71.

¹⁸⁹ *Ibid. loc. cit.*

O regulamento da empresa consiste no conjunto sistemático de normas escritas, estabelecidas pelo empregador para reger a conduta das pessoas no âmbito da empresa. A partir do momento em que o empregado adere ao regulamento da empresa, as suas cláusulas se convertem em cláusulas integrantes do contrato de trabalho. Por esta razão, o instituto é, a um só tempo, fonte reveladora e criadora de normas trabalhistas no âmbito privado da empresa, auto-limitando o poder diretivo do empregador¹⁹⁰.

O contrato de trabalho também se constitui em circunstância limitadora da faculdade de direção do empregador. As condições fixadas através do contrato de trabalho não podem ser modificadas pelo empregador, eis que, sobre as mesmas, incide o princípio da força obrigatória dos contratos, tornando imperativo a fiel observância das condições ajustadas.

Assim, a faculdade de direção encontra limites claros no cumprimento das obrigações do empregado que derivam do contrato de trabalho e que estão relacionadas com a prestação de serviços do mesmo, no âmbito da empresa e no horário de trabalho. Portanto, o poder diretivo só pode se referir ao trabalho e suas circunstâncias, ou seja, a da prestação de trabalho do empregado e aos seus elementos acessórios.

A faculdade de direção do empregador, por fim, também encontra limites na dignidade da pessoa humana. Assim, o empregado está protegido pelos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas e cidadãos, que envolvem respeito à sua intimidade, vida privada, imagem.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda como limite à faculdade de direção, importante registrar que a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, “[...] sobressaindo sua qualidade de eixo axiológico-normativo e pilar fundante do Estado Democrático de Direito [...]”¹⁹¹.

Desta forma, para Gabriela Neves Delgado, a dignidade da pessoa humana “traduz, na Constituição Federal de 1988, a idéia de que o valor central da sociedade está na pessoa, centro convergente de direitos fundamentais”¹⁹².

Entretanto, persiste a dualidade entre a afirmação da pessoa humana como primeiro dos valores, de um lado, e o patrimonialismo, de outro, que termina por reduzir o homem à

¹⁹⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 104.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. **(O) Direito do Trabalho Contemporâneo: Efetividade Dos Direitos Fundamentais E Dignidade Da Pessoa Humana No Mundo Do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 470.

¹⁹² DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 79.

condição de coisa, vale dizer, parte dos meios de produção utilizada para aumentar o patrimônio de outrem, o que não pode ser admitido¹⁹³.

Assim, a ideia de impossibilidade de violação da dignidade, no sentido de impedir que a pessoa seja utilizada como instrumento da vontade alheia de forma prejudicial à sua própria condição humana, incide, em especial, na seara das relações sociais, de forma destacada no que concerne às relações laborais, já que o ser humano não pode coisificado bem como o trabalho não pode ser considerado como mercadoria¹⁹⁴.

Nesse diapasão, sendo clara a relação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, resta incontestável que a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho devem ser realizadas em consonância com os valores inerentes à dignidade da pessoa do trabalhador, o qual não se separa de sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de trabalho, e funciona como limite à faculdade de direção do empregador¹⁹⁵.

Conclui-se, portanto, que a faculdade de direção, através do qual o empregador exerce o domínio sobre o seu empreendimento, não implica em afirmar que o mesmo seja detentor de poder absoluto em relação à prestação de serviços do empregado, eis que o trabalhador não está obrigado a se sujeitar a toda e qualquer ordem emanada do empregador.

¹⁹³ OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) Direito do Trabalho Contemporâneo: Efetividade Dos Direitos Fundamentais E Dignidade Da Pessoa Humana No Mundo Do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 472.

¹⁹⁴ *Ibid. loc. cit.*

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 475.

5. AS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA COMO FRUTO DE UMA SOCIEDADE PLURAL

Dos temas mais interessantes do Direito Constitucional, destaca-se o conflito ou ponderação de direitos fundamentais, consoante fora visto em capítulo anterior e, no Direito do Trabalho, as controvérsias derivadas das relações de sujeição entre trabalhador e o empregador. Esses dois temas, naturalmente, convergem ao centro do presente trabalho: os direitos fundamentais dos trabalhadores que laboram em relação de dependência de um lado, e, de outro, a liberdade de empresa do empregador que lhe confere faculdades e prerrogativas para dirigir e modificar a prestação dos serviços.

Contudo, onde se verifica com maior intensidade o conflito de direitos fundamentais que descrevemos no primeiro capítulo do presente trabalho é nas organizações de tendência ou empregadores ideológicos, onde usualmente o ideal do centro laboral tem tal carga ideológica que modula as relações laborais e, inclusive, pode motivar a preferência da liberdade ideológica da organização sobre os direitos fundamentais do trabalhador.

No presente capítulo, pretende-se descobrir, justamente, como surgiram, como identificar essas organizações, os diferentes tipos e modalidades destas organizações de tendência para que se possa verificar o conflito de direitos fundamentais ocorridos nesta relação e de que forma resolvê-los.

5.1 A FIGURA DO EMPREGADOR DE TENDÊNCIA

5.1.1 Antecedentes Históricos

Foi, na Alemanha, especificamente na *Betriebrätegesetz* (lei dos conselhos de empresa), de 04 de fevereiro de 1920, que surgiu, pela primeira vez, uma referência à necessidade de tutelar ou regular o funcionamento de certas organizações, exigência que havia assumido características peculiares, sobretudo, nos órgãos de comunicação social, em relação aos quais

se reconheceu que as orientações políticas dos jornalistas podiam influenciar a gestão dos diretores e determinar, em concreto, uma violação da liberdade de imprensa¹⁹⁶.

Se, porém, a tutela da liberdade de imprensa foi uma das principais razões que determinaram a restrição das prerrogativas atribuídas aos representantes dos jornalistas trabalhadores, no interior da empresa, este regime restritivo foi muito além da hipótese de evitar a interferência dos jornalistas trabalhadores na gestão das empresas jornalísticas e estendeu-se a todas as atividades ligadas à persecução de uma tendência, atividades que foram identificadas como: todas de natureza política, sindical, militar, confessional, científica e artística (cfr. § 67 da *BetrRG*), justificando-se, assim, através da invocação da necessidade de tutela dos direitos fundamentais do titular da entidade empregadora, uma característica restrição de dos direitos de informação e consulta dos trabalhadores¹⁹⁷.

As razões históricas da disciplina de 1920 e as exigências particulares no plano jurídico-laboral dessas específicas organizações de trabalho foram confirmadas pelo § 81 da *Betriebsverfassungsgesetz* (lei sobre a Constituição da Empresa), abreviadamente *BetrVG*, de 11 de outubro de 1952 e, sucessivamente, ainda que com importantes alterações, pelo § 118 da *BetrVG*, de 15 de janeiro de 1972, que define as organizações de tendência (*tendenzbetriebe*) como “as empresas que se encontram directa e principalmente ao serviço de atividades políticas, sindicais, confessionais, criativas, educativas, científicas e artísticas ou que têm uma finalidade de informação e manifestação do pensamento”¹⁹⁸.

5.1.2 Organizações de Tendência ou Empresas de Tendência?

A doutrina vem discutindo em que medida convém às organizações de tendência a noção jurídica de empresa, importando averiguar se se está diante de verdadeiras empresas no sentido objetivo (como objeto-instrumento ou estrutura produtiva de uma pessoa singular ou coletiva), entendida como a unidade jurídica fundada numa organização de meios que

¹⁹⁶ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 167.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 168.

¹⁹⁸ *Ibid. loc. cit.*

constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autônomo de uma atividade de produção para troca.

Nesse sentido, na Alemanha, o problema encontra-se resolvido em sede legal, atribuindo os §§ 81 e 118, da lei sobre a constituição da empresa, o caráter de empresa a essas organizações, ainda que não lhes apliquem normas sobre os “comitês econômicos”, nem as que se referem à participação dos representantes dos trabalhadores nos “conselhos de vigilância”, nem, ainda, as normas sobre cogestão introduzidas em 1976 no ordenamento jurídico alemão. As demais normas podem ter aplicação se não se opuserem à particular natureza destas organizações¹⁹⁹.

Já a doutrina italiana considera preferível a utilização do termo “organização” ao invés de “empresa”, uma vez que, para estes, “empresa” é definida tecnicamente, como aquela atividade econômica profissionalmente organizada pelo empresário, com vista à realização de um lucro, destinada à produção ou intercâmbio de bens e serviços. Portanto, não corresponderia ao tipo descrito, em que pese, em muitas ocasiões, a *tendenzetriebe* opere como verdadeira organização em sentido estrito²⁰⁰.

Também na Espanha, alertou-se para a dificuldade de aplicar a essas organizações o qualificativo de empresa, aduzindo-se que somente em termos literários pode falar-se de um mercado de valores ideológicos. Não obstante, não seria lícito chegar à conclusão de que, do ponto de vista do direito do trabalho, não pode detectar-se a existência de um local de trabalho onde alguém presta serviço por conta alheia em troca de um salário, coisa que é obvio que sucede e, portanto, essas organizações são um âmbito a que se aplicam determinadas normas jurídico-laborais ainda que com particularidades²⁰¹.

Em Portugal, o conceito de empresa em direito do trabalho também já foi muito discutido pela doutrina, porém, sem muito êxito, já que o direito do trabalho só tem de se preocupar com a expressão organizatória e coletiva da prestação de trabalho, com que se articulam, inequivocamente, diversas consequências laborais, de modo que preferem utilizar o

¹⁹⁹ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177.

²⁰⁰ *Ibid. loc. cit.*

²⁰¹ *Ibid.* p. 179.

termo “organizações de tendência” à “empresa”, pois uma entidade empresarial pode ser titular de uma organização de tendência²⁰².

No Brasil, o termo “empresa” refere-se à atividade econômica organizada para a produção ou circulação de produtos ou de serviços, em aspectos trabalhistas pode-se dizer que é a organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação jurídica.

Diga-se, de qualquer modo, que é preferível a utilização do termo organização em vez de empresa, ainda que se admita a existência de lucro no quadro de organizações de tendência, desde que esse se enquadre diretamente, em termos consequenciais e complementares, na persecução das finalidades ideológicas que caracterizam as entidades que as detêm, justificando-se, nestes casos, a aplicação de um regime especial às relações de trabalho que se desenvolvam no seu seio.

Nesse sentido, é importante destacar que uma entidade empresarial pode ser titular de uma organização de tendência, se e na medida em que a atividade desenvolvida seja consequencial e complementar aos fins ideológicos dessa entidade, através das quais, as entidades que as detêm exercem principal ou diretamente a sua liberdade de consciência e de religião, imprimindo à respectiva organização empresarial uma questão ideológica²⁰³.

Por outro lado, a prestação de serviço na área da educação, saúde e solidariedade social, no seio de organizações empresariais pertencentes a igrejas e comunidades religiosas, por exemplo, representa, de igual modo, o desenvolvimento de atividade íntima ou diretamente relacionadas, em termos de consequencialidade ou complementariedade, com a persecução da finalidade religiosa que identifica a igreja ou comunidade religiosa detentora desses estabelecimentos, não sendo a ausência do lucro, necessariamente, um elemento identificador de uma organização de tendência²⁰⁴.

Não obstante não se tratar, com o desenvolvimento de tais atividades, de perseguir um fim religioso, a prestação desses serviços não deixa de estar íntima e diretamente relacionada, com os fins ideológicos próprios da igreja ou comunidade religiosa que detêm o estabelecimento de ensino, o hospital ou a instituição de solidariedade social.

²⁰² REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 180.

²⁰³ *Ibid. loc. cit.*

²⁰⁴ *Ibid.* p. 182.

Deste modo, pode-se dizer que, para efeitos de qualificação como uma organização de tendência, são irrelevantes as modalidades ou as formas jurídicas pelas quais esta se constitui, sendo relevante somente o caráter principal, consequencial ou complementarmente ideológico, da atividade desenvolvida no seio da organização, não devendo a inexistência de empresarialidade e de fim lucrativo constituir um requisito necessário para a aplicação de um regime especial que deve disciplinar as relações de trabalho que se desenvolvem no seu interior. Por isso, prefere-se a utilização do termo organização que empresa somente em virtude da sua maior abrangência.

5.1.3 Delimitação Conceitual

Ignorado pela jurisprudência, tampouco a doutrina brasileira lhe dispensa um tratamento específico, bem como não há menção na legislação expressa, sendo o conceito de organizações de tendência um tema praticamente inédito, abordado apenas de forma tangencial pela Constituição Federal, ao tutelar a livre iniciativa, no art. 1º, IV como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como a liberdade de associação no art. 5º, XVII, da Constituição²⁰⁵.

De maneira geral, pode-se afirmar que a faculdade do empregador em dirigir a prestação laboral se deriva da liberdade de empresa, vale dizer, livre iniciativa (art. 1º, IV).

Convém destacar, por oportuno, que a livre iniciativa:

[...] é um direito de liberdade, revelando a autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado, revelando-se em dois momentos: no primeiro é caracterizada pelo direito de iniciar uma atividade econômica, ou seja, o direito de constituir uma empresa, de organizar os meios de produção para a realização de um certo fim econômico; no segundo, trata-se de conseqüências do início da atividade econômica, ou seja, o direito da empresa de organizar, propriamente, os fatores de produção, realizando os atos e regendo livremente a organização²⁰⁶.

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

²⁰⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. Poder de Direção do Empregador: Fundamentos, Natureza Jurídica e Manifestações *IN* BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 26.

Assim, não restam dúvidas de que um dos elementos da livre iniciativa é a liberdade de iniciar uma atividade econômica, cujo titular é o empreendedor, sendo esta pessoa física ou jurídica.

Já Eros Roberto Grau explica que “livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho” de forma que “é um modo de expressão do trabalho, e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre”.²⁰⁷

Inegável, no entanto, que a Constituição de 1988, ao reconhecer a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, e da ordem econômica brasileira, expressou na liberdade um dos fatores estruturais desta ordem, afirmando a autonomia empreendedora do particular na conformação da atividade econômica²⁰⁸.

No que tange, especificamente, às organizações de tendência, a maior parte da doutrina estrangeira apresenta conceitos vagos do que seriam propriamente essas organizações, note-se: aquelas organizações cuja finalidade é realizar programas ideológicos ou de crença; as empresas com fins políticos, religiosos, sindicais, culturais ou cuja atividade seja indissolúvel de um determinado postulado ideológico; empresas ou atividades que implicam a defesa ou o acatamento de um determinado princípio ideológico; empresas criadoras ou sustentadoras de uma determinada ideologia em função da qual existem e cuja própria estrutura organizativa é senão uma forma de manifestação daquela e também as empresas privadas que administram bens ou serviços de componente quase exclusivamente ideológico²⁰⁹.

Nesse sentido, sustenta Raquel Tavares dos Reis que, com a expressão organizações de tendência se quer, numa primeira aproximação, aludir àquelas entidades (individuais ou coletivas) que têm como característica comum desenvolverem uma atividade em que a fidelidade a determinados princípios ideológicos tem um papel fundamental, destinando-se, diretamente, à pública manifestação de uma determinada ideologia²¹⁰.

²⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.

²⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

²⁰⁹ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 66.

²¹⁰ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra, 2004, p. 171.

Para Francisco R. Blat Gimento, considera-se empresa ideológica “*cualquier organización que sea instrumento o vehículo de la libertad de manifestación del pensamiento de un mínimo de personas agrupadas en torno a unos objetivos a conseguir*”²¹¹.

Também são consideradas organizações de tendências aquelas cuja atividade esteja relacionada com a expressão, difusão e comunicação de pensamentos, idéias e opiniões por qualquer meio de reprodução, seja o rádio, televisão, jornais ou revistas.

Sendo assim, das definições citadas, pode-se inferir que os empregadores ideológicos ou de tendência se caracterizam por uma plena identificação entre as convicções, crenças, opiniões, pensamentos de pessoas que se comportam como empregadores, de modo que a ideologia é o fundamento e a razão de ser das atividades do empregador, o que gera a estrutura e a organização do centro ideológico. O centro de trabalho se converte, desta forma, em um instrumento ou uma expressão do empregador de uma determinada orientação ideológica, fruto da liberdade genérica de empresa que, por sua vez, dependeria, em última instância, da livre iniciativa e o direito de associação.

Nessas organizações, portanto, determinados poderes organizativos protegidos normalmente pela simples liberdade de associação, se transformam em autênticas manifestações de um direito fundamental do titular, que logicamente poderá entrar em conflito com os interesses e bens constitucionalmente garantidos de seus próprios trabalhadores, daí o objetivo do presente trabalho em analisar esse conflito de interesses.

Nesse sentido, salienta Glória P. Rojas Rivero que é pacífico na doutrina espanhola que a consideração do caráter ideológico de uma organização comporta uma situação de maior vantagem para o empresário e uma atenuação dos direitos do trabalhador²¹².

Segundo a supracitada autora, a finalidade deste tipo de empresa se articula não na forma de obrigar os trabalhadores a opinar na diretriz empresarial, mas sim na limitação de sua liberdade de atuação²¹³.

Conclui Francisco Javier Calvo Gallego que as organizações de tendência se caracterizam no panorama internacional por ser a conseqüência e a concretização direta do reconhecimento constitucional do pluralismo político, sindical e religioso; por estarem

²¹¹ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 70.

²¹² RIVERO, Glória P. Rojas; **La Libertad de Expresión del Trabajador**. Madrid, España: Editorial Trotta, 1991, p. 184.

²¹³ *Ibid.* p. 185.

destinadas direta e predominantemente à pública difusão de uma certa ideologia, e por constituir o canal de expressão de um direito fundamental de seu titular, seja este individual ou coletivo²¹⁴.

Em suma, as organizações de tendência podem ser definidas 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, vale dizer, são instrumentos de realização de direitos fundamentais do seu titular, embasados pela livre iniciativa e liberdade de associação, plasmando desta forma, o pluralismo, tão caro às sociedades democráticas contemporâneas.

5.1.4 Características

Para que se possa compreender e identificar as organizações de tendência é de suma importância conhecer suas características, que passam a ser analisadas no presente tópico.

5.1.4.1 As organizações de tendência como plasmação do pluralismo

Para que se possa entender, de fato, o que são as organizações de tendência, necessário se faz a compreensão dessas organizações inseridas no contexto de uma sociedade complexa, pluralista.

Consoante já noticiado, se fala em pluralismo para designar o modo de existência e organização da vida cultural, social e política de uma coletividade; de outro, se alude mais que a um concreto estilo organizativo, mas sim a uma elaboração intelectual de índole jurídico-

²¹⁴ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 75.

política, em que correntes de pensamento questionam a existência de um único sujeito, o Estado, na vida da comunidade²¹⁵.

Em síntese, o pluralismo se identifica com um sistema de organização social, cultural e político da comunidade, dando lugar a uma série de corpos intermediários ou formações sociais distintas do Estado²¹⁶.

Deste modo, a tutela dessas organizações estaria justificada, uma vez que a atividade organizada exprime um interesse coletivo dos que comungam de uma mesma ideologia ou de uma mesma religião. Em outras palavras, se não se facilitasse a participação de todos na vida política econômica, social e cultural através da reconhecimento da relevância da finalidade ideológica ou religiosa dos grupos em que os indivíduos se integram, estar-se-ia atentando contra a liberdade de consciência e de religião dos indivíduos, e contra o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988, traz em seu preâmbulo a ideia de uma sociedade pluralista ao afirmar que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista** e sem preconceitos [...] (*grifo nosso*)²¹⁷

Em princípio, pois, pode-se dizer que as organizações de tendência materializam o sistema pluralista em que se estrutura a sociedade, encarnando o próprio pluralismo.

Nesse sentido, para Francisco Javier Calvo Gallego, não há dúvidas de que as organizações de tendência constituem o inevitável produto e consequência do pluralismo social, político, sindical e religioso que caracteriza os atuais sistemas constitucionais dos Estados Democráticos de Direito²¹⁸.

Assim, o substrato básico dessas organizações ideológicas se encontra nos diversos grupos que compõem e articulam uma sociedade plural, sendo, em definitivo, subjacente ao

²¹⁵ GIMENO, Francisco R. Blat. *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 66.

²¹⁶ *Ibid.* p. 67.

²¹⁷ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

²¹⁸ GIMENO, *op. cit.* p. 73.

interesse coletivo, especialmente tutelado pela sua relevância para a satisfação de determinadas finalidades e objetivos sociais²¹⁹.

Nesse sentido, os partidos políticos expressam o pluralismo político (art. 1º, V, e 17 da CF), concorrendo para a formação e manifestação da vontade popular sendo um instrumento fundamental de participação política. Os sindicatos dos trabalhadores e as associações empresariais (art. 8º, CF) contribuem para a defesa e promoção dos interesses econômicos e sociais que lhes são próprios. A igreja católica e demais instituições religiosas, expressão da vertente organizativa da liberdade religiosa e de culto (art. 5º, VI, CF).²²⁰

Sendo assim, a organização de tendência é a manifestação do caráter democrático e plural do Estado, de modo que, por meio dessas, garante-se a existência de ideais políticos, religiosos, laborais, sociais, que podem ser exercitados individual ou coletivamente²²¹.

Dito isso, interessa ressaltar, por fim, que as organizações de tendência são a expressão da democracia de um país, na medida em que, importa no reconhecimento de diferentes (e até mesmo opostas) opções ideológicas das pessoas através de organizações ou entidades de suporte, assim como a participação dessas pessoas na vida econômica, social, cultural do país²²².

Nesse sentido, pode-se dizer que a finalidade dessas organizações, tendentes a facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social do país, supera o âmbito de interesse particular do trabalhador individual para converter-se em expressão de uma liberdade, compartilhada por vários cidadãos, que também deve ser protegida.

²¹⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 73.

²²⁰ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

²²¹ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 104.

²²² *Ibid.* p. 105.

5.1.4.2. O caráter ideológico

O segundo aspecto das organizações de tendência refere-se à possibilidade destes empregadores serem tutelados como instituições destinadas, direta e predominantemente, à pública difusão de uma certa ideologia, seja ela política, sindical ou religiosa.

Nesse momento, se faz necessário, para melhor compreensão, entender o que é ideologia, conceito que se confunde, muitas vezes, com o próprio conceito de tendência, conforme se verá a seguir.

Desta forma, sabe-se que a concepção marxista de ideologia vê nesta um dos instrumentos de dominação da classe dominante, detentora dos meios de produção, sobre a classe dominada, trabalhadores, sendo a ideologia “um dos meios usados pelos dominantes para exercer a dominação, fazendo com que esta não seja percebida como tal pelos dominados”²²³.

A ideologia, portanto, transforma as ideias da classe dominante em ideias de toda a sociedade, fazendo com que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domine no plano espiritual (das ideias)²²⁴.

Uma determinada acepção identifica ideologia como categoria genérica integradora dos distintos sistemas de convicções políticas, ligando de forma estreita a ideologia à ação política, de modo que os distintos modelos integradores das convicções poderiam englobar-se numa noção ampla de ideologia, definida como “um conjunto de ideias e de valores concernentes à ordem política que têm função de guiar os comportamentos políticos coletivos”²²⁵.

Outra concepção adota um conceito mais amplo de ideologia, em que o termo ideologia ganha significado metapolítico, englobando, por conseguinte, produções intelectuais, morais, culturais dos indivíduos e dos grupos, sem limitar o seu âmbito às atitudes políticas, excluindo

²²³ CHAUI, Marilena. **Que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 33.

²²⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. 3.ed. 1.reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 78.

²²⁵ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra, 2004, p. 172.

unicamente aquelas convicções, diretamente vinculadas ao fato religioso, por este ser objeto da religião²²⁶.

Contudo, será que está correto incluir no conceito de ideologia todos os pensamentos, opiniões, ideias e convicções de qualquer índole que possam ser professadas? Será que se inclui todas as distintas concepções pessoais sobre o sentido do homem, do mundo e da vida? Todas as posições intelectuais perante essas realidades? Todo o vasto campo de pensamento? Abarcará, portanto, o conceito de ideologia qualquer sistema de ideias e convicções, independentemente da verdade ou falsidade da sua correspondência com a realidade e da exigência ou não de uma encarnação dos princípios ideológicos na conduta do sujeito?

Ideologia, segundo Raquel Tavares dos Reis, significa uma das formas que podem revestir os diversos modelos integradores de convicções morais e cognitivas sobre o homem, a sociedade e o universo (este último em relação com o homem e a sociedade) que nascem nas sociedades modernas e que apresenta características específicas que a distinguem de outros modelos integradores, tais como um alto grau de clarificação na formulação, um nível relativamente alto de sistematização e integração à volta de um ou vários princípios supremos e, como característica mais relevante, uma intensa e contínua observância dos seus imperativos no comportamento dos seus aderentes²²⁷.

Não é, portanto, razoável interpretar o conceito de ideologia de forma extensiva ao ponto de abranger o que se entende por pensamento ou opinião, adotando-se, no presente estudo, uma noção mais restritiva do termo, limitando àquelas convicções que implicam um certo compromisso com os comportamentos adotados pelo sujeito.

Nesse contexto, pode-se dizer que, as organizações de tendência, são instituições criadas para a produção e transmissão de um determinado código de valores de natureza fundamentalmente “ideal”, e cujos bens e serviços, dotados de um alto conteúdo ideológico, pretendem incidir diretamente sobre a consciência e a moral do indivíduo, mantendo ou modificando o atual *status quo* econômico e/ou social²²⁸.

Cumprе esclarecer, oportunamente, que esta correspondência entre ideologia e tendência é tão intensa, que a maior parte da doutrina, em especial a espanhola e a italiana,

²²⁶ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 172.

²²⁷ *Ibid.* p. 173.

²²⁸ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 72.

não faz nenhuma distinção entre estes dois termos na hora de qualificar estes empregadores²²⁹.

Ademais, pode-se dizer que a fé inclui-se no conceito de ideologia, podendo a ideologia ser religiosa ou não, ou deve a postura religiosa possuir uma autonomia própria? Nesse sentido, parte da doutrina distingue crenças religiosas propriamente ditas, que são vistas como comandos ou imperativos de consciência; das demais crenças, de procedência ideológica ou filosófica, que são vistas como meras convicções pessoais, contestando que quer religião, quer ideologia comportem uma determinada concepção do homem, do mundo e da vida e um sistema ético e moral, e que ambos consubstanciem dois modos distintos de se referir a uma mesma coisa, a ideologia²³⁰.

Entretanto, sem recusar a especificidade do fenômeno religioso, não parece necessário a separação do fenômeno religioso do conceito de ideologia, podendo-se aderir o fenômeno religioso ao conceito de ideologia para efeitos de caracterização das organizações de tendência. Essa opção metodológica não significa o desconhecimento da especificidade da liberdade de religião em face da liberdade de consciência e das igrejas e comunidades religiosas, em face das demais organizações de tendência, incluídas as organizações religiosas, com vistas à prestação de serviços em áreas diferentes da evangelização propriamente dita, como na área do ensino, da saúde e da solidariedade social.

Outrossim, é evidente que, em um determinado nível ou em certo sentido, todas as empresas são portadoras de uma certa ideologia ou, pelo menos, uma concepção de mundo, seja ela política, armamentista, de limpeza ou de simples alimentação.

Deste modo, mesmo que se admita a presença em toda a organização de uma certa dose de ideologia, o qualificativo de organizações de tendência não deve estender-se a todas as organizações ou grupos privados, só podendo falar-se em organizações de tendência quando a atividade desenvolvida, no seio de uma concreta organização, seja institucionalmente expressiva de uma específica e bem determinada concepção de vida, do homem e do mundo, inspirada em ideais externa e claramente reconhecíveis.

²²⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 72.

²³⁰ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra, 2004, p. 175.

5.1.4.3. As organizações de tendência como realizadoras de direitos fundamentais do seu titular.

Salienta Glória P. Rojas Rivero que é preciso algo mais para caracterizar as organizações de tendência, vale dizer, as ditas organizações devem transpassar o simples interesse do empresário e converter-se em “portadoras de um interesse coletivo de todos aqueles que a compartilham”, resultando na ideia de que a organização opera como um processo do interesse coletivo que resulta da soma dos verdadeiros e próprios direitos subjetivos de cada um dos aderentes²³¹.

Sendo assim, a partir da elevada missão que o texto constitucional confia aos grupos de promoção e defesa dos direitos e interesses de quem neles se integra, uma chamada liberdade coletiva adquire formas e contornos definidos, uma liberdade não concebida à medida exclusiva do indivíduo, mas, ao mesmo tempo, protetora do seu desenvolvimento, surgindo a liberdade de constituição de grupos, nas modernas constituições, com o objetivo de prevenir os efeitos de uma defesa estritamente individual das liberdades²³².

Pode-se assim falar de um direito de liberdade de consciência e de religião própria da organização de tendência, merecedor de uma mesma relevância constitucional, a qual ultrapassa o âmbito do interesse individual dos indivíduos que a integram para converter-se, ela mesma, em expressão de um direito tutelável na mesma medida em que o direito dos indivíduos. Sendo assim, a organização de tendência faz-se portadora do interesse coletivo de todos aqueles que dela fazem parte e que com ela se identificam²³³.

Essas organizações podem ser tuteladas constitucionalmente como canal de exercício e manifestação de determinados direitos fundamentais do próprio empregador. Na realidade, não somente constituem o instrumento de exercício de um determinado direito fundamental, eles são, por si só, expressão ou efeito desse direito e, titulares, por tanto, do mesmo.

No que tange às organizações de tendência, cuja ideologia seja uma religião, Aloisio Cristovam dos Santos Junior chama a atenção para o fato de que parece essencial não negar o direito fundamental de liberdade religiosa às organizações, de modo que uma organização

²³¹ RIVERO, Glória P. Rojas. **La Libertad de Expresión del Trabajador**. Madrid: Trotta, 1991, p. 189.

²³² REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra, 2004, p. 187.

²³³ *Ibid.* p. 187.

deva ter assegurado o direito de expressar uma ideologia religiosa como substrato ético para suas atividades, ainda que tal direito não lhe deva ser reconhecido na mesma intensidade que a liberdade religiosa individual, e conclui que esse reconhecimento refletiria, sem dúvida, o pluralismo cultural da sociedade e seria respeitada a liberdade religiosa dos proprietários do empreendimento, que não devem ser obrigados a abrir mão da sua fé na condução dos seus negócios²³⁴.

Para a maioria da doutrina alemã, onde existe regulamentação acerca das organizações de tendência, as normas em defesa da tendência são, na realidade, uma garantia dos direitos fundamentais do empresário, exercitado através dessas organizações, sendo uma garantia do pluralismo ideológico e social expressamente reconhecido pela Lei Fundamental de Bonn. Contudo, isso não ocorre no Brasil, haja vista a falta de regulamentação específica sobre o tema, por isso a importância de se discutir sobre o assunto²³⁵.

Portanto, presença dessas três peculiaridades (concretização do pluralismo, ideologia e expressão de direitos fundamentais) em determinadas organizações, portanto, permitirá reconhecê-las como autênticas instituições de tendência no ordenamento jurídico.

5.2 DO CONTRATO DE TRABALHO NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA

Após a delimitação conceitual das organizações de tendência, cumpre destacar que a caracterização de uma organização como de tendência não significa dizer que toda relação com ela contratada necessite de uma regulação especial.

Isso, porque trabalha nas organizações de tendência um número grande de pessoas que desenvolve prestações desinteressadas ou imbuídas de ânimo de gratuidade. Porém, nem sempre o trabalho prestado nessas organizações são de caráter voluntário, existindo também a relação de emprego, a qual será objeto de estudo do presente trabalho.

²³⁴ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 79.

²³⁵ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 48.

Deste modo, qualquer atividade, desde que lícita e apta para a satisfação de um interesse do credor digno de tutela jurídica, pode constituir objeto de um contrato de trabalho, não constituindo a natureza da prestação devida um critério de qualificação do contrato de trabalho²³⁶.

Em verdade, o que caracteriza e os diferencia é a forma de execução da prestação devida, ou, mais concretamente, a circunstância desta ser devida sob a autoridade e direção de outrem, ou seja, sob o regime de subordinação jurídica²³⁷.

Ora, certas atividades laborais que se desenvolvem no seio das organizações de tendência revestem-se de assinaláveis especificidades que têm a ver com a circunstância de se ligarem diretamente à finalidade do conteúdo ideológico dessas entidades. A questão consiste em apurar que tipo de vínculo este trabalhador possui com a organização, qual o exato lugar que esse ocupa nesta escala, e qual o conteúdo dessa prestação, para que não se limite direitos de ambas as partes desnecessariamente. É o que se analisa a seguir.

5.2.1. Contrato de Trabalho e Vínculo Associativo: filiados, funcionários e dirigentes.

A existência de uma relação associativa não impede, nem deve obstaculizar o estabelecimento de outra relação simultânea, a relação de emprego entre o indivíduo e a organização da qual faz parte.

Deste modo, a distinção entre contrato de trabalho e vínculo associativo não pode derivar da simples filiação do indivíduo ao grupo. Embora a carência da qualidade de filiado seja um forte indício a favor do caráter laboral da relação, o mesmo não ocorre com a posição inversa: a atividade desenvolvida pelo filiado não tem porque estar necessariamente excluída do âmbito laboral²³⁸.

Em verdade, somente a análise da natureza e características da atividade desenvolvida pelo sujeito é que permite estabelecer sua possível natureza laboral ou associativa. Ademais,

²³⁶ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho? Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 209.

²³⁷ *Ibid. loc. cit.*

²³⁸ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 133.

esta forma de abordar a questão permite distinguir, com clareza, três hipóteses substancialmente diferentes, a saber, filiados, funcionários e dirigentes²³⁹.

O primeiro grupo (filiados) engloba todas aquelas prestações de serviços de caráter esporádico e descontínuo, desenvolvidas por simples filiados no exercício de suas legítimas faculdades de participação. Nessas prestações, a falta de retribuição e a causa fundamentalmente associativa da atividade autorizam sua clara qualificação como trabalhos voluntários, excluídos, portanto, do ordenamento jurídico laboral²⁴⁰.

Um segundo grupo (funcionários) seria formado por todas aquelas prestações de caráter administrativo, econômico ou de gestão, desenvolvidas pelos denominados funcionários dos partidos, sindicatos e instituições religiosas. Nestas relações aparecem com absoluta clareza as características da relação de emprego – jornada, controle de horários, remuneração, subordinação à ordens superiores, filiação na seguridade social, férias periódicas, pagamento de horas extraordinárias. Nesse contexto, não existe outra possibilidade senão qualificar essas relações como estritamente laborais, ou seja, como relação de emprego, com absoluta distinção do vínculo de filiado que possa existir entre o indivíduo e a organização²⁴¹.

Na realidade, a hipótese que gera maior conflito situa-se no terceiro e último grupo de atividades: aquelas dotadas de um acentuado caráter representativo, seja político, sindical ou religioso. O labor desenvolvido por estes altos dirigentes dificilmente será enquadrado na hipótese do art. 3º da CLT. A natureza eletiva do cargo e o conteúdo fundamentalmente representativo do mesmo tem sido utilizado pela doutrina para justificar esta relação como orgânica, baseada e regulada pelo vínculo associativo existente entre o sujeito e a organização. Ademais, a presença de retribuição ou a possível filiação do sujeito ao sistema de Seguridade Social não impede esta conclusão.

Esta mesma questão adquire uma especial conotação no âmbito das organizações de tendência religiosas. Isso, porque convém ressaltar que a autonomia normativa das igrejas e comunidades somente pode estender-se aos âmbitos próprios da religião ou da estrutura organizativa, territorial e funcional do ente na qual se configura. As entidades religiosas e suas organizações carecem, desta forma, de competência para abordar outras matérias, como a fixação unilateral das condições laborais de seus trabalhadores, matéria esta que, carente de

²³⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 134.

²⁴⁰ *Ibid. loc. cit.*

²⁴¹ *Ibid.* p. 135.

qualquer conteúdo ou conexão religiosa, deve estar sujeita à competência exclusiva do ordenamento estatal.

Assim, o ordenamento jurídico deve limitar a competência das igrejas à regulamentação das relações de prestação de serviços prestados somente pelos religiosos e eclesiásticos, em virtude de seus votos, dentro das estruturas confessionais ou em seus institutos de vida consagrada. Deste modo, esta mesma autonomia não abarca, e nem pode abarcar, a regulamentação daquelas outras prestações retribuídas, subordinadas e dependentes, pois essas relações são de competência do ordenamento estatal²⁴².

Todavia, como se sabe, as normas estatais, estabelecem direitos mínimos a serem respeitados, nada impedindo que as partes negociem no âmbito da autonomia privada, desde que traga alguma vantagem para o empregado.

Dito isso, insta salientar que a maior parte dos autores e tribunais rechaça a possibilidade de existência de uma relação de emprego entre a instituição religiosa e seus religiosos ou ministros sagrados, como é o caso, por exemplo, dos pastores evangélicos que têm ingressado com demandas na Justiça do Trabalho, pleiteando o reconhecimento de vínculo empregatício com a instituição religiosa, e os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho vêm negando estes pedidos. Note-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PASTOR EVANGÉLICO. VÍNCULO DE EMPREGO. O Tribunal Regional manteve o indeferimento do pedido de vínculo de emprego porque não preenchidos os requisitos constantes do art. 3º da CLT. No caso, a parte pretende a reforma do julgado mediante o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula nº 126 do TST. Ademais, não se verifica divergência jurisprudencial válida, ou violação de dispositivos de lei ou da Constituição Federal que autorize o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento não provido²⁴³.

PASTOR EVANGÉLICO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - INEXISTÊNCIA - Impossível a verificação dos requisitos informadores do contrato de trabalho a que alude o art. 3º da CLT. O recorrente não colocava sua força de trabalho à disposição de seu suposto empregador, ao contrário, sua força de trabalho era colocada à disposição da sua fé, da sua vocação religiosa. Não havia submissão às ordens do empregador. Ao revés, sua

²⁴² GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, pp. 136-137.

²⁴³ BRASIL. TST - AIRR: 8319220125030107. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014, disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121809618/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-8319220125030107> acesso em: 17/11/2014.

força de trabalho e a doutrina da igreja convergiam para o mesmo fim, sem que se estabelecesse qualquer conflito²⁴⁴.

PASTOR EVANGÉLICO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A relação mantida entre o pastor e a igreja evangélica não é empregatícia, mas sim de ordem religiosa. Há, entre os membros dessas instituições, hierarquia de ordem eclesiástica e litúrgica, que não se confunde com a subordinação jurídica exigida no artigo 3º da CLT. De igual forma, eventual remuneração fornecida tem o ensejo de fazer com que o pastor, que se dedica exclusivamente à religião, possa manter seu sustento, não se tratando da onerosidade típica da relação empregatícia, resultante da venda da força de trabalho do empregado ao empregador²⁴⁵.

Como visto, o eclesiástico desenvolve suas atividades sem ânimo de lucro, mas sim, como forma de expressão de sua vocação religiosa, de cumprimento de deveres religiosos. Deste modo, a existência de certa dependência econômica destas instituições, ou a inclusão destes sujeitos no regime de seguridade social, não são elementos suficientes para caracterizar a relação de emprego.

5.2.2 Tarefas de Tendência (Tendenzträger) e Tarefas Neutras

Embora, em geral, se afirme que a organização de tendência pressupõe a adesão do trabalhador à ideologia ou à concepção de mundo do seu empregador, esta afirmação se reserva, exclusivamente, para aquelas prestações intrinsecamente ligadas com a tendência da organização. Surge, assim, a diferenciação entre tarefas de tendência e tarefas neutras.

Em outras palavras, a necessária conexão entre limitação de direitos e defesa da atividade ideológica da organização proíbe uma indiscriminada extensão das citadas limitações àqueles trabalhadores que desenvolvem funções sem conteúdo ideológico algum. As atitudes e comportamentos privados dos empregados que exercem tarefas neutras não têm nenhuma incidência sobre a imagem e finalidade do ente ou sobre o correto cumprimento de sua prestação contratual. Portanto, qualquer restrição ao exercício de seus direitos, através do

²⁴⁴ BRASIL. TRT-1 - RO: 00018994220115010245 RJ, Relator: Celio Juacaba Cavalcante, Data de Julgamento: 21/10/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 12/11/2013. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114840017/recurso-ordinario-ro-18994220115010245-rj>> Acesso em: 17/11/2014.

²⁴⁵ BRASIL. TRT-2 - RO: 00018056320125020041 SP 00018056320125020041 A28, Relator: MARIA DE LOURDES ANTONIO, Data de Julgamento: 21/08/2014, 17ª TURMA, Data de Publicação: 29/08/2014. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145934741/recurso-ordinario-ro-18056320125020041-sp-00018056320125020041-a28>> Acesso em: 17/11/2014.

contrato de trabalho, carecem da necessária justificação, tornando-se abusiva e, portanto, plenamente ilegítima²⁴⁶.

Neste sentido, o Direito germânico desenvolveu a figura do *Tendenztraeger*, como sendo o “portador de tendência” para aludir a quem desenvolve suas atividades em áreas diretamente ligadas a realizar a específica finalidade da organização²⁴⁷.

Esta qualidade de “portador de tendência” pressupõe uma direta e imediata conexão da prestação laboral desempenhada com o particular interesse da empresa. A doutrina, por sua vez, dentro das áreas de tendência, faz classificações em atenção ao grau de importância da atividade (ideologicamente fracas ou fortes) para a empresa, sendo utilizáveis especialmente, como pontos de referência na individualização dos motivos de dispensa do empregado²⁴⁸.

A doutrina italiana, cujo ordenamento em muito se assemelha ao ordenamento pátrio, também não contém um regime específico sobre a matéria, entretanto, aceita unanimemente a referida distinção. Nessa senda, partindo-se de um critério de funcionalidade das tarefas exercidas pelo trabalhador sobre a finalidade do ente, fala-se em tarefas de tendência se as convicções ideológicas daquele estão organicamente ligadas ao desenvolvimento da relação de trabalho²⁴⁹.

Em outras palavras, as tarefas de tendência são aquelas tarefas de natureza intelectual e, através das quais, a entidade ou a associação revelam para o exterior a sua própria identidade, e perseguem seus fins institucionais ideologicamente qualificados.

Salienta Francisco Javier Calvo Gallego que, além do conteúdo ideológico, o “portador de tendência” tem um carácter marcadamente representativo. É através destes trabalhadores que as entidades de tendência difundem publicamente suas próprias crenças ou sistema de valores. Portanto, a imagem do grupo é, muitas vezes, o reflexo da concepção pública de um indivíduo que aparece como exemplo notório de uma determinada crença, pensamento ou religião²⁵⁰.

Essa especial posição do empregado intensifica os deveres pessoais e éticos derivados de sua fidelidade à instituição. O trabalhador é, assim, obrigado a promover e a proteger o

²⁴⁶ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 154.

²⁴⁷ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 73.

²⁴⁸ *Ibid. loc. cit.*

²⁴⁹ *Ibid.* p. 74.

²⁵⁰ GALLEGO, *op. cit.*, pp. 156-157.

interesse do empregador, tanto no cumprimento de sua prestação laboral, como fora do tempo e do local de trabalho, isto é, em suas declarações ou atividades fora do local de trabalho²⁵¹.

Registre-se, contudo, que não são todas as declarações ou atividades da vida privada do empregado portador de tendência que devem estar em consonância com a ideologia da organização, mas somente os aspectos restritos à ideologia. Assim, uma organização de tendência religiosa não pode querer que o seu empregado tenha a mesma ideologia política que a sua, por exemplo.

No que tange às tarefas neutras no âmbito das organizações de tendência, essas são desprovidas do caráter ideológico, não fazem parte da prestação laboral, ou seja, a orientação ideológica do empregado fica à margem, vale dizer, não interfere e tampouco causa prejuízo à organização²⁵².

É o caso, por exemplo, de funções meramente executivas, técnicas, ou que não estão ligadas à finalidade da empresa de um modo geral, mas sim realizando as atividades de meio, como os porteiros, zeladores, ascensoristas de elevador etc.

Acrescenta Francisco Javier Calvo Gallego que também laboram em áreas neutras aqueles trabalhadores com funções de escasso conteúdo representativo ou ideológico. Trata-se normalmente de tarefas burocráticas, administrativas, de gestão, ordem ou limpeza; prestações que, na maioria das vezes, tem um caráter fundamentalmente auxiliar, técnico ou de simples execução material e que, por seu próprio conteúdo, estão claramente distanciadas da atividade ideológica desenvolvida pela organização²⁵³. Nesses casos não há falar em qualquer alinhamento da ideologia dos empregados que exercem esse tipo de tarefa, com a ideologia da organização de tendência.

Sendo assim, no estudo acerca das relações laborais nas organizações de tendência, a problemática não se reduz apenas em torno de seu conceito, tornando-se até mais importante diferenciar as prestações laborais de imediata relevância sobre as finalidades perseguidas pela empresa, daquelas que se caracterizam por uma substancial dose de neutralidade.

Registre-se, por oportuno, que não é partilhável a idéia de que, em maior ou menor grau, nessas empresas, todas as prestações estão vinculadas ao cumprimento dos fins

²⁵¹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 51.

²⁵² GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 74.

²⁵³ GALLEGO, *op. cit.* p. 155.

ideológicos da organização e que, portanto, não há espaço possível para os chamados trabalhos neutros.

Dentro desta perspectiva, as conseqüências parecem claras: em primeiro lugar, a implicação pessoal do trabalhador que labora nas áreas consideradas de tendência leva, inevitavelmente, a certa limitação da sua liberdade de manifestação do pensamento e de expressão; segundo, nestes contratos, se produz um necessário incremento das hipóteses de dispensa por justa causa. Essas tendem a abarcar fatos da vida privada do empregado que, contrários à ideologia da entidade, evitem o correto cumprimento de seus deveres contratuais.

Centrada a questão nestes termos, são rejeitadas, ao mesmo tempo, as posições que defendem a existência de “funções de tendência” fora do âmbito das empresas ideológicas. A este respeito, postula-se que os trabalhadores ocupantes dos altos cargos devem compartilhar da ideologia de seu empregador²⁵⁴.

Contudo, se o desenvolvimento de uma atividade empresarial sem qualificação ideológica especial, nada mais é do que o exercício da livre iniciativa e da liberdade de associação prevista nos arts. 1º, IV e 5º, XVII da Constituição Federal respectivamente, conceituar os altos cargos laborais como trabalhadores com tarefas de tendência implicaria a subsunção de qualquer iniciativa empresarial na categoria de empresa de tendência, o que perderia toda sua virtude delimitativa.

Análogo pensamento se mantém em relação ao trabalho doméstico, em particular, quando este se limita a tarefas de cuidado e educação de menores. Na realidade, a característica comum a esses casos e às tarefas de tendência em empresas ideológicas se reduz a ambos serem relações de confiança²⁵⁵.

Por estas razões, é errôneo tentar dar um único tratamento jurídico a todos os trabalhadores das organizações de tendência, devendo ser feita a distinção entre aqueles portadores de tendência e aqueles que realizam tarefas neutras, sob pena de estar cometendo abuso na relação de emprego, assim como deve ser afastada a ideia de existir portadores de tendência fora do âmbito das organizações de tendência.

²⁵⁴ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 74.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 75.

5.2.3 A Incidência da Ideologia do Empregador na Prestação Laboral

No tratamento das relações laborais nas organizações de tendência, é freqüente pressupor a adesão do trabalhador à linha ideológica da organização, eliminando a possibilidade de que se tenha e que seja difundida opiniões diversas às do seu empregador. Todavia, é imprescindível justificar tal afirmação questionando se, em que termos e com que limites, a ideologia do empresário pode formar parte do conteúdo da prestação laboral.

Primeiramente, na ordem constitucional, o desenvolvimento e a extinção de qualquer relação laboral é irrelevante juridicamente à concepção ideológica dos contratantes e, em particular, à do obreiro, uma vez que no artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, foi consagrado o princípio de não discriminação em razão de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política²⁵⁶.

Em segundo lugar, consoante já noticiado em capítulo próprio, os direitos fundamentais possuem também uma eficácia direta e imediata, no contrato de trabalho e são exigíveis, portanto, frente ao empregador.

Vale ressaltar que não só aqueles direitos que, por sua própria natureza, têm como específico campo de atuação as relações de trabalho (liberdade sindical, direito de greve, negociação coletiva), como também aqueles direitos que se reconhece a toda pessoa, como a liberdade de consciência, de crença ou de culto (art. 5º, VI, CF); o direito à intimidade, à vida privada e à imagem (art. 5º, X, CF); bem como os direitos à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF) são aplicáveis nas relações de trabalho.

Sendo assim, o ordenamento constitucional pátrio não só proíbe toda discriminação ideológica, como também sujeita o empresário a um verdadeiro dever de respeitar a livre opinião de seus trabalhadores no seio da relação laboral.

Até agora, portanto, não se observa um meio para que a ideologia do empregador penetre no contrato de trabalho, em especial, na prestação laboral.

O caminho para a incidência da ideologia do empregador na prestação laboral seria inexistente se fosse adotado uma rígida concepção de direitos fundamentais, isto é, se os direitos fundamentais fossem considerados absolutos. A adesão à visão de mundo da empresa,

²⁵⁶ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 80.

o compromisso de padronizar-se a uma determinada ideologia na execução da prestação laboral deveria ser considerada nula ou inexistente ao constituir uma renúncia a direitos indisponíveis.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Contudo, parte da doutrina diz que renúncia é sempre um ato definitivo e irrevogável, e que uma coisa é a renúncia ao direito e outra é o compromisso de não exercê-lo (renúncia quanto ao seu exercício), em troca de determinadas compensações²⁵⁷.

Na realidade, tecnicamente a disponibilidade só pode ser atributo dos direitos patrimoniais, sendo que os direitos fundamentais não patrimoniais estão, por sua própria estrutura, desprovidos do poder de disposição.

Assim, a distinção entre renúncia ao direito e renúncia ao seu exercício é artificiosa, pois a titularidade de um direito deve identificar-se com a possibilidade de exercício. Logo, justificar a renúncia recorrendo ao argumento da voluntariedade no nascimento de uma relação que, também, livremente, pode se extinguir é caminhar nos terrenos das liberdades formais²⁵⁸.

Todavia, embora, em princípio, os direitos fundamentais sejam irrenunciáveis por contrariar a ordem constitucional, é admissível que, temporariamente, devido à ligação de uma relação especial, em que estão em jogo outros valores constitucionais, aqueles experimentem restrições.

Sendo assim, para Francisco R. Blat Gimeno, o problema, pois, pode ser resolvido levando-se em conta que a formalização de qualquer contrato de trabalho, necessariamente, comporta a sujeição do trabalhador a determinadas obrigações que, por sua vez, limitam o exercício de direitos constitucionais²⁵⁹.

Contudo, o empregador deve contratar o não exercício do direito, uma vez que a restrição de qualquer direito sem que esta esteja previamente prevista em contrato, configura-se abuso do poder diretivo. De outra sorte, a restrição de direitos do empregado mediante ajuste no contrato de trabalho deve, também, ser analisada com cautela, já que o contrato de trabalho, na maioria das vezes, não passa de um contrato de adesão, de modo que a pactuação

²⁵⁷ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 81.

²⁵⁸ *Ibid.* p. 82.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 83.

deve ter em vista os limites do poder diretivo (visto no capítulo anterior), sob pena de ser considerada nula.

Assim, salienta Francisco R. Blat Gimeno, que obviamente possibilidade da contratação das restrições aos direitos do empregado não significa o reconhecimento de todos os limites, mas apenas na medida em que seja constitucionalmente legítimo²⁶⁰.

Evidente que, na organização de tendência, a restrição de direitos fundamentais reveste maior complexidade. No que diz respeito ao empregador que desenvolve uma mera iniciativa econômica e não ideológica, o trabalhador, salvo sua obrigação de não denegrir a empresa, mantém suas liberdades intactas.

Já, nas organizações cuja iniciativa tem um cunho ideológico, por seu turno, frente à liberdade individual, aparece a liberdade do empregador de manifestar e propagar uma determinada concepção ideológica que, por si só, não é senão uma liberdade organizativa e instrumental ao exercício de um direito fundamental²⁶¹.

A partir da perspectiva da relação de emprego, a hipótese de colisão encontra-se nas áreas de tendência, nas tarefas em que precisamente a prestação consiste em manifestar as convicções ideológicas da organização, o que não ocorre nas funções neutras²⁶².

A divergência pode produzir-se, basicamente, em dois casos: primeiro, quando o trabalhador, em cumprimento de sua obrigação de trabalhar, adote comportamentos contrários às diretrizes ideológicas do empresário; segundo, quando tenha uma conduta extralaboral que, além de divergir da ideologia da empresa, coloca em perigo, tendo em vista sua publicidade ou relevância externa, a credibilidade da mensagem difundida pela organização.

Em ambos os casos, resta claro, portanto, que não há falar em total adesão de todos os trabalhadores à linha ideológica da empresa, inclusive, fora do local e do horário de trabalho, mas meramente o compromisso de respeitar tal orientação no desenvolvimento das funções contratadas, em atenção ao princípio da boa-fé que rege os contratos.

Excepcionalmente, no caso dos trabalhadores que exercem tarefas de tendência, chamados de portadores de tendência, estes devem respeito à ideologia da organização em tomadas públicas, não se posicionando de forma incompatível com a finalidade da organização, para que a imagem da organização não perca a credibilidade, lembrando que,

²⁶⁰ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 83.

²⁶¹ *Ibid.* p. 84.

²⁶² *Ibid. loc.cit.*

para isso, é necessário que o empregador tenha informado a este empregado sobre essa condição, bem como tenha pactuado em contrato e, ainda assim, ficará sujeito aos limites do poder diretivo, sob pena de esta cláusula contratual ser considerada inválida.

5.2.4 Do Conteúdo da Prestação Laboral Ideológica: Deveres acessórios

Neste tópico analisar-se-á os distintos deveres inerentes a toda relação laboral, ou melhor, ver que as nuances ou perfis introduzem, na obrigação básica de trabalhar, a sujeição do obreiro à faculdade de direção do empresário plasmado na colaboração, na diligência e na boa-fé, e a possibilidade de incremento desses deveres quando se tratar dos trabalhadores “portadores de tendência”.

Quando se fala em conteúdo da prestação laboral ideológica, simplesmente se quer ressaltar as exigências específicas da prestação de trabalho que se desenvolvem, juntamente com outras, no seio de uma organização de tendência, que tem suas próprias regras de funcionamento, em virtude do fim perseguido por esta.

5.2.4.1 Boa-fé e diligência/colaboração nos trabalhos ideológicos

Tradicionalmente, o centro de toda a polêmica tem se situado na difícil delimitação dos possíveis deveres ideológicos deduzidos da boa-fé.

A necessidade de outorgar certa relevância contratual a determinados comportamentos e condutas extralaborais do empregado tem potencializado, extraordinariamente, o âmbito e a extensão desta cláusula geral, utilizada usualmente como instrumento “moralizador” da atividade patrimonial e das transações jurídicas em geral, sobretudo nos contratos.

Por meio do princípio da boa-fé (efeito conexo ao contrato de trabalho), pode-se exigir dos contratantes um cumprimento honesto, correto e leal no exercício de seus direitos e no

cumprimento de suas obrigações, um comportamento que, nesses casos, parece exigir uma determinada atitude ou disposição ideológica²⁶³.

A boa-fé não é, todavia, o único instrumento jurídico capaz de estender os deveres contratuais a comportamentos ideológicos mantidos fora do local e da jornada de trabalho. O dever de colaboração abarca em seu conteúdo algo além da normal exigência de uma certa intensidade ou cuidado no cumprimento da obrigação principal²⁶⁴.

Convém destacar a tentativa civilista de superação entre obrigações de meio e de resultado. Está implícita a obrigação de trabalhar na funcionalização da prestação a fim da empresa, fim entendido não como resultado último perseguido pelo empregador, mas como resultado mediato, instrumental, para formar uma organização de trabalho e para coordenar as distintas prestações. Este é o significado que se tem dado à obrigação de colaboração do trabalhador.

Para Francisco R. Blat Gimeno, o dever de colaboração designa a atitude geral do trabalhador no seio da organização em que está inserido, e se projeta tanto na atenção no próprio trabalho, quanto em uma conduta de cooperação para com o empresário e seus representantes, para com os demais colegas de trabalho e para com a clientela, se for o caso²⁶⁵.

Ao trazer esses conceitos para a realidade das organizações de tendência, se tem observado que, embora, em geral, a obrigação de trabalhar não seja de resultado, nas áreas de tendências, adquire uma maior relevância no resultado da prestação, que se propõe a identificar-se com o interesse do empregador na organização e coordenação das prestações laborais ideologicamente acordadas. A prestação de tendência é, unicamente, coordenável quando o trabalhador se uniformiza com o fim pretendido pela empresa.

Portanto, a colaboração é um dever no cumprimento da obrigação de trabalhar assumida no contrato que, de modo algum, comporta a adesão ou a global identidade ideológica empresa-trabalhador, ou implica, tampouco, comportamentos extralaborais do empregado devedor da prestação²⁶⁶.

²⁶³ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 166.

²⁶⁴ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 89.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 90.

²⁶⁶ *Ibid.* p. 90.

Ressalte-se, ainda, que o dever de diligência é o comportamento produtivo de uma utilidade para o empresário, que se determina em razão, dentre outras razões, do objeto da obrigação. Pode-se dizer que, na prestação de tendência, se produz uma funcionalização da atividade laboral ao objetivo ideológico da empresa, sendo instado o trabalhador ao desenvolvimento de uma atividade teleologicamente dirigida nesse sentido²⁶⁷.

Evidentemente, estas cláusulas podem determinar condutas e deveres similares, já que ambas estão destinadas à proteção da correta execução da prestação laboral e à satisfação do interesse contratual sustentado pelas partes. Apesar disso, a importância da questão impõe a realização de um tratamento em separado das mesmas, embora seja possível alcançar resultados idênticos ou similares por qualquer das vias.

5.2.4.2 A possível existência de um dever de fidelidade: a adesão ou o simples respeito à tendência

A primeira questão que se deve questionar é a possibilidade de existência de um certo dever de fidelidade em algumas destas relações de trabalho ideológico. A resposta, ao menos em princípio, poderia parecer evidente: a maior parte da doutrina e jurisprudência do direito comparado considera esta cláusula como um instrumento de opressão do trabalhador absolutamente incompatível com os sistemas constitucionais²⁶⁸.

Isso, porque aduzem que o reconhecimento do conflito produtivo e a qualificação do contrato de trabalho como um negócio patrimonial haveria excluído, definitivamente, toda possibilidade de atuação no campo laboral deste dever, admitindo-se, unicamente, em situações comunitárias, como as associativas ou familiares²⁶⁹.

Como regra geral, esta sólida argumentação demonstra-se incontestável. Na atualidade, não existem dados normativos, nem fáticos que permitam falar de um possível dever de fidelidade do trabalhador para com a empresa em que labora, como pretendia a teoria da

²⁶⁷ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p.90.

²⁶⁸ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 167.

²⁶⁹ *Ibid. loc.cit.*

instituição. Em verdade, empregados e empregadores são portadores de interesses distintos e, em princípio, contrários.

Contudo, o problema surge quando se constata que determinadas tarefas ideológicas subsistem, aparentemente, alguns dos pressupostos básicos nos quais se sustentava o tradicional dever de fidelidade. Isso, porque, na medida em que esses trabalhadores estão unidos a seu empregador mediante vínculos associativos ou de fé, é fácil argumentar a presença de determinados elementos comunitários e hierárquicos que, em seu momento, autorizaram e favoreceram o nascimento deste tipo de dever. A inserção do contrato de trabalho sobre um vínculo associativo preexistente poderia inclusive induzir a comunicar ou transferir esse dever da relação associativa (na qual é plenamente lícito e lógico) para a relação laboral²⁷⁰.

Nesse contexto, uma análise adequada deste problema não se limita a assinalar simplesmente a inconstitucionalidade no plano jurídico-laboral desse dever ou a destacar clara separação entre o vínculo associativo e o vínculo empregatício. A resposta para esta questão perpassa pelas peculiaridades de algumas relações de tendência baseadas em pressupostos (atenuação da contraposição de interesses, possível exigência de certa comunhão ideológica) distantes e inclusive opostos ao resto das relações laborais.

Ademais, é certo que, na imensa maioria das vezes, as obrigações laborais e associativas podem estar desconectadas ao desenvolver-se em distintos planos jurídicos. Portanto, o possível dever de fidelidade deduzido do nexos social não pode estender-se e integrar-se ao vínculo empregatício. Entretanto, isso não impede que, em determinadas tarefas, seja a própria prestação do trabalho que a exija e, portanto, conecte a prestação com uma filiação ou adesão ideológica sem a qual aquela não pode ser útil²⁷¹.

Sob essa perspectiva, o dever de fidelidade não poderá surgir nunca, em hipótese alguma, em todos aqueles contratos cuja prestação não exija para sua adequada execução, a filiação ou participação ativa do trabalhador na ideologia difundida pela organização.

Nestas atividades, chamadas de “neutras” ou de “conteúdo ideológico fraco”, não se mostra necessária a comunhão ideológica básica e necessária para o nascimento desse dever. No plano socioeconômico é evidente a contraposição de interesses existentes entre as partes. No plano ideológico, a prestação exige ao trabalhador, unicamente, o respeito público às

²⁷⁰ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 168.

²⁷¹ *Ibid.* p. 169.

crenças sustentadas pela entidade, sem que o empregado se veja obrigado a se transformar em apologista ou crente das mesmas. Na realidade, esses trabalhadores são como simples “terceiros”, no que diz respeito ao grupo, cuja mensagem acatam e difundem, sem ter que por isso assumí-la pessoalmente²⁷².

Nesse tipo de relação (empregados que realizam tarefas neutras), deve-se rechaçar a existência de um possível dever de fidelidade laboral, inclusive naqueles casos em que o trabalhador seja, ao mesmo tempo, sócio ou filiado do ente. O dever laboral não impõe, nestas ocasiões, uma conexão funcional entre ambos os vínculos.

Por isso, a fidelidade própria da relação associativa ou comunitária não poderá estender-se, em nenhuma hipótese, à relação laboral que, nestes casos, se apresenta totalmente fora do possível vínculo associativo. Enquanto filiado, esse empregado poderá dever fidelidade à organização, porém, enquanto trabalhador, somente deve aquele respeito necessário para o correto cumprimento de sua prestação, sendo que qualquer intenção de conexão entre ambos, através de uma possível comunicação do dever de fidelidade, deve ser considerada, portanto, absolutamente ilegal e de constitucionalidade duvidosa.

Em contrapartida, esta mesma questão resulta muito mais complexa naqueles contratos de trabalho cuja prestação ostenta uma carga ideológica tão forte que exige, para a sua correta execução, que coincida na mesma pessoa, a qualidade de sócio, crente e trabalhador. Essas tarefas, dotadas de altíssimo conteúdo ideológico e representativo (chamadas de tarefas ideológicas fortes), necessitam, para seu adequado cumprimento, da inserção do contrato de trabalho em um preexistente vínculo associativo/religioso baseado.

Nessas situações, demonstra-se razoável uma certa e limitada transmissão do dever de fidelidade ideológico da relação associativa à relação de trabalho, dada a íntima conexão que se estabelece na própria prestação laboral. Se a relação laboral exige a manutenção do vínculo associativo, e esse vínculo, por sua vez, impõe licitamente um certo dever de fidelidade ideológico, não resta senão a conclusão de que é o próprio contrato de trabalho que requer a transposição de determinada fidelidade ou adesão política, sindical ou religiosa do trabalhador para o pensamento difundido por seu próprio ente²⁷³.

Contudo, esta argumentação requer algumas ponderações de certa importância. Primeiro, esta “conexão negocial” não deve fazer olvidar a existência de um certo contrato de

²⁷² GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 169.

²⁷³ *Ibid.* p. 170.

trabalho, em que se encontra inserido o conflito socioeconômico. Por isso, ao menos formalmente, este hipotético dever de fidelidade somente poderá estender-se àquelas obrigações derivadas do vínculo “ideológico”, mas nunca do aspecto socioeconômico da relação empregatícia, regido sempre pela boa-fé.

Evidentemente, enquanto filiados, esses trabalhadores deverão fidelidade e adesão à ideologia a que pertencem, porém essa fidelidade não se estende às facetas estritamente “socioeconômicas” que, embora ponderadas pela comunhão de ideologias, permanecem integradas pela boa-fé contratual. A flexibilidade deste último instrumento permite estender, ampliar e intensificar os distintos deveres acessórios impostos ao trabalhador em função das exigências concretas inerentes à específica prestação.

5.2.4.3. Boa-fé e relação ideológica

Neste tópico, serão analisadas as possíveis peculiaridades da boa-fé contratual nas relações ideológicas. Sendo assim, é necessário distinguir, novamente, entre os trabalhos neutros, contratos ideologicamente fracos e os contratos ideologicamente fortes. A localização em uma ou outra categoria dependerá da extensão e intensidade desses deveres ideológicos derivados da boa-fé, em especial, as possíveis limitações no exercício da liberdade de expressão, e a hipotética presença de um dever de promover e incentivar a crença da entidade fora do local e horário de trabalho.

Nesse sentido, a exigência de um comportamento honesto, correto e leal exige, como primeiro dever básico de todo trabalhador, evitar qualquer manifestação pública que dolosamente esteja destinada a causar danos à imagem da instituição na qual preste serviços²⁷⁴. Esse é o único dever exigível aos empregados que realizam tarefas neutras, de modo que não se pode impor nenhuma outra obrigação política, sindical ou religiosa ao trabalhador destinado a uma tarefa neutra, uma vez que a natureza comum de suas funções impede uma extensão desses deveres absolutamente desnecessários para o adequado cumprimento de sua prestação de serviços²⁷⁵.

²⁷⁴ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 171.

²⁷⁵ *Ibid.* p. 172.

A necessidade de assegurar a estabilidade, neste caso ideológica, da organização impõe a alguns empregados o dever de não dirigir a ela ataques abertos ou manifestações difamatórias que, por seu caráter notório, público e doloso possam por em perigo a viabilidade ou credibilidade da mensagem. Nesse sentido, pode-se intensificar os deveres ideológicos decorrentes da boa-fé no caso dos empregados que realizam tarefas ideologicamente “fracas” e “fortes”.

Assim, os empregados que exercem tarefas ideologicamente “fracas”, dotadas de menor conteúdo moral, representativo ou de direção, não é possível exigir fora do local e horário de trabalho uma maior adesão ideológica que a requerida para o correto cumprimento da prestação laboral. Este tipo de trabalhador atuará, portanto, licitamente mantendo um mínimo respeito às crenças de seu empregador naqueles comportamentos extralaborais que sejam conhecidos publicamente. Portanto, os deveres ideológicos que vinculam esses trabalhadores concretizam-se, fundamentalmente, em comportamentos omissivos, caracterizados por uma colaboração passiva, de não oposição pública à ideologia difundida pela entidade²⁷⁶.

Por outro lado, naqueles escassos contratos laborais chamados de ideologicamente “fortes”, parece razoável se exigir uma atitude de estreito alinhamento do trabalhador à ideologia da organização, uma atitude que se materializaria no que a doutrina Alemã vem qualificando como dever de promover, também fora do local e horário de trabalho, a tendência difundida pela organização (*Förderungspflicht*). A intensidade do vínculo político, sindical ou religioso e a presença, em alguns casos, de um autêntico dever de fidelidade exclusivamente ideológico, justificariam a vinculação contratual de uma grande parte da atividade pública desenvolvida pelo empregado fora do local e horário de trabalho²⁷⁷.

Nesses casos, demonstra-se aceitável a exigência de um comportamento público plenamente de acordo com a atividade desenvolvida pela entidade, posto que estes sujeitos representam a ideologia do grupo ou da instituição, devendo ser exemplo da mesma, tanto na sua atividade laboral, quanto em seu comportamento e atitudes externas²⁷⁸.

Por fim, é necessário recordar que a boa-fé de caráter bilateral pode impor, também, certas obrigações acessórias a cargo do empregador. Esta faceta, adquire, todavia, um especial interesse como possível instrumento, através do qual seria possível articular uma cláusula de objeção de consciência, a qual visa exigir do empresário o dever de adequar as obrigações

²⁷⁶ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 172.

²⁷⁷ *Ibid.* p. 173.

²⁷⁸ *Ibid. loc. cit.*

contratuais às crenças do trabalhador, exonerando-se de todos aqueles deveres que, posteriores à estipulação do contrato, cheguem a ser incompatíveis com sua consciência ou moral²⁷⁹.

²⁷⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 174.

6. LIMITES À LIBERDADE DE EMPRESA E À FACULDADE DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA

Neste capítulo, será enfrentada a questão dos limites à faculdade de direção do empregador ideológico, bem como os limites à liberdade de expressão e informação dos trabalhadores, nas fases pré-contratual, durante a execução do contrato e na fase de extinção do contrato de trabalho, analisando-se, por fim, casuisticamente, a colisão de direitos fundamentais que ocorre entre algumas destas organizações e seus trabalhadores.

6.1 PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL: DA SELEÇÃO DO CANDIDATO

A escassa atenção legal que o ordenamento jurídico presta a este período não impede o surgimento de polêmica na doutrina centrada em três problemas fundamentais. O primeiro diz respeito à determinação dos possíveis limites ao poder de investigação e à avaliação empresarial da ideologia e moral do candidato. O segundo centra-se na fixação de hipotéticos deveres de informação, derivados da boa-fé que podem impor às partes, e as consequências derivadas do não cumprimento. Por fim, serão vistas as possíveis restrições que a proibição de discriminação no emprego podem impor à faculdade empresarial de desistir, durante o período de seleção da contratação, de determinado candidato.

6.1.1 Os Limites da Atividade de Investigação

A liberdade de contratação do empregador, em sua faceta de direito de eleger, sem impedimentos, com quem se quer celebrar um contrato de trabalho, reconhecida pelo ordenamento pátrio e nos demais ordenamentos democráticos, torna desnecessária uma legislação específica para as organizações de tendência.

Sem ignorar a dificuldade prática de se ter um controle efetivo das ofertas de emprego, o legislador pátrio consagra, sem dúvida, a proibição de discriminação na contratação, por exemplo, em razão da origem, raça, sexo, cor e idade. Note-se que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade nas dimensões formal (igualdade perante a lei, art. 5º, I) e material (igualdade na lei, art. 3º, IV), tendo como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁸⁰.

A proibição da discriminação, como vertente negativa do princípio da igualdade, é enfatizada no art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII da Carta Magna. O art. 5º, inciso XLI da Lei Maior estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais²⁸¹.

Nesse sentido, a Lei 9.029/95, que dá providências sobre a admissão no trabalho, dispõe, no seu art. 1º, a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade²⁸². A Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, por seu turno, regula genericamente a discriminação, proibindo-a em todas as suas formas e por qualquer motivo²⁸³.

Estas previsões normativas (de não discriminação) são de aplicação também nas organizações de tendência ou, ao revés, a adequada valoração da idoneidade profissional do candidato comporta alguma exceção?

Este é, justamente, um dos pontos mais discutidos na doutrina italiana, ao interpretar o art. 8º de seu Estatuto dos Trabalhadores, que proíbe ao empregador, para efeitos de contratação, assim como no desenvolvimento da relação de trabalho, fazer indagações, também por meio de terceiros, sobre as opiniões políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador, bem como sobre fatos não relevantes à valoração de uma aptidão profissional²⁸⁴.

²⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² BRASIL. **Lei n. 9029 de 13 de abril de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 15/01/2015.

²⁸³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111 da OIT**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>> Acesso em: 26/11/2014.

²⁸⁴ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 98.

Das três questões citadas anteriormente (os limites da atividade de investigação e seleção empresarial) esta é, sem dúvida, a que apresenta maior importância.

Desde o início, esta controvérsia vem sendo marcada pela dificuldade de conciliar as necessidades organizacionais da entidade, com os direitos fundamentais dos candidatos. De um lado, tem-se a necessidade de que sejam lícitas todas aquelas avaliações e investigações destinadas a constatar a adequação ideológica entre a organização e o candidato. De outro, há o afastamento dessas indagações ou critérios de avaliação, ao considerá-los lesivos à dignidade humana e liberdade do indivíduo²⁸⁵.

Nesse contexto, a resolução deste aparente conflito constitucional deve-se partir de dois dados normativos básicos, a saber: o primeiro diz respeito à carência no ordenamento pátrio de uma regulamentação específica que delimite ou afaste esse tipo de investigação ou avaliações nas organizações ideológicas. O segundo, e mais importante, se centra na vinculação de todas as instituições à proibição constitucional de discriminação no emprego, consoante já se assinalou.

Contudo, a sujeição legal destas entidades à mencionada proibição não significa necessária e inevitavelmente a proibição absoluta de todas as informações sobre a personalidade moral ou ideológica do candidato.

Sobre a questão, a doutrina italiana criou algumas teses, a saber: a primeira aduz que a norma proíbe dois tipos de investigação; as que versam sobre opiniões e as que afetam fatos não relevantes, sendo inconstitucional a instituição pretender que a ideologia do trabalhador possa, em alguns casos, ter relevância para a avaliação de sua aptidão profissional²⁸⁶.

A segunda afirma que a norma proíbe indagar sobre as opiniões do trabalhador somente se e enquanto essas não influam concretamente sobre sua aptidão profissional; que entre os fatos relevantes de legítima investigação e o conteúdo objetivo das tarefas a desenvolver tem de haver uma imediata correlação e que, portanto, as averiguações acerca de opiniões ou comportamentos serão lícitas sempre que sua elaboração ou difusão forme parte do objeto, do conteúdo da prestação, ou seja, unicamente no caso do candidato a funções de tendência²⁸⁷.

²⁸⁵ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 189.

²⁸⁶ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 98.

²⁸⁷ *Ibid. loc. cit.*

A terceira defende que a norma somente estabelece uma presunção *iuris tantum* de ilicitude dos motivos da investigação, que cede quando a empresa prova a existência de uma causa justificadora da indagação sobre opiniões ou valoração de condutas necessárias à aptidão profissional²⁸⁸.

Diante dessas teorias, é importante destacar, consoante já fora assinalado, que a tutela da personalidade do candidato não pode impor um obstáculo intransponível para o regular exercício da atividade da organização. As possíveis limitações de seus direitos fundamentais serão lícitas sempre que sejam voluntárias, revogáveis e, sobretudo, justificadas pela necessidade da organização que estes pretendem integrar²⁸⁹.

Sob essa perspectiva, é evidente que qualquer empregador poderá valorar e investigar todas aquelas qualidades ou características pessoais (inclusive as tradicionalmente consideradas como discriminatórias, como sexo, religião, idade) quando estas sejam necessárias e imprescindíveis para a correta execução da prestação laboral. Nessas ocasiões, a distinção ou o tratamento diferenciado não se baseiam em prejuízos subjetivos e injustificados, mas em necessidades objetivas, de natureza contratual e, portanto, não somente razoáveis como também estritamente necessárias.

Ao utilizar essa mesma argumentação nas organizações de tendência, a conclusão é que essas entidades poderão investigar e valorar a ideologia, crenças e moral de seus candidatos, mas somente na medida em que esses aspectos pessoais sejam absolutamente imprescindíveis para o correto desenvolvimento da tarefa a que venha a ser destinado²⁹⁰.

Deste modo, somente poderão ser objeto de valoração aquelas opiniões ou convicções que sejam estritamente funcionais para o desenvolvimento útil da prestação. Em contrapartida, não poderá ser objeto de investigação e valoração outras opiniões ideológicas e condutas do indivíduo de âmbito distinto ao difundido pela entidade. Uma organização religiosa, por exemplo, não poderá valorar nem investigar as opiniões sindicais de seus trabalhadores, do mesmo modo que um movimento político não poderá questionar as crenças religiosas de seus candidatos.

De qualquer sorte, esta primeira aproximação com o tema esclarece, mas não resolve em definitivo a questão. A controvérsia continua com relação à análise de quando e em que

²⁸⁸ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 99.

²⁸⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 190.

²⁹⁰ *Ibid.* p. 191.

medida essas qualidades pessoais e ideológicas formam parte da aptidão requerida para o trabalho.

Assim sendo, no que se refere às tarefas neutras, a resposta é quase que unânime na doutrina: a aptidão para executar corretamente estas prestações não exige, de forma alguma, a participação do trabalhador na tendência²⁹¹.

A vigilância de um edifício, a limpeza de uma sede administrativa de um partido político, não requer uma especial aptidão ideológica do trabalhador. Por isso, nesses casos, devem-se rechaçar todas aquelas investigações ou discriminações baseadas em motivos morais, políticos, sindicais ou religiosos.

Evidentemente, esses trabalhadores poderão ser destinados, ao longo da carreira, à realização de tarefas de tendência. Contudo, esta mera possibilidade não pode impor um controle preventivo da ideologia do candidato. De fato, poderá ser realizado esse controle, uma vez instaurada a relação empregatícia, como requisito prévio à possível ascensão do trabalhador para determinadas funções. Ainda nas tarefas neutras, cumpre ressaltar que não parece razoável reconhecer o direito da organização em somente contratar filiados ou simpatizantes de sua ideologia, uma vez que o trabalho é um bem escasso. Este tipo de valoração pode trazer uma violação das liberdades “negativas” do trabalhador, uma pressão excessiva da organização que influencie ilicitamente na vontade do candidato em filiar-se ou associar-se à mesma²⁹².

Muito mais complexa e discutível apresentam-se, por outro lado, estas controvérsias no âmbito das tarefas de tendência. Isso, porque nessas funções é inquestionável o conteúdo ideológico da prestação que obriga o candidato a possuir, pelo menos, certo grau de conhecimento e de respeito à mensagem difundida pela entidade. Esse tipo de atividade não pode ser exercida por uma pessoa cuja oposição à ideologia da organização seja pública e notória ou que careça de conhecimentos básicos sobre a mesma.

Deste modo, importa destacar que, no que tange às tarefas de tendência, é necessária a adesão do candidato à ideologia difundida pela entidade. A função especial de porta-voz, o exemplo público da ideologia, seu caráter de órgão de propagação e difusão da ideologia sustentada pelo ente conduz, inevitavelmente, a uma adesão pública e notória do trabalhador à

²⁹¹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 192.

²⁹² *Ibid.* p. 193.

mensagem difundida pela entidade, uma adesão sem a qual, a própria prestação não poderia ser útil²⁹³.

Portanto, nestas funções ideológicas, não há outra saída senão admitir a licitude das investigações e/ou valorações que versem sobre a adesão pessoal do candidato à mensagem da instituição. Assim, na medida em que a dita adesão faz parte da aptidão ideológica exigida por este tipo peculiar de prestação, será possível valorá-la como critério de distinção entre os candidatos.

Deste modo, deve-se reconhecer como critério de seleção a possível afinidade ideológica entre as partes, além de absolutamente válido e legítimo na medida em que possa assegurar, facilitar, melhorar e aperfeiçoar o cumprimento da prestação. Contudo, isso não deixa claro se realmente esta afinidade ideológica permite ou assegura uma melhor execução da prestação, ou se esta presunção é simplesmente um preconceito generalizado desprovido de qualquer base objetiva, ou se é um preconceito encoberto por motivações que não a aptidão para o trabalho, o que não seria admissível pelo ordenamento jurídico pátrio²⁹⁴.

Portanto, em definitivo, seria necessário comprovar, casuisticamente, se a adesão ou afinidade entre as partes assegura, verdadeiramente, o mais correto cumprimento da prestação ou se, ao revés, se trata de uma falsa ou interessada suposição sem fundamento objetivo na concreta prestação laboral. Assim, na primeira hipótese, nada deve impedir a investigação, de outro lado, deve rechaçar esta mesma possibilidade e considerar tal critério como inconstitucional e claramente discriminatório.

6.1.2 Diligência e Boa-Fé na Fase Pré-Contratual: Dever de Informação e Possibilidade de Responder a Perguntas Ilícitas

Não existe nenhum preceito que imponha, em relação às organizações de tendência, em especial, expressamente aos candidatos o dever de informar sem que seja requerido previamente, sobre sua ideologia, crenças ou aptidão ideológica.

²⁹³ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. *Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 194.

²⁹⁴ *Ibid.* p. 196.

Nestas relações somente ocorre uma ampliação das matérias sobre as quais pode a instituição investigar e sobre as quais deve o trabalhador responder, mas sem que isso gere uma obrigação de informar diretamente a cargo do candidato. Na realidade, essa obrigação somente surge quando tais qualidades ou opiniões não puderem ser conhecidas pelo empregador, utilizando a diligência usual, ou quando o candidato verifique um erro ou confusão do empregador durante as tratativas preliminares²⁹⁵.

Por isso, o candidato a uma função de tendência somente está obrigado a responder corretamente a todas aquelas questões que versem sobre sua aptidão ideológica, ou esclarecer os possíveis equívocos que sobre a mesma puder incorrer o empregador. Porém, jamais estará obrigado a informar espontaneamente as mesmas, salvo se verifique um erro por parte da instituição ou se trate de dados de difícil acesso para a entidade.

Em contrapartida, estes deveres de informação sobre os aspectos ideológicos não alcançam, em absoluto, o candidato a uma tarefa neutra que, por definição, não está obrigado nem a informar, nem a responder a todas as perguntas (ilícitas, portanto), que versem sobre suas crenças ou opiniões ideológicas. Nem o dever de boa-fé, tampouco o dever de diligência podem obrigá-los a informar ou responder sobre aspectos ou características sem influência alguma sobre a aptidão para o trabalho²⁹⁶.

Isso, porque, nesses casos, não existe uma violação do dever de informar que se possa considerar como uma conduta maliciosa ou fraudulenta. Na maior parte dessas situações, o candidato carece, inclusive, do ânimo de enganar que caracterizam estas manobras insidiosas. Ademais, a compensação de culpa e a falta de toda a diligência por parte do empregador devem impedir a utilização pelo mesmo como causa de anulação do contrato²⁹⁷.

Portanto, quando por sua própria negligência, a instituição ideológica contrate um trabalhador inapto para realizar determinada tarefa de tendência, a instituição não poderá anular por dolo ou erro tal contrato, tampouco resolver disciplinarmente o mesmo, dado o caráter involuntário e inculpável dos possíveis descumprimentos do empregado.

Com relação à possibilidade ou não de responder falsamente as perguntas ilícitas da organização, é correto afirmar a absoluta inexigibilidade do dever de informar e a conseguinte irrelevância da declaração. Primeiro, porque a boa-fé que vincula o trabalhador não pode

²⁹⁵ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 208.

²⁹⁶ *Ibid.* p. 209.

²⁹⁷ *Ibid. loc. cit.*

chegar ao extremo de exigir-lhe uma conduta eticamente irretocável frente a um prévio comportamento ilícito e abusivo do empregador. A ruptura da boa-fé por parte deste último exime o candidato do cumprimento exato das obrigações derivadas deste mesmo dever²⁹⁸.

Sobre o tema, o Tribunal Federal do Trabalho alemão tem destacado que, quando a entidade empregadora realiza questionamento de cunho pessoal que não esteja ligado à ideologia objeto da prestação laboral, o candidato tem o direito de mentir. Em outras palavras, quando o trabalhador se depara com pergunta que lesiona seu direito de intimidade, esse tem a prerrogativa de dar uma resposta falsa e incorreta sem que isso suponha uma transgressão ao dever de fidelidade ou lealdade laboral²⁹⁹.

Por último, importa destacar que os citados deveres de informação também competem igualmente ao empresário. Esse deve comunicar os termos, prazos, os elementos essenciais do contrato e as principais condições de execução da prestação laboral. Disso resulta que, nas organizações de tendência, o empregador deverá, além de informar a ideologia que sustenta o ente e as diversas obrigações que da mesma deriva para cada um dos trabalhadores, deverá, também, constar do contrato essas obrigações decorrentes da ideologia sustentada pela organização.

6.2. DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO IDEOLÓGICO

Neste tópico será enfrentada a questão da limitação/ponderação aos direitos fundamentais que ocorre em virtude da colisão de direitos fundamentais, tanto do empregado, quanto do empregador. Assim, verificar-se-á até que ponto pode-se limitar a liberdade de empresa e as faculdades de direção do empregador em virtude da liberdade de expressão, do direito à imagem e da intimidade do empregado e, a contrário senso, até que ponto é possível a limitação dos direitos fundamentais pessoais do empregado em decorrência dos direitos fundamentais do titular da organização.

²⁹⁸ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 211.

²⁹⁹ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 199.

6.2.1 Os Limites à Faculdade de direção do Empregador Ideológico

Em princípio, é necessário ressaltar que, nestas relações ideológicas, a faculdade de direção e controle empresarial não altera, em absoluto, sua conhecida natureza, estrutura e conteúdo que já foram objeto de capítulo próprio.

Nestes contratos, obviamente, a faculdade de direção não se exercita sobre uma tarefa estritamente técnica ou profissional de forma diferente dos demais contratos de trabalho. O conteúdo da prestação laboral, prestação essa que vincula contratualmente o trabalhador, vem carregado de uma inseparável carga ideológica que deve modular os possíveis poderes empresariais deduzidos do contrato. O trabalhador portador de tendência não se vincula simplesmente a difundir determinados conteúdos ou a refletir uma determinada realidade. Na verdade, o próprio contrato é que obriga a separar, conformar e adequar essa realidade à ideologia e crenças que sustentam a organização³⁰⁰.

Assim, no contrato de trabalho com os trabalhadores portadores de tendência, a faculdade de direção do empregador não será reduzida a simples aspectos técnicos da prestação – como o tempo e o lugar – que estão presentes em qualquer prestação. Contudo, o aspecto especialmente controvertido, no seio das organizações de tendência, se centra na possibilidade de o empresário dar ordens ou advertências sobre comportamentos ou opiniões do trabalhador emitidos ou realizados fora do horário e local de trabalho.

Como regra geral, é óbvio que o empregador carece de toda legitimidade para interferir, organizar ou vigiar a vida privada de seus trabalhadores. As faculdades de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinar do empresário, consoante já noticiado em capítulo próprio, somente abarcam aqueles comportamentos que sejam contratualmente devidos pelo empregado. E, embora possa parecer o contrário, esta mesma regra deve aplicar-se nas organizações de tendência³⁰¹.

Deste modo, também nestes contratos, a faculdade de direção do empregador somente poderá abarcar o espaço definido e ocupado pelos deveres deduzidos do contrato. A única peculiaridade ocorre no contrato com empregados que realizam tarefas de tendência, em que o conteúdo da prestação e a atividade da entidade englobam certas atitudes ou comportamentos

³⁰⁰ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 216.

³⁰¹ *Ibid.* p. 218.

extralaborais que, normalmente, seriam irrelevantes, e passam a ser agora o núcleo dos deveres impostos pela boa-fé³⁰².

Sendo assim, a faculdade de direção do empregador somente se estenderá às atitudes que digam respeito ou que façam parte da ideologia imposta pela boa-fé fora do local e horário de trabalho. Em contrapartida, essa faculdade não abrangerá aqueles comportamentos que, por desenvolver-se num âmbito estritamente privado ou por ter por objeto aspectos ideológicos diferentes da prestação, carecem de conexão com as obrigações ideológicas deduzidas do contrato. Qualquer controle ou ordem que o empresário poderia realizar sobre estes últimos atos ou, em geral, qualquer vigilância que englobe atitudes e/ou comportamentos da vida íntima do trabalhador, sem relevância contratual alguma, devem ser consideradas como ilícitas³⁰³.

Ademais, por razões similares, tampouco se pode dizer que a faculdade de direção do empresário abarque diretamente aqueles atos destinados a conservar a capacidade laboral ou a preparar a prestação principal.

Isso, porque o empregador pode somente advertir as possíveis consequências negativas que os seus atos possam ter sobre a posterior execução da prestação principal. O empregador é quem, livremente, deve organizar seu comportamento e vida privada de forma que permita executar corretamente a prestação principal já que, a princípio, somente o descumprimento da obrigação principal pode ser sancionado pelo empresário. A natureza acessória do dever de boa-fé cuja mera violação é, por si só, irrelevante, não parece permitir outra solução ao intérprete³⁰⁴.

O último aspecto a ser ressaltado é a possível existência, dentro destas organizações, de algumas especialidades no que tange a ascensão, mobilidade funcional ou *ius variandi*.

Nesse sentido, é evidente que a entidade poderá estabelecer, lícitamente, certos controles ideológicos destinados a comprovar a aptidão do empregado quando este ascenda ou seja transferido de uma função neutra para outra portadora de tendência. Este tipo de teste, que, no momento da contratação, seriam ilícitos (por terem sido contratados para funções

³⁰² GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 216

³⁰³ *Ibid.* p. 219.

³⁰⁴ *Ibid. loc. cit.*

neutras), passam a ser plenamente legítimos e constitucionais sempre que sejam necessários para assegurar o melhor ou o mais correto cumprimento da prestação laboral³⁰⁵.

Entretanto, convém ressaltar que estes mesmos critérios não poderão ser utilizados jamais naquelas ascensões entre funções neutras em que a afinidade ideológica ou a adesão à ideologia não constitui uma necessidade objetiva imposta pela prestação do trabalho.

Outrossim, possibilidade que se apresenta ainda mais complexa é quando o próprio trabalhador rechaça este tipo de modificação, alegando o possível atentado que sua dignidade e imagem pública podem vir a sofrer em decorrência do exercício de função distinta à qual foi originalmente contratado.

Nesse caso, é possível que um empregado contratado para uma função neutra considere como absolutamente vexatória ou contrárias à sua consciência aquelas novas obrigações para cujo cumprimento haveria que difundir um credo que não compartilhe em seu foro íntimo³⁰⁶.

Deste modo, essa mobilidade poderia impor uma permanente limitação de seus direitos constitucionais distinta e mais intensa que aquela pactuada originariamente no contrato. Por isso, o respeito às liberdades do indivíduo deve obrigar a instituição a buscar e adotar, preferencialmente, soluções alternativas que pressuponham o respeito ou mínima interferência na esfera de direitos constitucionais do empregado, como, por exemplo, a utilização de outros empregados de tendência (para os quais a nova posição laboral não se torne uma ampliação de seus deveres laborais anteriores), ou, no caso dos trabalhadores neutros, seja escolhido aquele que admita, voluntariamente a alteração da função.

6.2.2 Os Limites à Liberdade de Expressão e Informação nas Organizações de Tendência

Outro ponto que gera conflito no desenvolvimento da relação de trabalho nas organizações de tendência diz respeito às possíveis restrições a que pode ser submetida a liberdade de expressão deste grupo de trabalhadores em matéria política, sindical ou religiosa.

³⁰⁵ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. *Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 219.

³⁰⁶ *Ibid*, p. 220.

Salienta Antônio García Noriega que a liberdade de expressão dos trabalhadores exercita-se em três campos distintos: individualmente, perante terceiros; individualmente, frente à empresa; e no exercício da atividade sindical³⁰⁷.

Nesse sentido, importante destacar que se está diante de um direito constitucional e, por isso, os trabalhadores de tendência têm o direito de expressar suas opiniões bem como de não expô-las. Naturalmente, resulta questionável que os trabalhadores, apenas por prestarem serviços em uma organização de tendência, encontrem-se impedidos de expressar suas opiniões, dentro e fora do local e horário de trabalho, contudo, essa liberdade, não pode ser exercida de forma irrestrita e ilimitada, conforme se verá adiante³⁰⁸.

Ademais, nas organizações de tendência, verifica-se uma intensidade ideológica tal que exige do seu pessoal um mínimo respeito ao ideário e, em função do cargo que ocupam, um dever de promover e defender de maneira ativa os valores, crenças e ideias destas organizações, assim como acentuam-se os deveres pessoais, que atuam como fator de limitação de sua liberdade de pensamento e de expressão. Em outras palavras, em virtude do ideário da organização de tendência existe a necessidade de delimitar a liberdade de expressão de alguns trabalhadores, contudo, apenas aquelas manifestações relacionadas ao ideal da organização³⁰⁹.

Como se sabe, a doutrina e jurisprudência vêm rechaçando a licitude de qualquer modulação dessas liberdades baseada ou justificada na estipulação de um contrato de trabalho. As declarações ideológicas, morais ou religiosas de um trabalhador não podem ser consideradas, *a priori*, como uma crítica dolosa para a organização. Do mesmo modo, tampouco pode-se pressupor uma violação do dever de boa-fé ou uma diminuição injustificada de sua capacidade para executar corretamente a prestação, em virtude de toda e qualquer manifestação. Daí que a limitação destas liberdades careceria de qualquer justificação contratual, tornando-se inconstitucional e, portanto, plenamente ilegítima³¹⁰.

Entretanto, estas observações não podem ser aplicadas indiscriminadamente àqueles trabalhadores que não estejam adstritos a uma empresa de tendência. Nestas hipóteses, o conteúdo peculiar de algumas funções e a peculiar atividade da organização podem

³⁰⁷ NORIEGA, Antônio García. **Limites a la Libertad de Expression por Motivos Profesionales**. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p. 104.

³⁰⁸ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 204.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 205.

³¹⁰ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 220.

transformar tais manifestações em uma crítica danosa à entidade, em uma possível violação do dever de boa-fé ou supor, por último, uma hipotética limitação na aptidão laboral do empregado. Na medida em que as mencionadas consequências se produzam, haverá que reconhecer a inevitável repercussão contratual das expressões do trabalhador e a conseguinte necessidade de limitar esse direito e aqueles outros que servem de instrumento de exercício das atividades da organização³¹¹.

Desta forma, não se está afirmando a ilicitude de toda manifestação ou expressão ideológica realizada por qualquer trabalhador de uma organização de tendência. A tutela da organização, especificada contratualmente, não alcança, por exemplo, aquelas expressões dotadas de um conteúdo ideológico absolutamente alheias à mensagem difundida pela organização ou que, por seu âmbito de difusão familiar ou privado, careçam de qualquer alcance público.

A defesa da tendência, estruturada mediante as obrigações deduzidas do contrato, não pode alcançar a consciência íntima do empregado e, tampouco, aqueles aspectos desconectados da prestação ou da atividade realizada pela entidade.

Em verdade, somente aquelas declarações ideológicas conhecidas e/ou difundidas publicamente pelo trabalhador que versem ou estejam relacionadas com a mensagem difundida pela organização poderão ter alguma relevância sobre o plano contratual e, portanto, estar vedadas ao empregado. Somente essas declarações, críticas ou manifestações podem incidir na caminhada ideológica da instituição, em sua imagem ou credibilidade pública e na aptidão moral, política, sindical ou religiosa do indivíduo³¹².

De qualquer modo, não parece razoável estabelecer uma regra geral que permita determinar, com exatidão, os limites a que se sujeita a liberdade do trabalhador. Isso, porque a valoração das manifestações requer a análise de diversos fatores e circunstâncias variáveis em cada situação de fato. A função crítica, informativa ou meramente declaratória destas expressões, o ânimo de difusão das opiniões, as dimensões da localidade e o grau de flexibilidade da ideologia sustentada pela organização são aspectos que devem ser levados em consideração na valoração destas manifestações.

³¹¹ GALLEGÓ, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 221.

³¹² *Ibid. loc. cit.*

Na tentativa de sistematizar este complexo panorama, demonstra-se relevante a análise, primeiramente, da licitude de todas aquelas críticas ou ataques que o trabalhador dirigir à ideologia ou algum dos aspectos ou mensagens difundidas pela organização³¹³.

Ocorre que, para a verificação da licitude das declarações do empregado das organizações de tendência, não é necessário a utilização de critérios distintos aos comumente já utilizados pela doutrina e jurisprudência no caso de empresas que não têm como principal objetivo a difusão de determinada ideologia. Assim como nas empresas em geral, no caso das organizações de tendência, também será necessário valorar o ânimo ou a finalidade que move o empregado, o conteúdo informativo ou não das críticas feitas por este, a veracidade dessas críticas, bem como a adequação do comportamento do empregado às exigências subjetivas e objetivas impostas pela boa-fé em função da prestação desenvolvida por este.

Sob esta perspectiva, nenhum empregado de uma organização de tendência poderá realizar um ataque público, direto e mal intencionado ao produto, que neste caso é ideológico, difundido pela organização. A presença de um claro *animus nocendi* transforma em abusivo o lícito exercício de sua liberdade de expressão. Estas manifestações violariam, portanto, o dever de boa-fé que modula e limita a atuação destes direitos, permitindo, inclusive a resolução do contrato de trabalho por justa causa³¹⁴.

Sobre essa questão, interessante destacar a sentença do Tribunal Constitucional da Alemanha. Determinados médicos de um hospital, dirigido por uma organização religiosa, escreveram uma declaração pública onde se dizia que, em certos casos, deveria se admitir o aborto. Ante essa atitude, os diretores do hospital decidiram despedir estes trabalhadores, uma vez que suas declarações haviam sido contrárias ao ideário católico que reprime o aborto. O Tribunal Constitucional da Alemanha sentenciou a favor do empregador ideológico, sob o fundamento de que a liberdade de expressão representa um comportamento desleal e abusivo perante o empregador³¹⁵.

No caso em comento, está-se diante de um posto ideológico onde o trabalhador não poderia efetuar declarações públicas contrárias à ideologia da instituição. Note-se que não se trata de uma opinião fundada em uma causa científica, mas que supõe uma valoração de bens em que a Igreja Católica tem uma posição firme.

³¹³ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 222.

³¹⁴ *Ibid. loc. cit.*

³¹⁵ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 207.

Obviamente que este descumprimento será tanto mais grave quanto mais alta seja a função desenvolvida pelo trabalhador. Contudo, isso não implica, logicamente, que alguns trabalhadores destas organizações possam estar exonerados deste dever, consoante já fora visto anteriormente. A necessidade de salvaguardar a estabilidade (neste caso ideológica) da organização, seu bom nome e sua imagem perante a clientela é uma obrigação exigível a todos e a cada um desses trabalhadores, seja nas organizações de tendência, seja em qualquer empresa, incluindo, neste caso, os empregadores destinados à funções neutras.

Por outro lado, não se deve olvidar que na qualificação destas críticas, deve-se valorar, igualmente, um conjunto de fatores que podem incidir no dano gerado à empresa. A existência de um conflito no seio do grupo, a maior ou menor flexibilidade da ideologia difundida pelo ente, sua possível atuação precedente frente a este tipo de ato, a publicidade que os mesmos tenham alcançado e a repercussão real destas manifestações sobre sua clientela ideológica serão, todos estes, critérios necessários para determinar a gravidade da infração e a consequente sanção³¹⁶.

Esta argumentação deve relativizar-se naquelas ocasiões em que as manifestações, embora sejam críticas para a entidade, tenham um conteúdo informativo de possíveis irregularidades cometidas por estas instituições. A relevância pública e social destes entes e as funções que lhes são constitucionalmente confiadas podem transformar certos dados, normalmente irrelevantes, em fatos noticiosos de incontestável interesse público³¹⁷.

Assim, estes casos assumem importância no plano constitucional já que, não se estaria frente a uma simples manifestação da liberdade de expressão. Estas críticas pressupõem o exercício de outra liberdade, a de informação, que por sua inquestionável função social aparece dotada de uma preferência quando da ponderação com outros direitos, valores e bens constitucionalmente garantidos³¹⁸.

Outrossim, muito diferente deve ser a valoração daquelas outras manifestações ou atos em que, sem o ânimo de causar dano, criticar, ou atacar a entidade, o empregado expresse simplesmente sua não participação ou adesão pessoal na mensagem ou ideário difundido pela entidade. A valoração destas declarações ou comportamentos dependerá, fundamentalmente, de duas variáveis: de um lado, a função desenvolvida pelo trabalhador e, de outro, a possível

³¹⁶ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 223.

³¹⁷ *Ibid*, p. 224.

³¹⁸ *Ibid*, *loc. cit.*

influência que as mesmas exercem ou podem exercer sobre a aptidão “ideológica” do empregado, ou sobre os deveres de comportamentos deduzidos da boa-fé³¹⁹.

Neste viés, já foi dito que tais manifestações não devem ter repercussão alguma sobre aqueles contratos cuja prestação tenha um conteúdo meramente técnico ou administrativo. Os trabalhadores destinados à realização de tarefas neutras podem proclamar, livremente, sua adoção a outra fé, crença ou mensagem sempre que, ao fazê-lo, não realize ataque doloso e mal intencionado contra a ideologia sustentada por seu empregador. As obrigações contratuais não autorizam nenhuma outra limitação distinta desta.

Em contrapartida, quando essas mesmas atuações sejam realizadas por um trabalhador portador de tendência será necessário distinguir a intensidade do conteúdo ideológico da prestação. Consoante já fora dito anteriormente, nas relações laborais de conteúdo ideológico fraco, as discrepâncias políticas, sindicais ou religiosas são possíveis e lícitas sempre que o trabalhador respeite a mensagem difundida pela instituição (boa-fé) e que as ditas manifestações não o impeçam de executar corretamente seu mister³²⁰.

Assim, nestes contratos ideológicos “fracos”, a determinação daqueles comportamentos nos quais se concretizam ambas as obrigações é um problema que deve ser analisado segundo as concretas exigências impostas por cada função. Evidentemente que, nestas situações, não é admissível uma discordância pública, permanente e absoluta com os principais dogmas ou ideias da organização, como também não seria constitucional exigir ao empregado uma permanente fidelidade ideológica à entidade³²¹.

Definitivamente, o trabalhador ideologicamente fraco, embora discordando de determinados postulados ideológicos da organização, tem apenas o dever negativo, ou seja, deve evitar comportamentos que possam ser interpretados como um desafio público e notório à entidade e à mensagem difundida pela mesma. Nesse sentido, não é possível ajustar-se a este dever uma atitude do empregado que voluntariamente desse uma ampla publicidade a tais discordâncias, ou que se ostente publicamente as mesmas. Este tipo de manifestação, além de constituir uma violação da boa-fé, ao influir na imagem pública do empregador, poderiam provocar, ao mesmo tempo, uma diminuição em sua aptidão ideológica para o trabalho, que lhe impediria de executar corretamente a prestação.

³¹⁹ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 224.

³²⁰ *Ibid.* p. 225.

³²¹ *Ibid, loc.cit.*

Por fim, com relação aos trabalhadores que desenvolvem suas tarefas especificamente destinadas à criação, difusão ou prática de uma determinada ideologia ou credo, denominadas de ideologicamente fortes, parece razoável que se pretenda algo além do simples respeito à mensagem difundida pela entidade. Nestas funções de conteúdo fundamental e exclusivamente ideológico, a boa-fé se conjuga com uma fidelidade ideológica sem a qual a prestação não poderia ser realizada³²².

Por isso, estes trabalhadores (ideologicamente fortes) devem assumir pública e externamente as mensagens impostas por suas respectivas organizações e somente poderão discordar das mesmas nas estreitas margens nas quais se permita o vínculo associativo ou religioso que os une com sua comunidade. Qualquer manifestação contrária à ideologia da organização, que ultrapasse estes limites, poderia provocar a incapacidade ideológica superveniente do empregado para este tipo peculiar de função.

6.3 DA FASE EXTINTIVA DO CONTRATO DE TRABALHO

Com relação à extinção da relação empregatícia, deve-se abordar, principalmente, a questão da dispensa ideológica nas organizações de tendência, ou seja, uma dispensa perpetrada pelo empregador, pelo fato do empregado não mais se alinhar à ideologia organizacional, investigando, sobretudo, se esse tipo de dispensa seria discriminatória ou não.

Nesse sentido, importante destacar que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade nas dimensões formal (igualdade perante a lei, art. 5º, I) e material (igualdade na lei, art. 3º, IV), tendo como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³²³.

A proibição da discriminação, como vertente negativa do princípio da igualdade, é enfatizada no art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII da Carta Magna. O art. 5º, inciso XLI, da

³²² GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 226.

³²³ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

Lei Maior, estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais³²⁴.

Nesse sentido, consoante já noticiado, a Lei 9.029/95, que trata sobre práticas discriminatórias na relação de trabalho, no seu art. 4º, estabelece que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, também corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais³²⁵.

A Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, por seu turno, regula genericamente a discriminação, proibindo-a em todas as suas formas e por qualquer motivo³²⁶. A questão a resolver é saber se, nas organizações de tendência, qualquer dispensa por motivo ideológico, denominada neste trabalho de dispensa ideológica, deve ser considerada discriminatória.

Importante destacar que o princípio da não discriminação é uma faceta do princípio da igualdade e uma regra de exceção, de forma que os indivíduos que se encontram em pé de igualdade devem ser objeto do mesmo tratamento, sendo que o tratamento diferenciado somente se justifica para igualar desigualdades fáticas e promover a igualdade real.

Sendo assim, é possível vislumbrar situações nas quais o conflito entre os direitos fundamentais pessoais do trabalhador e a autonomia privada do empregador devem resolver-se em favor deste. Isso porque a liberdade de empresa tem precedência ao fundar-se em fatores relacionados com a atividade profissional, o serviço contratado ou ainda com a natureza do empregador ou da atividade econômica por este desenvolvida.

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante destacar que a noção de que a natureza da atividade profissional ou do serviço pode demandar um tratamento diferenciado é frequente na doutrina. Isso, porque “em certa medida, a exigência de qualificação física, psicológica ou técnica para o exercício de diversas profissões, sobretudo as legalmente

³²⁴ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

³²⁵ BRASIL. **Lei 9.029 de 13 de Abril de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em 15/01/2015

³²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111 da OIT**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>> Acesso em: 26/11/2014

regulamentadas, já impõe a necessidade de diferenciação de tratamento entre trabalhadores”³²⁷.

É o caso das organizações de tendência que, mesmo nos países que não possuem legislação específica, em função da sua natureza, têm geralmente obtido, no que tange às normas de não discriminação no emprego, um tratamento diferenciado, que pode advir de preceitos legais ou eventualmente de interpretação jurisprudencial.

Nesse sentido, insta salientar que, nas organizações de tendência, além de impor ao empregado portador de tendência sua ideologia como causa legitimadora do cumprimento da prestação laboral, é a organização quem determina se inidônea a causa do dissenso ideológico daquele. Ademais, se, em caráter geral, não se pode afirmar a existência de um direito do empregado a rechaçar a prestação a que está contratualmente obrigado, quando a execução contradiga sua própria ideologia, com maior razão se pode negar nas organizações de tendência³²⁸.

A este respeito, a ideologia da organização é pressuposto indispensável para a existência da atividade, do contrário, restaria seriamente comprometida a realização de sua finalidade e lesionada a sua liberdade organizativa, por isso determinadas condutas que normalmente seriam consideradas como discriminatórias não o são quando ocorrem nas organizações de tendência³²⁹.

A reação do empregador, frente ao dissenso do trabalhador, nem sempre pode ser qualificada como discriminatória. Isso porque, nos termos do art. 1.2 da Convenção nº 111 da OIT, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação³³⁰.

É a expressão das crenças ou ideologias que podem dar lugar a condutas empresariais discriminatórias. O que ocorre é que, se, na realização de tarefas ideológicas, podem produzir atos que, em qualquer outra relação poderiam ser qualificados como discriminatórios, nas

³²⁷ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 250.

³²⁸ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 103.

³²⁹ *Ibid*, p. 104.

³³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111 da OIT**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>> Acesso em: 26/11/2014

organizações de tendência, estes mesmos atos estariam justificados e poderiam dar lugar à extinção do contrato de trabalho³³¹.

Em outras palavras, quando se está na presença de tarefas com conteúdo ideológico, em que sua realização coincide com o fim político, sindical ou religioso do empregador, verifica-se uma autolesão na figura antidiscriminatória e evidencia-se uma causa implícita justificadora de sua violação: porque aquela proibição sofre uma exceção, posto que a discriminação ideológica do trabalhador vem autorizada somente no que diz respeito à ideologia da organização. A proibição de não discriminação, contudo, não sofre exceção para aqueles trabalhadores cujas tarefas tenham um conteúdo neutro.

Diante da variada casuística que a realidade pode apresentar, é aconselhável renunciar ao estabelecimento de uma doutrina geral apriorística. Contudo, é imprescindível a fixação dos critérios a seguir.

Em primeiro lugar, para que o empregador possa dispensar o empregado, sem justa causa, sem que isso configure uma dispensa discriminatória, é necessário que se trate de um empregado portador de tendência, ou seja, um empregado que tenha como atribuição a difusão da ideologia da organização ou que represente publicamente a mesma.

É ainda necessário que, no ato da contratação, o empregador tenha exigido do referido empregado, àquela época candidato à vaga de emprego, alinhamento à ideologia da organização, informando-o, inclusive, da necessidade de respeito e defesa da linha ideológica da organização.

Em terceiro lugar, é imprescindível que o empregado, sem consentimento do empregador, tenha passado, ao longo do contrato de trabalho, a contrariar as diretrizes ideológicas da organização, mesmo que somente *interna corporis*, afinal, no âmbito de uma organização de tendência, o meio ambiente laboral requerer o alinhamento dos trabalhadores portadores de tendência à ideologia organizacional. Contudo, não basta alegar a mudança ideológica do trabalhador, seria preciso demonstrar o grau de repercussão no cumprimento da prestação, que torne impossível o correto desenvolvimento de todas ou principais tarefas³³².

Cumpridos esses requisitos, pode o empregador, portanto, dispensar o empregado, sem justa causa, em face da incompatibilidade ideológica, sem que isso, neste caso específico das organizações de tendência, configure uma dispensa discriminatória.

³³¹ RIVERO, Glória P. Rojas. **La Libertad de Expresión del Trabajador**. Madrid: Trotta, 1991, p. 212.

³³² GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 106.

Se, entretanto, além de não mais se compatibilizar com a linha ideológica da organização, o empregado passar a fomentar internamente perante os demais empregados contra a vontade destes, expor externamente perante terceiros a sua mudança ideológica, ou denegrir publicamente a ideologia da organização, até então sua empregadora, a dispensa, neste caso, poderia, se preenchidos os demais requisitos, ser na modalidade por justa causa, consubstanciada em um ato de indisciplina (descumprimento de ordem geral) ou, se for o caso, insubordinação (descumprimento de ordem específica), nos termos do artigo 482, h, da CLT³³³.

Por fim, vale destacar que, nestes casos das organizações de tendência, não há falar sequer no dever de acomodação pelo empregador. Segundo Aloisio Cristovam dos Santos Junior, o dever de acomodação consiste na “(...) atribuição ao empregador do dever de promover uma acomodação razoável das práticas religiosas de seus empregados”³³⁴.

O referido instituto foi criado nos Estados Unidos, contudo, a ideia tem ganhado força em outros ordenamentos jurídicos, mesmo em países onde não há a imposição legal do dever de acomodação, como é o caso de Portugal, Espanha e Reino Unido³³⁵.

No que tange à aplicação no Direito brasileiro, o dever de acomodação também poderia ser aplicável, uma vez que “(...) o fato religioso é valorado positivamente pelo constituinte, que se preocupou não apenas em estender sobre ele uma rede de proteção, mas em certa medida até mesmo facilitar-lhe a expressão”³³⁶.

Contudo, adverte Aloisio Cristovam dos Santos Junior que:

(...) o dever de acomodação 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, desde que se considere que a realização de sua missão institucional reclama a prerrogativa de criar ambientes de trabalho ideologicamente homogêneos³³⁷.

Como se vê, o dever de acomodação não seria aplicável às organizações de tendência, desde que se considere que a realização de sua missão institucional necessita da prerrogativa de criar ambientes de trabalho ideologicamente homogêneos.

³³³ BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

³³⁴ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 234.

³³⁵ *Ibid. loc. cit.*

³³⁶ *Ibid.* p. 240.

³³⁷ *Ibid.* p. 242.

E quando é o empregador que altera sua ideologia? E se abusar do seu direito de “discriminar”? Pode o empregado considerar seu contrato de trabalho rescindido por justa causa patronal?

Nesse sentido, entende-se que é possível a rescisão do contrato de trabalho quando a organização alterar significativamente a ideologia que portava anteriormente como é o caso, por exemplo, do jornalista que labora em um meio de comunicação que altera sua ideologia de forma tal que não mais se coaduna com os seus ideais.

Tema mais controvertido é se a prática discriminatória do empregador constitui justa causa para a rescisão indireta do contrato de trabalho. Neste caso, entende-se que a referida conduta do empregador pode ser enquadrada no art. 483, alínea “e” da CLT³³⁸, vale dizer, quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Entretanto, Aloisio Cristovam dos Santos Junior suscita a seguinte questão: “a conduta discriminatória praticada pelo empregador implica sempre ato lesivo da honra?”³³⁹. Para que se possa analisar essa questão deve-se avaliar o sentido que se dá à expressão, isto é, se lhe é feita uma interpretação mais ampla ou mais restrita.

Segundo uma interpretação mais restrita, os atos lesivos contra a honra devem coincidir com os delitos contra a honra previstos no Código Penal. Orlando Gomes e Élson Gottschalk, defensores dessa concepção, afirmam que “o ato lesivo da honra e a boa fama envolve os elementos característicos dos crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria”³⁴⁰.

Já a interpretação mais ampla é no sentido da desnecessidade de se recorrer ao tipo penal para a configuração do ato lesivo da honra, “considerando que toda ação do empregador que dispense aos seus empregados tratamento desrespeitoso importaria em justa causa”³⁴¹.

Ocorre que nem sempre a discriminação perpetrada pelo empregador configurará um crime contra a honra, apesar de ter sofrido um tratamento desrespeitoso que abalou sua honra e trouxe sofrimentos. Portanto, a interpretação mais ampla demonstra-se a mais adequada, neste caso, uma vez que responde à necessidade de se conferir ao empregado um instrumento

³³⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280>. Acesso em: 31/12/2014.

³³⁹ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 268.

³⁴⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 372.

³⁴¹ SANTOS JUNIOR, *op. cit.*, p. 269.

apto a salvaguardar sua dignidade pessoal em face dos abusos cometidos pelo empregador que violentem a sua consciência.

6.4 ANÁLISE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ALGUNS EMPREGADORES IDEOLÓGICOS TÍPICOS

6.4.1 As Instituições Privadas de Educação

No que tange às instituições privadas de educação, surge o conflito típico entre as liberdades dos proprietários ou promotores do centro de educação sustentado em um ideal, e a liberdade do professor da instituição de sustentar seu ideal.

Importante destacar, inicialmente, que a liberdade e o pluralismo são realidades que se exigem mutuamente para a plena e eficaz vigência de cada um destes princípios, de modo que a efetiva projeção do valor liberdade no sistema de educação (liberdade de cátedra) termina por se consolidar, necessariamente, com a configuração do pluralismo educacional. Assim, fazendo o caminho inverso, é correto afirmar que não haverá pluralismo educacional sem que antes seja reconhecido e materializado o princípio da liberdade, o qual, inclusive, terminará por definir e consolidar a vigência do princípio do pluralismo³⁴². Portanto, na configuração jurídica do sistema educacional devem estar plenamente reconhecidos e vigentes os princípios da liberdade e do pluralismo.

A este respeito surgem as seguintes indagações: pode o professor ter a liberdade de cátedra em uma organização ideológica, ou deve ajustar-se ao ideário da organização? Se o trabalhador tem uma conduta privada extralaboral contrária ao ideais da instituição de ensino, esta última pode terminar a relação laboral validamente?

³⁴² CÓRDOVA, Luis Castillo. **Libertad de Cátedra en una Relación Laboral con Ideário**: Hacia una interpretación armizadora de las distintas libertades educativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 192.

Em primeiro lugar, acerca do tema, o art. 206 da Constituição Federal de 1988 traz como princípios a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; bem como defende o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas³⁴³.

Assim, pois, a liberdade de cátedra constitui um direito fundamental que é a tradução da liberdade de expressão em um âmbito determinado: o educacional. Porém, não é somente proteção da liberdade de expressão, mas também da liberdade de ensinar. Portanto, estas são as principais peças que devem compor o conceito de liberdade de cátedra: por um lado, a liberdade de expressão em si mesma considerada; por outro, a liberdade de ensinar como manifestação do princípio de liberdade no sistema educacional. Trata-se de uma liberdade autônoma, independente das anteriores e que traz um conteúdo complexo que participa, mas não se identifica, nem se esgota com o conteúdo das liberdades de expressão ou de ensino³⁴⁴.

Portanto, a liberdade de cátedra possibilita que seus titulares, os professores, possam transmitir uma série de mensagens (com elementos típicos de toda mensagem: fatos e avaliações), num concreto e definido espaço: o educacional, e em uma determinada posição: a de sujeito integrante de uma relação jurídico-educacional³⁴⁵.

Todavia, a liberdade dos indivíduos que constituem instituições de ensino, neste plano, representa também a concretização da liberdade de consciência, expressão e manifestação do pensamento.

Deve-se destacar que a Constituição, em virtude de sua proteção ampla, possibilita a criação de instituições de ensino com determinados ideais, desde que obedeçam os ditames gerais determinados por esta. Deste modo, tem-se entidades de ensino onde, essencialmente, se verifica um grau acentuado da influência ideológica religiosa. Nestes colégios, se conservam e difundem, de forma obrigatória, determinadas orientações religiosas aos alunos, que assim o fazem por voluntária decisão de seus pais ou responsáveis³⁴⁶.

Assim, o direito reconhecido aos titulares das instituições de ensino de transmitir um ensino ideológico é o resultado da soma da vontade de cada um dos pais ou responsáveis para que seus filhos recebam uma educação de acordo com suas convicções.

³⁴³ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

³⁴⁴ CORDOVA, Luis Castillo. **Libertad de Cátedra en una Relación Laboral con Ideário**: Hacia una interpretación arnizadora de las distintas libertades educativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 310.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 313.

³⁴⁶ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 117.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Espanhol tem decidido o seguinte:

[...] el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, imune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso³⁴⁷.

É importante advertir que deve existir uma convivência harmônica entre o ideal da instituição de ensino com os princípios constitucionais, sem que isso importe um limite ao direito dos titulares das organizações de ensino – e dos pais que escolheram aquela instituição - de dispor das suas orientações morais, religiosas, civis, dentre outras³⁴⁸.

Nesse contexto, as possíveis modulações dos direitos fundamentais do pessoal que labora na área administrativa e docente nas organizações de ensino de tendência podem vir de três fontes, a saber: primeiro, do respeito à livre formação de consciência dos alunos; segundo, do respeito à liberdade de consciência do titular da instituição (e, por conseguinte, seu direito a estabelecer um ideal) e; terceiro, de maneira indireta, do respeito à liberdade de consciência dos pais/responsáveis em sua manifestação como direito de eleger a formação religiosa que preferam para seus filhos³⁴⁹.

Dito isso, insta salientar que a liberdade de cátedra confere ao docente plena liberdade de pensamento e expressão sobre o conteúdo do curso ensinado, desde que se respeite o direito à diferença, e que não se afaste da função social que deve cumprir. A liberdade de cátedra é, por fim, uma consequência de uma sociedade pluralista e da liberdade ideológica de cada professor em manifestar suas ideias sem nenhuma intromissão ou censura³⁵⁰.

Ademais, a liberdade de cátedra pode ser exercida em qualquer centro educacional, seja este uma organização de tendência ou não, bem como seja nas instituições de ensino privadas ou públicas, porque é um direito de expressão do professor. Contudo, deve-se ponderar que as

³⁴⁷ ESPANHA. Supremo Tribunal Constitucional. STC Nº 38/2007 de 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Auto.aspx?cod=22051>. Acesso em 20/11/2014.

³⁴⁸ RIVERO, Gloria Rojas. **La Libertad de Expression del Trabajador**, Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 1991, p. 199.

³⁴⁹ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 118.

³⁵⁰ *Ibid.* p. 119.

instituições de ensino públicas não podem ter ideologia própria e seus docentes não podem doutrinar ideologicamente os alunos em virtude do princípio da neutralidade administrativa³⁵¹.

A liberdade de cátedra, que, na doutrina francesa se configurou a partir da dialética entre o laicismo estatal e a proteção da liberdade de opinião, encontra regulamentação semelhante no ordenamento jurídico espanhol: a Lei Orgânica espanhola nº 7/1980, de 05 de julho, que trata da liberdade religiosa, reconhece o direito dos centros de ensino religiosos a ter e divulgar seu próprio credo; a autonomia interna, mas tendo como limite o respeito aos direitos e liberdades constitucionais e, em especial, aos de liberdade, igualdade e não discriminação; permite que incluam em suas normas internas cláusulas que salvaguardem sua identidade religiosa e caráter próprio, que poderiam se opor à cláusula de consciência dos profissionais que trabalhem nestas organizações³⁵².

Assim, a liberdade de cátedra e a cláusula de consciência convertem-se em especificações da liberdade ideológica do indivíduo enquanto trabalhador. São limites à faculdade de direção de determinados empregadores. Esta especialidade é devida, sobretudo pelo fato de que, tanto o empregador ligado à atividade de ensino, como de comunicação desenvolvem suas atividades como forma de exercer seus direitos fundamentais e, inevitavelmente, ambos encontram-se condicionados a ter que desenvolver suas estratégias através de empregados vinculados a tarefas de conteúdo ideológico³⁵³.

Deste modo, seria razoável que tanto o professor, quanto o jornalista se alinhem ou se insiram em colégios ou meios de comunicação de ideologias similares às suas próprias, a fim de que seu trabalho não seja violentado com parâmetros ou condicionantes que sufoquem ou restrinjam seus pensamentos³⁵⁴.

O ideal, certamente, é uma pacífica convivência na instituição de ensino de tendência, ou seja, uma harmônica relação entre o exercício dos direitos do trabalhador, em especial dos professores (liberdade de cátedra), da instituição de ensino (a sustentação e difusão do conteúdo axiológico da ideologia) e dos pais de família (educação desejada para seus filhos),

³⁵¹ NORIEGA, Antônio García. **Limites a la Libertad de Expression por Motivos Profesionales**. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p. 112.

³⁵² *Ibid.* p. 114.

³⁵³ SAGALÉS, Jaime. **La Cláusula de Conciencia del profesional de la Información como Sujeto de una Relación Laboral**. Valencia: LAEL, 2000, p. 44.

³⁵⁴ *Ibid. loc. cit.*

isto é, uma articulação recíproca entre todos os direitos dos pais, alunos, professores e do titular da instituição de ensino, respeitando sempre o conteúdo essencial de cada um deles³⁵⁵.

Importa destacar, por oportuno, que a análise sobre a forma como se deve resolver estes casos é casuística, de tal maneira que há de se ponderar todos os interesses em jogo para que nem a liberdade de cátedra suplante as faculdades de direção das instituições de ensino ou sua ideologia, e, tampouco, estas faculdades ou ideologia esvazie, por completo, a liberdade acadêmica dos professores.

Assim, dentro do plano das relações laborais, pode-se descrever, brevemente, o alcance destas organizações de tendência sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores. Com relação ao acesso ao emprego, as possibilidades e faculdades que tem o empregador para indagar sobre a ideologia do trabalhador são muito maiores que as usualmente admitidas para a maioria dos processos de seleção e recrutamento.

Isso, porque aos requerimentos acadêmicos e objetivos se adiciona o juízo de valor sobre as condutas, crenças e vida pessoal do trabalhador que ocupará um cargo de tendência, de modo que a contratação de um professor de religião pode exigir uma valoração sobre sua idoneidade, inclusive no que tange à sua vida pessoal, o que para a comunidade religiosa, pode ser um componente definidor de seu credo, ao ponto de ser determinante para a aptidão na docência entendida, em última instância, e, sobretudo, como via e instrumento para a transmissão de determinados valores³⁵⁶.

Todavia, seguramente, o direito do empregador nos processos de seleção de pessoal deve-se restringir à informação relacionada com a ideologia da organização de tendência, isto é, somente questionar aspectos pessoais da vida do trabalhador que sejam absolutamente imprescindíveis para o correto desenvolvimento da tarefa a que venha a ser destinado.

Outrossim, os questionamentos sobre a vida íntima do empregado podem ir mais além no caso dos professores de religião, pois, nestes casos, o caráter espiritual da prestação dos professores importa na existência, além da boa-fé contratual, de um dever genérico de lealdade. Por isso, é uma relação de especial confiança, que se restringe a uma área singularíssima, onde o dever de discrição, de consideração e reserva se estende também à sua vida pessoal.

³⁵⁵ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 119.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 120.

Deste modo, a necessária adequação do professor de religião ao conteúdo axiológico da instituição de ensino de tendência, permite que, no processo de seleção, essas instituições, somente contratem aqueles candidatos cuja ideologia coincida com a sua ideologia.

No que tange aos demais trabalhadores das instituições de ensino de tendência, é importante destacar que não seria correto que a instituição de ensino os obrigassem a optar pela mesma ideologia, obrigando a difundir-la como própria, ou que estes se tornem defensores de tal ideologia, salvo quando se tratar de trabalhador portador de tendência, como é o caso emblemático do professor de religião de um colégio religioso³⁵⁷.

Nessa linha de pensamento, não poderia a instituição de ensino, exigir qualquer conduta do empregado que realize tarefas neutras em sua vida privada e extralaboral, na medida em que o trabalhador não propague ou difunda entre os alunos da instituição de ensino. Em outras palavras, não se admitiria como válido qualquer questionamento de uma instituição de ensino sobre a condição pessoal e privada de um trabalhador fora do centro de trabalho.

Contudo, dadas as características deste tipo de empregador, em geral, os empregados estariam impedidos de difundir ou ter condutas que contravenham a ideologia do centro de ensino. Não se poderia, por exemplo, tratando-se de um colégio regido por protestantes católicos, incentivar os alunos a adotarem a religião mulçumana, ou que o professor falte verbalmente com o respeito, perante seus alunos, a determinados símbolos ou costumes que são próprios da religião assumida pela instituição de ensino.

Com relação ao desenvolvimento da prestação laboral, convém retomar o tema da liberdade de cátedra anteriormente citada. Isso, porque deve-se levar em consideração, que a extensão e o limite da liberdade de cátedra devem ser analisados em cada caso concreto, para apreciar diferentes níveis de ponderação dos bens constitucionais em conflito, apreciando-se as circunstâncias que rodeiam o caso e os valores que entram em jogo em cada caso.

Deste modo, a liberdade de cátedra em uma universidade será mais ampla e poderia permitir ao professor indicar qual é sua ideologia, mesmo que seja diferente da ideologia da universidade. Por outro lado, a liberdade de um professor de ensino de um nível inicial em um colégio religioso será muito menor e não poderia expressar opinião contrária à da instituição

³⁵⁷ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 121.

de ensino, contudo, no caso do professor de religião de um colégio religioso, exige-se um alinhamento da liberdade de cátedra ao conteúdo ideológico do colégio³⁵⁸.

Por certo, a análise é casuística como pressupõe o conflito entre direitos fundamentais. Por exemplo, se uma professora de literatura, difundir e promover publicamente sua condição, ou proclamar sua qualidade de atea perante os alunos e realizar proselitismo contra o ideário da organização de tendência, nestes casos, a conduta da professora tem incidência no desenvolvimento da relação de trabalho, uma vez que, embora a professora possa ter uma conduta privada, está impedida de difundir ideais que atentam contra a ideologia do seu centro de trabalho, ferindo, portanto, os deveres anexos de boa-fé e lealdade do contrato de trabalho.

Questão interessante sobre o tema centra-se na possibilidade de os professores, que laboram nestas instituições de ensino com ideologia religiosa, terem determinadas condutas extralaborais que poderiam atentar contra o ideal religioso destas instituições. Nesse ponto, trata-se de valorar a conduta privada e suas consequências na prestação do trabalho.

Das condutas privadas, as mais recorrentes nos tribunais de outros países, em especial na Alemanha, é a que relaciona-se com a possibilidade de um professor de colégio católico de divorciar-se ou ter uma amante, atentando contra as regras católicas³⁵⁹.

Sobre esse tema, o correto é não fazer generalizações e apreciar o posto de trabalho do empregado, se este realiza atividades neutras ou se são portadores de tendência, onde realmente a conduta privada do professor pode prejudicar a credibilidade desta instituição de ensino.

Nesse sentido, pode-se destacar a sentença 5/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha, em que se decidiu no sentido de que as condutas privadas de determinados docentes podem ter repercussões sobre a credibilidade da organização e “*ser un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor e el centro*”³⁶⁰.

Outro aspecto digno de nota sobre esse tema diz respeito à mudança de ideologia do titular (proprietário da instituição de ensino). Obviamente que o proprietário pode alterar seu ideal, contudo, não ao seu mero arbítrio, uma vez que isso poderia ser visto como uma fraude perante aqueles que tratam com o centro de ensino. Assim, Antônio García Noriega propõe o

³⁵⁸ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 121.

³⁵⁹ *Ibid.* p. 123.

³⁶⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC N. 005/1981 de 13 de fevereiro de 1981. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=16631>> Acesso em 21/11/2014.

estabelecimento de uma cláusula de consciência em favor dos professores que sintam lesadas as suas convicções, em virtude da transformação do ideário, o que comportaria uma indenização³⁶¹.

Deste modo, importantíssima é a distinção já realizada, no capítulo anterior, entre as atividades neutras e as atividades “portadoras de tendência”. Isto é, na prática, aqueles professores que lecionam matérias que se relacionam com a ideologia da instituição de ensino (como é o caso dos professores de religião ou tutores que ensinam a orientação ideológica), empregados que, pelo cargo que ocupam, representam modelos para os estudantes, ou são os principais instrumentos de representação, difusão e sustento do colégio perante os alunos e terceiros (como é o caso dos empregados que ocupam cargos de direção ou os de educação de nível inicial), realizam atividades qualificadas como “portadoras de tendência”, que pressupõe certo alinhamento, mesmo com relação a sua conduta extralaboral, da ideologia destes funcionários com a ideologia da instituição.

Por outro lado, os professores que lecionam matérias que não estão relacionadas com o ideal da instituição de ensino, ou que não representam modelos ideológicos a serem seguidos pelos alunos (como, por exemplo, os professores de matemática, literatura, geografia ou empregados do setor administrativo ou de limpeza), realizam atividades neutras e, portanto, não necessariamente precisam comungar da ideologia do seu empregador, não devendo esquecer, todavia, dos deveres anexos ao contrato de trabalho como a boa-fé e a lealdade que devem ser respeitados por todos os empregados, inclusive os que realizam tarefas neutras.

Assim, conforme fora visto, a diferenciação entre os trabalhadores das instituições de ensino religioso, em função da intensidade ou carga ideológica dos serviços prestados dentro da organização, é de suma importância para a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais do empregados e empregadores.

³⁶¹ NORIEGA, Antônio García. **Limites a la Libertad de Expression por Motivos Profesionales**. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p. 115.

6.4.2 Os Meios de Comunicação Ideológicos

Nas organizações de tendência, especialmente os meios de comunicação que difundem uma certa ideologia, o tema relevante é o conflito que pode se apresentar entre a ideologia dos proprietários do meio de comunicação e a ideologia do jornalista empregado.

Em outras palavras, pode-se apresentar as seguintes questões: pode uma empresa jornalística contratar jornalistas que, exclusivamente, compartilham de seus ideais? Ou, um jornalista pode se opor a escrever sobre um tema que se identifica com os ideais da empresa jornalística, mas que não se coaduna com os seus ideais?

Inicialmente, importa destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso IV e IX, reconhece a liberdade de manifestação do pensamento, bem como a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Em contrapartida, reconhece também, no art. 5º, inciso XVII, a liberdade de associação e tem como fundamento a livre iniciativa, prevista no art. 1º, inciso IV, tutelando, desta forma, a liberdade de empresa. Ademais, reconhece ainda, em seu art. 220, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição³⁶².

Não obstante, a lei nº 5.250/1967, que regulamenta a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, estabelece, no art. 2º, § 2º, que é livre a exploração de empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias³⁶³.

Estas são, portanto, as bases constitucionais e legais que sustentam tanto o direito dos empregadores dos meios de comunicação, como dos que exercem seu labor nestas empresas. Assim, não se está diante de liberdades irrestritas, uma vez que deve-se analisar caso a caso, para determinar os níveis de atuação e os limites que existem para seu exercício.

Certamente, a função principal de uma empresa jornalística deveria concentrar-se em emitir informações reais, sem nenhuma consideração subjetiva ou tendenciosa, permitindo que seus trabalhadores tenham a liberdade de imprensa e, em contrapartida, que o público

³⁶² BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

³⁶³ BRASIL. Lei n. 5.250 de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 15/01/2015.

receba informações verdadeiras, direito este também tutelado pela Carta Magna, no art. 5º, inciso XIV³⁶⁴.

Não obstante o exposto, são frequentes os casos em que as organizações jornalísticas pretendem impor determinadas pautas, limitações ou restrições aos jornalistas empregados, especialmente quando versam sobre temas políticos.

A este respeito, tem-se a própria liberdade de expressão, de consciência e de opinião como sustentáculo da atuação dos jornalistas empregados que laboram para um meio de comunicação social.

Sendo assim, convém chamar atenção inicialmente para o fato de que os trabalhadores de um meio de comunicação têm uma condição dual: são trabalhadores de uma organização ideológica, porém, por sua vez, são portadores de uma ideologia própria que interage a cada momento dentro de um processo de elaboração da notícia³⁶⁵.

Nestes casos, a doutrina tem sido quase unânime ao afirmar que os editoriais representam o canal natural de expressão do ideário do empregador, que se dedica à informação, mesmo que este tenha realizado investimento para difundir seus ideais³⁶⁶.

Dito isso, parece, a princípio, que o jornalista de editoriais de um meio de informação de tendência não poderia escrever sobre suas opiniões que tenham uma oposição com os ideais da empresa jornalística.

Entretanto, no que diz respeito aos empregados do setor administrativo e que realizam trabalhos internos de suporte ao meio de comunicação (como os funcionários da área de contabilidade, logística, comercialização, por exemplo), de áreas produtivas, mas somente de operação (a exemplo dos empregados que laboram na impressão do jornal); ou, até mesmo jornalistas, mas que não estejam vinculados ao ideal empregador jornalístico (como os jornalistas da sessão de esportes); não há falar em vinculação com a ideologia do meio de comunicação. Nestes casos, se exige tão somente um respeito ao conteúdo axiológico ideológico, como evitar críticas à organização com *animus nocendi*, por exemplo, decorrentes

³⁶⁴ ³⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

³⁶⁵ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 125.

³⁶⁶ GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 167.

dos deveres conexos ao contrato de trabalho, porém não se exige um alinhamento ou comunhão de ideais³⁶⁷.

Nesse sentido, é oportuno destacar que os trabalhadores das empresas jornalísticas, em que pese a imposição do ideário do empregador, podem negar-se a mentir ou ocultar uma notícia, porém, sempre respeitando a ideologia da empresa jornalística, uma vez que toda empresa que tem por objetivo a difusão de informação, seja ela ideológica ou não, tem o dever de informar sobre fatos reais e verdadeiros³⁶⁸.

Isso, porque o jornalista de um meio de comunicação social não atua somente em função do ideal do empregador, seu trabalho também representa um componente objetivo que o vincula com o interesse social de comunicar a informação veraz, no seio de uma sociedade pluralista, de modo que sua participação não pode ser residual, podendo, portanto, se negar a escrever uma notícia falsa ou sem fundamento³⁶⁹.

Importante destacar, ainda, que o segredo profissional consiste “no direito de o jornalista negar-se a revelar a identidade do autor da informação à sua empresa, a terceiros e às autoridades públicas ou judiciais”³⁷⁰. O fundamento do direito ao segredo profissional reside, de um lado, no interesse coletivo à informação e, de outro, no interesse subjetivo do jornalista de manter o anonimato da fonte produtora da notícia, para preservar sua integridade e possíveis retaliações.

Outrossim, interessante é a autorregulação, vista principalmente em outros países, de certos meios de comunicação que pretendem oferecer uma solução às modulações e adequações das liberdades dos jornalistas e às liberdades dos proprietários de empresas jornalísticas.

São eles os estatutos particulares chamados de objeção ou cláusula de consciência, nos quais são estabelecidas prerrogativas, direitos, faculdades dos jornalistas, eleição de procedimentos e instâncias internas às quais recorrer, bem como a eventual faculdade

³⁶⁷ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 126.

³⁶⁸ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 109.

³⁶⁹ *Ibid.* p. 110.

³⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 281.

outorgada aos jornalistas para terminar - com direito a uma indenização – a relação laboral frente a uma variação da ideologia da empresa jornalística³⁷¹.

Segundo Jaime Segalés a cláusula de consciência é uma faculdade outorgada ao profissional da informação, cujo conteúdo, embora tenha sido variável ao longo da história, tem estado sempre dirigida a limitar as faculdades de direção de um determinado empregador: o meio de comunicação³⁷².

Alice Monteiro de Barros ressalta que as cláusulas de consciência “favorecem um exercício mais democrático do direito à informação, quando concedem a certos profissionais, como aos jornalistas, garantias no âmbito empresarial”³⁷³.

Assim, verifica-se que estes estatutos particulares geram um rol de garantias mínimas ao trabalhador de tendência nos meios de comunicação, que não somente se reduz à simples exigência de um devido processo de extinção do pacto laboral, ou à mera percepção de uma indenização compensatória, mas faculdades como a de não revelar a fonte de seus informantes, ou a possibilidade de que o jornalista busque a difusão de uma informação verdadeira ao público, a tal ponto que se garanta a liberdade de informação sempre que não lesione interesses públicos, nem o respeito às liberdades entre as partes do contrato de trabalho³⁷⁴.

Deste modo, a cláusula de consciência é uma garantia assegurada em favor da liberdade de expressão, uma salvaguarda da liberdade ideológica e do exercício da defesa da ética. Sua violação permite a rescisão do contrato de trabalho, quando houver uma modificação significativa e não um ato isolado no caráter ou na ideologia do meio de comunicação social, que possa lesar a honra do jornalista empregado, sua reputação ou simplesmente seus ideais, interesses morais, pertencentes ao foro íntimo³⁷⁵.

Portanto, a cláusula de consciência permite ao jornalista empregado se recusar a praticar ato, no exercício do seu mister, capaz de lesar sua consciência profissional, seus ideais e prejudicar sua dignidade. A cláusula em exame, possibilita, ainda, a coexistência da

³⁷¹ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 127.

³⁷² SAGALÉS, Jaime. **La Cláusula de Conciencia del profesional de la Información como Sujeto de una Relación Laboral**. Valencia: LAEL, 2000, p. 37.

³⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 280.

³⁷⁴ MIYAGUSUKU, *op. cit.* p. 128.

³⁷⁵ BARROS, *op. cit. loc. cit.*

subordinação jurídica presente no contrato de trabalho como a independência técnica desse tipo de relação jurídica³⁷⁶.

Entretanto, a CLT, embora possua normas específicas acerca da atividade jornalística, nada menciona sobre a liberdade de pensamento assegurada constitucionalmente. As normas específicas sobre a temática deveriam garantir, também, a liberdade de pensamento do jornalista, em face da faculdade de direção do empregador, tendência já manifestada na legislação estrangeira³⁷⁷.

Nesse contexto, importante destacar que a origem da cláusula de consciência encontra-se na Itália, embora não se trate de um produto normativo, mas jurisprudencial. J. Capseta Castella cita um pronunciamento do ano de 1901, derivado do caso Morello-Luzatto, em que Morello solicita uma indenização à família de Luzatto, proprietário do jornal para o qual trabalhava, em virtude de que a família Luzatto tinha vendido a empresa a um terceiro, de ideologia contrária a de Morello³⁷⁸.

Entretanto, a lei francesa de 1935 terminou sendo considerada, de forma unânime, como o antecedente normativo fundamental da cláusula de consciência. Esta norma, que fixou o estatuto do jornalista, traz minuciosa regulamentação da cláusula de consciência, mantendo seu conteúdo vigente até os dias de hoje. Ressalte-se que a lei de 1935 faz parte do Código de Trabalho francês, sendo mais uma mostra das implicações diretas existentes entre a cláusula de consciência e a relação de emprego³⁷⁹.

Nesse sentido, o Código de Trabalho francês, no art. 761-7 – III, cujo título é “Cláusula de Consciência”, estipulou a possibilidade de rescisão contratual com uma indenização especial em favor dos jornalistas quando houver uma mudança notável no caráter ou orientação do jornal ou periódico, se a mudança criada pela empregadora produzir uma situação capaz de atentar contra a sua honra, ou, de maneira geral, contra seus interesses morais³⁸⁰.

No Brasil, a legislação é omissa. Contudo, tem sido sugerida a alteração no art.483, “a”, da CLT, com o intuito de que se acrescente ao dispositivo a possibilidade de o jornalista

³⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 280.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 281.

³⁷⁸ CASTELLA, J. CAOSETA. La cláusula de conciencia periodística. Madrid: Mac Graw-Hil, 1998 *apud* SAGALÉS, Jaime. **La Cláusula de Conciencia del profesional de la Información como Sujeto de una Relación Laboral**. Valencia: LAEL, 2000, p. 48.

³⁷⁹ SAGALÉS, Jaime. **La Cláusula de Conciencia del profesional de la Información como Sujeto de una Relación Laboral**. Valencia: LAEL, 2000, pp. 50-51.

³⁸⁰ BARROS, *op. cit.* p. 282.

empregado postular a rescisão indireta também quando lhe forem exigido serviços contrários à livre expressão³⁸¹.

Em contrapartida, parece ser possível a possibilidade de extinção do contrato de trabalho, por iniciativa da empresa jornalística de tendência, quando haja uma alteração na ideologia do jornalista-empregado (portador de tendência) de modo a comprometer o ideário da organização, fundamentado na liberdade de expressão do titular da empresa, que, por meio desta, pretende difundir sua ideologia. Assim como a recíproca também é verdadeira, ou seja, pode o empregado ter seu contrato rescindido, em virtude de alteração do ideário da organização, com base na cláusula de consciência.

Por fim, no que concerne às empresas jornalísticas ideológicas, somente em pouquíssimas hipóteses, poder-se-ia apreciar a conduta extralaboral dos trabalhadores portadores de tendência, já que, consoante fora visto anteriormente, aquele trabalhador que não possui carga ideológica na prestação dos seus serviços, a sua conduta extralaboral não possui relevância para a empresa.

Isso se deve ao fato de que as empresas jornalísticas, uma vez que devem ser comprometidas em difundir informações verdadeiras, geralmente não têm uma carga ideológica que tenha o condão de reprimir uma conduta extralaboral (como ocorre mais facilmente em um centro de trabalho ideológico religioso, por exemplo), em que pese existam raras hipóteses, como, por exemplo, o caso de um jornalista que tem uma coluna que fale sobre condutas morais, porém, em locais públicos tem condutas totalmente incompatíveis com as condutas morais que difunde através do meio de comunicação³⁸².

Sendo assim, dado o cargo ocupado e se o trabalhador tem comportamentos fora do local de trabalho que podem afetar notavelmente o conteúdo ideológico da organização de tendência, é possível qualificar uma conduta extralaboral como ato faltoso que justifique a despedida deste empregado.

³⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 282

³⁸² MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 129.

6.4.3 Os Movimentos Políticos e Sindicais

Os partidos políticos e sindicatos, empregadores tipicamente ideológicos, também têm reconhecimento constitucional. Com efeito, o art. 8º da Constituição Federal tutela a liberdade sindical.

A liberdade sindical, em sua face coletiva, compreende a possibilidade de que os trabalhadores formem um sindicato reconhecendo a liberdade dos trabalhadores do respectivo âmbito de filiação ou não ao sindicato. Nesse sentido, tem-se a liberdade individual do trabalhador em filiar-se ou não (liberdade positiva e negativa, respectivamente) e a liberdade coletiva dos trabalhadores sindicalizados³⁸³.

Nesse sentido, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, que a liberdade sindical, em verdade, não se trata de um direito exclusivamente coletivo, mas sim de um “direito individual de expressão coletiva”³⁸⁴, ou seja, “no sentido de uma interação entre a dimensão individual e a do grupo na qual se integra o indivíduo”³⁸⁵.

Ademais, a liberdade sindical representa um dos principais valores de uma sociedade democrática que busca a valorização do pluralismo através da participação dos trabalhadores, sendo também um instrumento democratizador de outros institutos do Direito do Trabalho³⁸⁶.

De outro lado, tem-se os partidos políticos. A Constituição Federal de 1988 instituiu como fundamento da República Federativa do Brasil o pluralismo político. Neste caso, também existe uma liberdade individual de filiar-se ou não e uma liberdade coletiva dos cidadãos filiados. Acerca dos partidos políticos, convém destacar, por oportuno, que estes não somente representam uma expressão coletiva dos direitos sociais, mas, principalmente, são também sustentáculos do Estado, posto que têm repercussão dentro do sistema democrático político³⁸⁷.

Outrossim, os sindicatos e partidos políticos também representam uma manifestação da liberdade de expressão e difusão de crenças, pensamentos e ideais (art. 5º, IV, VI, IX). A

³⁸³ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 129.

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 215.

³⁸⁵ MARTINEZ, Luciano. **Condutas Antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126.

³⁸⁶ MIYAGUSUKU, *op. cit.* p. 130.

³⁸⁷ *Ibid. loc. cit.*

liberdade de associação (art. 5º, XVI, XVII, XX) é, também, respaldo para que as pessoas se reúnam para a consecução de determinados fins, e, finalmente, a participação dos cidadãos na vida política e cultural no país³⁸⁸.

Nestes casos, percebe-se com nítida clareza a intenção de conservação, defesa e difusão da ideologia destas organizações, seja dos sindicatos, seja dos partidos políticos. Por isso, diferentemente das organizações vistas anteriormente, a carga ideológica que se pode verificar nos contratos de trabalho nestes centros de trabalho seria maior. Inclusive, nestes casos, não se pode apreciar a eventual carga lucrativa que poderia apresentar-se nos meios de comunicação ideológicos ou nos colégios com um conteúdo ideológico. A finalidade associativa destas entidades é a base e sustento de sua própria existência³⁸⁹.

Deste modo, os partidos e sindicatos são uma clara mostra (especialmente os partidos políticos) do sistema democrático e plural do Estado. De outro modo, conforme assinala Francisco Calvo Gallego, estas instituições constituem o canal de exercício de uma série de direitos constitucionais (embora no caso dos sindicatos, atualmente, no Brasil, tenham perdido força) que pressupõe o exercício coletivo para que se alcance a plenitude³⁹⁰.

Dito isto, no caso dos partidos políticos e sindicatos, convém distinguir duas situações: a primeira são os serviços prestados por trabalhadores que não estão filiados ao sindicato ou partido político; a segunda são os serviços dos trabalhadores para o sindicato ou partido político a que pertencem (são filiados). Cada caso tem critérios diferentes, devendo ser apreciados os valores constitucionais em jogo e ponderar a atuação de cada um deles.

No primeiro caso (serviços prestados por trabalhadores não filiados), está-se diante de uma relação laboral comum ou ordinária, de modo que estes trabalhadores devem respeitar os ideais da organização, mas não têm o dever de difundir ou simpatizar com a ideologia. No segundo caso (trabalhadores filiados), dependendo de circunstâncias específicas, estar-se-ia diante de uma relação laboral na qual, além dos deveres ordinários e conexos ao contrato de trabalho, é necessária uma plena identificação com o ideal da organização, a ponto de que estes trabalhadores estejam filiados ao sindicato/partido³⁹¹.

³⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 01/04/2014.

³⁸⁹ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 130.

³⁹⁰ GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1995, p. 82.

³⁹¹ MIYAGUSUKU, *op. cit.* p. 131.

Não obstante, importante ressaltar que seria questionável a existência da filiação como requisito prévio ou substancial para a contratação em um partido político ou sindicato. Como regra geral, não existe nenhuma relação ou necessidade de subordinar uma relação laboral à filiação ao sindicato/partido. Pode-se dizer, apenas, que são figuras concorrentes ou não, vai depender da vontade do trabalhador³⁹².

Por fim, mesmo quando se tratarem de trabalhadores filiados e que ocupem cargos representativos no seio destas organizações, isso não importa em restrição total de direitos fundamentais destes trabalhadores. Será necessário, conforme já fora dito, levar em consideração a racionalidade normativa do método da ponderação entre os direitos em conflito, como via adequada para impedir soluções extremas que conduzam a situações que não se pode tolerar, tampouco, admitir, como a liberdade de expressão de uns implique a exclusão da liberdade de expressão de outros, devendo, ao menos, ser respeitado o núcleo duro deste direito.

6.4.4 As Igrejas, Grupos e Congregações Religiosas

As igrejas, grupos e congregações religiosas são um claro exemplo de organizações de tendência no direito comparado, sendo que, no ordenamento pátrio, a regulamentação é escassa. No âmbito constitucional, encontra-se o suporte para essas organizações, no art. 5º, incisos VI, VIII e XVI, na medida em 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, podendo a liberdade religiosa ser exercida de forma individual ou associada³⁹³.

Naturalmente, a consagração constitucional da liberdade religiosa implica, de um lado, um reconhecimento e tutela do Estado, assim como o devido respeito aos cidadãos, mas, além disso, supõe uma atuação de acordo com o princípio da igualdade, isto é, não pode o Estado dar tratamento diferenciado em relação ao exercício de uma determinada liberdade ideológica.

³⁹² GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid, España: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986, p. 209.

³⁹³ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

Nesse sentido, existe o direito dos indivíduos em optar por um credo em particular (liberdade individual); de se associarem ou fazerem parte de entidades religiosas (liberdade coletiva), em função de suas convicções; realizar atividades de sustentação e proselitismo; de retirar-se dessas atividades ou aderir a outras que existirem, sem qualquer limitação ou autorização prévia³⁹⁴.

A este respeito o Tribunal Constitucional peruano se posicionou da seguinte forma:

La libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma e la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública e privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en consciencia que no desea tomar parte en actoa de la naturaliza antes descrita³⁹⁵.

Dois temas, em geral, são relacionados a este tipo de organização de tendência. Primeiro, seu âmbito de aplicação e, segundo, a possibilidade de estabelecer cláusulas para salvaguardar a ideologia da organização.

Com relação ao primeiro tema, que diz respeito ao âmbito de aplicação, importa delimitar o alcance das organizações de tendência religiosa. Não é simples definir a religião, e isso naturalmente dificulta a identificação de um centro ideológico religioso, contudo, pode-se indicar que a religião constitui uma forma de apresentar-se ao mundo articulada em um sistema de crenças e práticas partilhadas por uma comunidade moral chamada igreja. Assim, nem a referência ao sobrenatural, nem à divindade são elementos comuns a todas as religiões, dada a disparidade de concepções que existem entre umas e outras³⁹⁶.

A este respeito, tem-se assinalado que somente as igrejas, grupos e congregações religiosas, com identidade, especificidade a despeito de outras, e que se organizam de acordo com seus próprios dogmas e sua moral, que todos os seus membros devem aceitar e cumprir, segundo determina o próprio ordenamento religioso de acordo com sua natureza eclesial, que ingressam dentro de categoria sempre e quando se sustentem na fé e que não alterem a ordem pública: segurança, saúde e moral. Nesse sentido, estariam excluídos os agrupamentos

³⁹⁴ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 132.

³⁹⁵ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 895-2001-AA/TC. Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>>. Acesso em: 22/11/2014

³⁹⁶ MIYAGUSUKU, *op. cit.* p. 133.

religiosos contrários à ordem pública, as organizações que estudam os fenômenos psíquicos, as associações espiritualistas e as empresas que têm afinidade com orientações religiosas³⁹⁷.

Assim, pode-se dizer, por conseguinte, que se está diante de entidades que têm características próprias e diferenciadas, a despeito de outras organizações ideológicas, com uma determinada concepção de mundo que importa na atuação de seus integrantes em função de tal concepção.

Por outro lado, e embora não se encontre regulamentado no sistema normativo brasileiro, é importante registrar a consideração de cláusulas especiais de observância aos ideais do centro de trabalho ideológico. Nestes casos, considera-se válida a celebração de acordos de afinidade ideológica com determinados trabalhadores que se relacionam diretamente com a ideologia destas organizações de tendência, que realizam atividades “portadoras de tendência”.

Neste contexto, é importante considerar, dentro do tratamento destas organizações de tendência, os entes assistenciais/de caridade e docentes dependentes das igrejas, uma vez que, nestes casos, tratam-se de entidades executoras da ideologia da entidade principal, sendo que, muitas vezes, terminam por coincidir com a atividade própria peculiarmente eclesiástica, para que, por sua vez, existiria um corpo normativo especial.

Importante, ainda, são as relações laborais internas aos centros religiosos. Inicialmente, deve-se ter em mente que o conflito que interessa ao presente trabalho é o que ocorre dentro de uma relação de emprego, de modo que não serão analisado os conflitos que podem ocorrer em relações que não tenham o vínculo empregatício (como as vinculações próprias do mundo das igrejas, trabalho voluntário e assistencial, dentre outras).

Consoante já fora visto, nas demais modalidades de organizações de tendência, as prerrogativas e faculdades de seleção, contratação, fiscalização e sanção são mais intensas que qualquer outro empregador sempre que se trate de um indivíduo que ocupe um cargo de tendência relacionado com o conteúdo axiológico do ideal da organização (portador de tendência). Isso se deve ao fato de que estas funções são exemplos, frente ao público e à sociedade, do credo ou da religião e justificam a necessidade de uma maior limitação no exercício de seus direitos fundamentais, na medida em que a conservação da imagem e

³⁹⁷ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 133.

credibilidade externa da organização depende, inevitavelmente, da capacidade do empregado para transmitir corretamente a ideologia³⁹⁸.

Entretanto, o caráter religioso do centro laboral não pressupõe que os trabalhadores se encontrem plenamente “ajustados” às diretivas do mesmo e sejam impedidos de exercer dignamente seus direitos fundamentais. Como já apontado pela doutrina e visto no presente trabalho, o centro de trabalho não é um mundo fechado em separado do restante da sociedade, e, por isso, os direitos fundamentais têm eficácia não somente perante o Estado, mas também em face de terceiros, de modo que os trabalhadores podem exercer seus direitos fundamentais, ajustando-se ao conteúdo axiológico do ideal da organização de tendência³⁹⁹.

Deste modo, os limites devem determinar-se em função da proximidade ou não das atividades laborais ao conteúdo ideológico, sendo, neste caso, a função de professor de religião que sofrerá maior limitação nos seus direitos fundamentais, tais como adequação ideológica, a difusão das crenças e valores, bem como na propagação externa destes e a prática real e efetiva dos dogmas, inclusive em condutas extralaborais. Porém, estão excluídas as condutas da vida íntima e privada que não estejam relacionadas com a ideologia do empregador, como atividades de lazer, passatempo, ou seja, matérias que não digam respeito à ideologia da organização, posto que não interferem no cumprimento da prestação principal.

³⁹⁸ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 135.

³⁹⁹ *Ibid.* p. 136.

7. CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi apresentado ao longo deste trabalho, pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. Ao longo de sua evolução conceitual, o que se convencionou denominar, atualmente, de direitos fundamentais, já recebeu diversas terminologias, muitas delas carecedoras de uma delimitação científica. Os direitos fundamentais são posições jurídicas favoráveis aos indivíduos que, ao longo do tempo, vão surgindo com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, de forma que, em cada momento histórico, representa os anseios daquela época em determinada sociedade, consoante se pode perceber dos direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões.
2. Dentre as várias teorias que surgiram para explicar a eficácia dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia horizontal ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas demonstra-se a mais adequada e é a que ganhou mais força no Brasil. A polêmica, atualmente, gira em torno do modo e da extensão dessa eficácia, sendo que essa primeira polêmica é um problema de construção, enquanto que a segunda polêmica constitui um problema de colisão. O que não se questiona mais, portanto, é se os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre os particulares.
3. O dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está vinculado à obrigação de respeitar os direitos fundamentais deste. Esta obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, tanto os “pessoais” quanto aqueles reconhecidos em virtude da existência de um contrato de trabalho, sendo que o fundamento para esta aplicação não é outro senão a eficácia horizontal ou imediata dos direitos fundamentais do empregado, na execução do contrato de trabalho.
4. O princípio da concordância prática é de suma importância para a resolução da colisão de direitos fundamentais, uma vez que afasta a hierarquização *a priori* dos direitos fundamentais, e se traduz em um esforço para compatibilizar os valores em conflito, de modo que a eficácia de cada um dos bens e valores constitucionais em jogo sofra o menor prejuízo possível.
5. O princípio da proporcionalidade também atua como fundamental solução de conflito, este impede restrições desproporcionais aos direitos fundamentais. Sua utilização objetiva otimizar

a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou demasiado de um deles em proveito da tutela do outro. Possui uma tríplice exigência, que se expressa através dos seguintes subprincípios: adequação (ou utilidade), necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito) e devem ser aplicados na solução de conflitos entre os direitos fundamentais nas relações de trabalho.

6. O pluralismo se identifica com um sistema de organização social, cultural e político da comunidade, dando lugar a uma série de corpos intermediários, ou formações sociais distintas do Estado.

7. Pode-se dizer, a princípio, que as organizações de tendência materializam o sistema pluralista em que se estrutura a sociedade. Se percebe, desta forma, no estado democrático de direito, que a diferença, antes de tudo, é um fato incontestável e as tentativas de construção de uma sociedade efetivamente democrática, calcada nos valores do pluralismo e da solidariedade, pressupõem uma “cidadania complexa” que se inicia, sem dúvida, por um reconhecimento das identidades culturais e todo o seu plexo de relações e papéis que envolvem o respeito a essas mesmas identidades.

8. Ainda que possam divergir quanto ao formato e limites acerca do pluralismo, liberais, comunitários e crítico-deliberativos estão comprometidos com a defesa de uma sociedade democrática liberal. Sob uma perspectiva de cidadania complexa, é fundamental a tolerância com as práticas e necessidades dos cidadãos que não compõem a cultura hegemônica, ou, simplesmente, diferente da sua, desde que, por óbvio, essas não impliquem em violação de outros direitos de igual dignidade. Desse modo, verifica-se a importância do pluralismo para a defesa dos direitos fundamentais e o respeito às diferenças, que será de suma importância para as organizações de tendência, já que essas são o reflexo desta sociedade plural.

9. Com relação às faculdades de direção do Empregador, a terminologia “faculdade” é mais coerente, uma vez que esta faculdade/poder, modernamente se entende que deriva do contrato de trabalho e não mais da propriedade, que, por sua vez, impõe direitos e obrigações para ambos, não havendo falar em poder de um sobre o outro, apesar de serem utilizadas como sinônimas. Apesar de serem expressões distintas, e a terminologia “faculdade” ser mais apropriada, no presente trabalho, as expressões faculdade e poder também serão utilizadas como sinônimas em decorrência de ter sido a terminologia “poder” amplamente consagrada pela doutrina.

10. O empregador, como um dos sujeitos da relação de emprego, tem a faculdade de direção, da qual decorrem as faculdades de fiscalizar, regulamentar e, quando necessário, disciplinar as condutas praticadas pelos empregados no exercício do seu mister na empresa.

11. No que concerne ao fundamento das faculdades de direção do empregador, o elemento contratual, pura e simplesmente não permite dar resposta a todos os efeitos que se substanciam enquanto se mantém em vigor a relação de trabalho subordinado. Deste modo, esta é a razão pela qual, se faz referência à liberdade de contratar como fundamento mediato ou secundário da faculdade de direção do empregador, e, como fonte imediata ou primária e principal da referida faculdade, a celebração do contrato de trabalho. Assim, pois, pode-se afirmar que o contrato de trabalho é o título jurídico que permite explicar que as ordens e instruções do empregador devam ser obedecidas pelo trabalhador, parte deste contrato. Isso evidencia a dupla dimensão, constitucional e contratual, na qual se desenvolve a faculdade de direção do empregador.

12. A faculdade de direção não é absoluta e, tampouco, permite que o empregador possa comandar a empresa de forma unilateral, suprimindo os direitos fundamentais do empregado, afinal, estes têm eficácia imediata nas relações privadas. Assim, essa faculdade de direção encontra limites nas normas constitucionais, infraconstitucionais, na dignidade da pessoa humana, no próprio regulamento da empresa, no fim perseguido por esta, nos acordos e convenções coletivas e no contrato de trabalho.

13. No que concerne à terminologia adotada, é preferível a utilização do termo “organização” em vez de “empresa”, ainda que se admita a existência de lucro no quadro de organizações de tendência, desde que este se enquadre diretamente, em termos consequenciais e complementares, na persecução das finalidades ideológicas que caracterizam as entidades que as detêm, justificando-se, nestes casos, a aplicação de um regime especial às relações de trabalho que se desenvolvam no seu seio.

14. Contudo, para efeitos de qualificação como uma organização de tendência, são irrelevantes as modalidades ou as formas jurídicas pelas quais esta se constitui, sendo relevante somente o caráter principal, consequencial ou complementarmente ideológico da atividade desenvolvida no seio da organização, não devendo a inexistência de empresarialidade e de fim lucrativo constituir um requisito necessário para a aplicação de um regime especial que deve disciplinar as relações de trabalho que se desenvolvem no seu interior. Por isso, prefere-se a utilização do termo “organização” que “empresa” somente em virtude da sua maior abrangência.

15. As organizações de tendência podem ser definidas 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 desta para expressar seu pensamento, credo, religião ou ideologia, vale dizer, são instrumentos de realização de direitos fundamentais do seu titular, embasados pela livre iniciativa e liberdade de associação, plasmando desta forma, o pluralismo, tão caro às sociedades democráticas contemporâneas.

16. A existência de uma relação associativa não impede, nem deve obstaculizar o estabelecimento de outra relação simultânea, a relação de emprego entre o indivíduo e a organização da qual faz parte. Três hipóteses substancialmente diferentes, a saber, filiados, funcionários e dirigentes. O primeiro grupo (filiados) engloba todas aquelas prestações de serviços de caráter esporádico e descontínuo desenvolvidas por simples filiados no exercício de suas legítimas faculdades de participação. Nessas prestações, a falta de retribuição e a causa fundamentalmente associativa da atividade autorizam sua clara qualificação como trabalhos voluntários, excluídos, portanto, do ordenamento jurídico laboral.

17. Um segundo grupo (funcionários) seria formado por todas aquelas prestações de caráter administrativo, econômico ou de gestão desenvolvidas pelos denominados funcionários dos partidos, sindicatos e instituições religiosas. Nestas relações, aparecem com absoluta clareza as características da relação de emprego – jornada, controle de horários, remuneração, subordinação às ordens superiores, filiação na seguridade social, férias periódicas, pagamento de horas extraordinárias. Nesse contexto, não existe outra possibilidade senão qualificar estas relações como estritamente laborais, ou seja, como relação de emprego, com absoluta distinção do vínculo de filiado que possa existir entre o indivíduo e a organização.

18. Na realidade, a hipótese que gera maior conflito situa-se no terceiro e último grupo de atividades: aquelas dotadas de um acentuado caráter representativo, seja político, sindical ou religioso. O labor desenvolvido por estes altos dirigentes dificilmente será enquadrado na hipótese do art. 3º da CLT. A natureza eletiva do cargo e o conteúdo fundamentalmente representativo do mesmo tem sido utilizado pela doutrina para justificar esta relação como orgânica, baseada e regulada pelo vínculo associativo existente entre o sujeito e a organização. Ademais, a presença de retribuição ou a possível filiação do sujeito ao sistema de Seguridade Social não impede esta conclusão.

19. O “portador de tendência” tem um caráter marcadamente representativo. É através destes trabalhadores que as entidades de tendência difundem publicamente suas próprias crenças ou sistema de valores. Portanto, a imagem do grupo é, muitas vezes, o reflexo da concepção

pública de um indivíduo que aparece como exemplo notório de uma determinada crença, pensamento ou religião. Nessa hipótese, se intensificam os deveres pessoais e éticos derivados de sua fidelidade à instituição. O empregado portador de tendência deve, portanto, promover e proteger o interesse do empregador ideológico, tanto no cumprimento de sua prestação laboral, como fora do tempo e do local de trabalho, isto é, em suas declarações ou atividades fora do local de trabalho.

20. No que tange às tarefas neutras no âmbito das organizações de tendência, estas são desprovidas do caráter ideológico, não fazem parte da prestação laboral, ou seja, a orientação ideológica do empregado fica à margem, vale dizer, não interfere e tampouco causa prejuízo à organização. São as funções administrativas, funções de meio, como os porteiros, zeladores, secretárias, dentre outros. Nestes casos não há falar em qualquer alinhamento da ideologia dos empregados que exercem este tipo de tarefa, com a ideologia da organização de tendência.

21. Por meio do princípio da boa-fé (efeito conexo ao contrato de trabalho), pode-se exigir dos contratantes, um cumprimento honesto, correto e leal no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações, um comportamento que, nestes casos, parece exigir uma determinada atitude ou disposição ideológica.

22. A colaboração é um dever no cumprimento da obrigação de trabalhar, assumido no contrato que, de modo algum, comporta a adesão ou a global identidade ideológica organização-trabalhador ou implica, tampouco, comportamentos extralaborais do empregado devedor da prestação. Ao trazer estes conceitos para a realidade das organizações de tendência, se tem observado que, embora, em geral, a obrigação de trabalhar não é de resultado, nas tarefas de tendências adquire uma maior relevância no resultado da prestação, que se propõe a identificar-se com o interesse do empregador na organização e coordenação das prestações laborais ideologicamente acordadas.

23. O possível dever de fidelidade deduzido do nexos social não pode estender-se e integrar-se ao vínculo empregatício. Entretanto, isso não impede que, em determinadas tarefas seja a própria prestação do trabalho que a exija e, portanto, conecte a prestação com uma filiação ou adesão ideológica sem a qual aquela não pode ser útil

24. O dever de fidelidade não poderá surgir nunca, em hipótese alguma, em todos aqueles contratos cuja prestação não exija, para sua adequada execução, a filiação ou participação ativa do trabalhador na ideologia difundida pela organização. Nestas atividades, chamadas de

“neutras” ou de “conteúdo ideológico fraco”, não se mostra necessária a comunhão ideológica básica e necessária para o nascimento deste dever.

25. A exigência de um comportamento honesto, correto e leal, exige, como primeiro dever básico de todo trabalhador, evitar qualquer manifestação pública que dolosamente esteja destinada a causar danos à imagem da instituição na qual preste serviços. Este é o único dever exigível aos empregados que realizam tarefas neutras.

26. Aos empregados que exercem tarefas ideologicamente “fracas”, dotadas de menor conteúdo moral, representativo ou de direção, não é possível exigir fora do local e horário de trabalho uma maior adesão ideológica que a requerida para o correto cumprimento da prestação laboral. Este tipo de trabalhador atuará, portanto, licitamente mantendo um mínimo respeito às crenças de seu empregador naqueles comportamentos extralaborais que sejam conhecidos publicamente. Portanto, os deveres ideológicos que vinculam estes trabalhadores concretizam-se, fundamentalmente, em comportamentos omissivos, caracterizados por uma colaboração passiva, de não oposição pública à ideologia difundida pela entidade

27. Dos contratos laborais chamados de ideologicamente “fortes” parece razoável se exigir uma atitude de estreito alinhamento do trabalhador com a ideologia da organização, uma atitude que se materializaria no que a doutrina Alemã vem qualificando como dever de promover, também fora do local e horário de trabalho, a tendência difundida pela organização (*Förderungspflicht*). A intensidade do vínculo político, sindical ou religioso e a presença, em alguns casos, de um autêntico dever de fidelidade exclusivamente ideológico, justificariam a vinculação contratual de uma grande parte da atividade pública desenvolvida pelo empregado fora do local e horário de trabalho.

28. A boa-fé de caráter bilateral pode impor, também, certas obrigações acessórias a cargo do empregador. Essa faceta adquire, todavia, um especial interesse como possível instrumento através do qual seria possível articular uma cláusula de objeção de consciência, a qual visa exigir do empresário o dever de adequar as obrigações contratuais às crenças do trabalhador, exonerando-se de todos aqueles deveres que, posteriores à estipulação do contrato, cheguem a ser incompatíveis com sua consciência ou moral.

29. Com relação à fase pré-contratual, poderão investigar e valorar a ideologia, crenças e moral de seus candidatos, mas somente na medida em que estes aspectos pessoais sejam absolutamente imprescindíveis para o correto desenvolvimento da tarefa a que venha a ser destinado. Assim, somente poderão ser objeto de valoração aquelas opiniões ou convicções

que sejam estritamente funcionais para o desenvolvimento útil da prestação. Em contrapartida, não poderá ser objeto de investigação e valoração outras opiniões ideológicas e condutas do indivíduo de âmbito distinto ao difundido pela entidade.

30. No que se refere às tarefas neutras, a resposta é quase que unânime na doutrina: a aptidão para executar corretamente estas prestações não exige, de forma alguma, a participação do trabalhador na tendência.

31. No âmbito das tarefas de tendência é inquestionável o conteúdo ideológico da prestação que obriga o candidato a possuir, pelo menos, certo grau de conhecimento e de respeito à mensagem difundida pela entidade. Esse tipo de atividade não pode ser exercida por uma pessoa cuja oposição à ideologia da organização seja pública e notória ou que careça de conhecimentos básicos sobre a mesma. Portanto, nessas funções ideológicas, não há outra saída senão admitir a licitude das investigações e/ou valorações que versem sobre a adesão pessoal do candidato à mensagem da instituição. Assim, na medida em que a dita adesão faz parte da aptidão ideológica exigida por este tipo peculiar de prestação, será possível valorá-la como critério de distinção entre os candidatos.

32. O candidato a uma função de tendência somente está obrigado a responder corretamente a todas aquelas questões que versem sobre sua aptidão ideológica, porém, jamais estará obrigado a informar espontaneamente as mesmas. Em contrapartida, estes deveres de informação sobre os aspectos ideológicos não alcançam, em absoluto, o candidato a uma tarefa neutra que, por definição, não está obrigado nem a informar, nem a responder a todas as perguntas (ilícitas, portanto), que versem sobre suas crenças ou opiniões ideológicas. Nem o dever de boa-fé, tampouco o dever de diligência podem obrigá-los a informar ou responder sobre aspectos ou características sem influência alguma sobre a aptidão para o trabalho.

33. Com relação à possibilidade ou não de responder falsamente às perguntas ilícitas da organização, é correto afirmar a absoluta inexigibilidade do dever de informar e a conseqüente irrelevância da declaração. Primeiro, porque a boa-fé que vincula o trabalhador não pode chegar ao extremo de exigir-lhe uma conduta eticamente irretocável frente a um prévio comportamento ilícito e abusivo do empregador. A ruptura da boa-fé por parte deste último exige o candidato do cumprimento exato das obrigações derivadas deste mesmo dever.

34. Os citados deveres de informação também competem igualmente ao empresário. Este deve comunicar os termos, prazos, os elementos essenciais do contrato e as principais condições de execução da prestação laboral. Disso resulta que, nas organizações de tendência,

o empregador deverá informar a ideologia que sustenta o ente e as diversas obrigações que da mesma deriva para cada um dos trabalhadores, deverá também constar do contrato estas obrigações decorrentes da ideologia sustentada pela organização.

35. No que concerne a execução do contrato de trabalho, como regra geral, é óbvio que o empregador carece de toda legitimidade para interferir, organizar ou vigiar a vida privada de seus trabalhadores. As faculdades de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinar do empresário, somente abarcam aqueles comportamentos que sejam contratualmente devidos pelo empregado. E, embora possa parecer o contrário, esta mesma regra deve aplicar-se nas organizações de tendência.

36. Também nos contratos de trabalho das organizações de tendência, a faculdade de direção do empregador somente poderá abarcar o espaço definido e ocupado pelos deveres deduzidos do contrato. A única peculiaridade ocorre no contrato com empregados que realizam tarefas de tendência, em que o conteúdo da prestação e a atividade da entidade, englobam certas atitudes ou comportamentos extralaborais que, normalmente, seriam irrelevantes, e passam a ser agora o núcleo dos deveres impostos pela boa-fé.

37. Na execução do contrato, em virtude do ideário da organização de tendência existe a necessidade de delimitar a liberdade de expressão de alguns trabalhadores, contudo, as declarações ideológicas, morais ou religiosas de um trabalhador não podem ser consideradas, *a priori*, como uma crítica dolosa para a organização. Do mesmo modo, tampouco pode-se pressupor uma violação do dever de boa-fé ou uma diminuição injustificada de sua capacidade para executar corretamente a prestação, em virtude de toda e qualquer manifestação. Daí que a limitação dessas liberdades careceria de qualquer justificação contratual, tornando-se inconstitucional e, portanto, plenamente ilegítima.

38. Assim como nas empresas em geral, no caso das organizações de tendência também será necessário valorar o ânimo ou a finalidade que move o empregado, o conteúdo informativo ou não das críticas feitas por este, a veracidade destas críticas, bem como a adequação do comportamento do empregado às exigências subjetivas e objetivas impostas pela boa-fé em função da prestação desenvolvida por este.

39. Por outro lado, não se deve olvidar que, na qualificação destas críticas, deve-se valorar, igualmente, um conjunto de fatores que podem incidir no dano gerado à empresa. A existência de um conflito no seio do grupo, a maior ou menor flexibilidade da ideologia difundida pelo ente, sua possível atuação precedente frente a este tipo de ato, a publicidade

que os mesmos tenham alcançado e a repercussão real destas manifestações sobre sua clientela ideológica serão, todos estes, critérios necessários para determinar a gravidade da infração e a conseqüente sanção.

40. Esta argumentação deve relativizar-se naquelas ocasiões em que as manifestações, embora sejam críticas para a entidade, tenham um conteúdo informativo de possíveis irregularidades cometidas por estas instituições. A relevância pública e social destes entes e as funções que lhes são constitucionalmente confiadas podem transformar certos dados, normalmente irrelevantes, em fatos noticiosos de incontestável interesse público.

41. Com relação ao momento da extinção contratual, diante da variada casuística que a realidade pode apresentar, é aconselhável renunciar ao estabelecimento de uma doutrina geral apriorística. Contudo, é imprescindível a fixação dos critérios a seguir. Em primeiro lugar, para que o empregador possa dispensar o empregado, sem justa causa, sem que isso configure uma dispensa discriminatória, é necessário que se trate de um empregado portador de tendência, ou seja, um empregado que tenha como atribuição a difusão da ideologia da organização ou que represente publicamente a mesma.

42. É ainda necessário que, no ato da contratação, o empregador tenha exigido do referido empregado, àquela época candidato à vaga de emprego, alinhamento à ideologia da organização, informando-o, inclusive, da necessidade de respeito e defesa da linha ideológica da organização.

43. Em terceiro lugar, é imprescindível que o empregado, sem consentimento do empregador, tenha passado, ao longo do contrato de trabalho, a contrariar as diretrizes ideológicas da organização, mesmo que somente *interna corporis*, afinal, no âmbito de uma organização de tendência, o meio ambiente laboral requer o alinhamento dos trabalhadores portadores de tendência à ideologia organizacional. Contudo, não basta alegar a mudança ideológica do trabalhador, seria preciso demonstrar o grau de repercussão no cumprimento da prestação, que torne impossível o correto desenvolvimento de todas ou principais tarefas.

44. Cumpridos esses requisitos, pode o empregador, portanto, dispensar o empregado, sem justa causa, em face da incompatibilidade ideológica, sem que isso, neste caso específico das organizações de tendência, configure uma dispensa discriminatória.

45. Se, entretanto, além de não mais se compatibilizar com a linha ideológica da organização, o empregado passar a fomentar internamente perante os demais empregados contra a vontade destes, expor externamente perante terceiros a sua mudança ideológica, ou denegrir

publicamente a ideologia da organização, até então sua empregadora, a dispensa, neste caso, poderia, se preenchidos os demais requisitos, ser na modalidade por justa causa, consubstanciada em um ato de indisciplina (descumprimento de ordem geral) ou, se for o caso, insubordinação (descumprimento de ordem específica), nos termos do artigo 482, “h”, da CLT.

46. E quando é o empregador que altera sua ideologia? E se abusar do seu direito de “discriminar”? Pode o empregado considerar seu contrato de trabalho rescindido por justa causa patronal? Nestes casos, entende-se que é possível a rescisão do contrato de trabalho quando a organização alterar significativamente a ideologia que portava anteriormente como é o caso, por exemplo, do jornalista que labora em um meio de comunicação que altera sua ideologia de forma tal que não mais se coaduna com os seus ideais.

47. A prática discriminatória do empregador constitui justa causa para a rescisão indireta do contrato de trabalho? Neste caso, entende-se que a referida conduta do empregador pode ser enquadrada no art. 483, alínea “e” da CLT, vale dizer, quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

48. O direito reconhecido aos titulares das instituições de ensino de transmitir um ensino ideológico é o resultado da soma da vontade de cada um dos pais ou responsáveis para que seus filhos recebam uma educação de acordo com suas convicções.

49. O ideal, certamente, é uma pacífica convivência na instituição de ensino de tendência, ou seja, uma harmônica relação entre o exercício dos direitos do trabalhador, em especial dos professores (liberdade de cátedra), da instituição de ensino (a sustentação e difusão do conteúdo axiológico da ideologia) e dos pais de família (educação desejada para seus filhos), isto é, uma articulação recíproca entre todos os direitos dos pais, alunos, professores e do titular da instituição de ensino, respeitando sempre o conteúdo essencial de cada um deles.

50. A necessária adequação do professor de religião ao conteúdo axiológico da instituição de ensino de tendência, permite que, no processo de seleção, estas instituições, somente contratem aqueles candidatos cuja ideologia coincida com a sua ideologia.

51. No que tange aos demais trabalhadores das instituições de ensino de tendência, é importante destacar que não seria correto que a instituição de ensino os obrigassem a optar pela mesma ideologia, obrigando a difundi-la como própria, ou que estes se tornem defensores de tal ideologia, salvo quando se tratar de trabalhador portador de tendência, como é o caso emblemático do professor de religião de um colégio religioso.

52. A liberdade de cátedra em uma universidade será mais ampla e poderia permitir ao professor indicar qual é sua ideologia, mesmo que seja diferente da ideologia da universidade. Por outro lado, a liberdade de um professor de ensino de um nível inicial em um colégio religioso será muito menor e não poderia expressar opinião contrária à da instituição de ensino, de modo que no caso do professor de religião de um colégio religioso, exige-se um alinhamento da liberdade de cátedra ao conteúdo ideológico do colégio

53. O proprietário pode alterar seu ideal, contudo, não ao seu mero arbítrio, uma vez que isso poderia ser visto como uma fraude perante aqueles que tratam com o centro de ensino. Assim, em virtude de uma cláusula de consciência em favor dos professores que sintam lesadas as suas convicções em virtude da transformação do ideário, pode o professor considerar seu contrato rescindido, com a percepção de indenização compensatória.

54. Nos meios de comunicação, no que diz respeito aos empregados do setor administrativo e que realizam trabalhos internos de suporte ao meio de comunicação (como os funcionários da área de contabilidade, logística, comercialização, por exemplo); de áreas produtivas, mas somente de operação (a exemplo dos empregados que laboram na impressão do jornal); ou, até mesmo jornalistas, mas que não estejam vinculados ao ideal empregador jornalístico (como os jornalistas da sessão de esportes); não há falar em vinculação com a ideologia do meio de comunicação. Nestes casos, se exige tão somente um respeito ao conteúdo axiológico ideológico, como evitar críticas à organização com *animus nocendi*, por exemplo, decorrentes dos deveres conexos ao contrato de trabalho, porém não se exige um alinhamento ou comunhão de ideais.

55. Os trabalhadores das empresas jornalísticas, em que pese a imposição do ideário do empregador, podem negar-se a mentir ou ocultar uma notícia, porém, sempre respeitando a ideologia da empresa jornalística, uma vez que toda empresa que tem por objetivo a difusão de informação, seja ela ideológica ou não, tem o dever de informar sobre fatos reais e verdadeiros.

56. A cláusula de consciência é uma garantia assegurada em favor da liberdade de expressão, uma salvaguarda da liberdade ideológica e do exercício da defesa da ética. Sua violação permite a rescisão do contrato de trabalho, quando houver uma modificação significativa na ideologia do meio de comunicação social, que possa lesar a honra do jornalista empregado, sua reputação ou simplesmente seus ideais, interesses morais, pertencentes ao foro íntimo

57. Em contrapartida, parece ser possível a possibilidade de extinção do contrato de trabalho, por iniciativa da empresa jornalística de tendência, quando haja uma alteração na ideologia do jornalista-empregado (portador de tendência), de modo a comprometer o ideário da organização, fundamentado na liberdade de expressão do titular da empresa, que, por meio desta, pretende difundir sua ideologia. Assim como a recíproca também é verdadeira, ou seja, pode o empregado, ter seu contrato rescindido, em virtude de alteração do ideário da organização, com base na cláusula de consciência.

58. No caso dos partidos políticos e sindicatos, convém distinguir duas situações: a primeira, são os serviços prestados por trabalhadores que não estão filiados ao sindicato ou partido político; a segunda, são os serviços dos trabalhadores para o sindicato ou partido político a que pertencem (são filiados). Cada caso tem critérios diferentes, devendo ser apreciados os valores constitucionais em jogo e ponderar a atuação de cada um deles.

59. No primeiro caso (serviços prestados por trabalhadores não filiados), está-se diante de uma relação laboral comum ou ordinária, de modo que estes trabalhadores devem respeitar os ideais da organização, mas não têm o dever de difundir ou simpatizar com a ideologia. No segundo caso (trabalhadores filiados), dependendo de circunstâncias específicas, estar-se-ia diante de uma relação laboral na qual, além dos deveres ordinários e conexos ao contrato de trabalho, é necessário uma plena identificação com o ideal da organização, a ponto de que estes trabalhadores estejam filiados ao sindicato/partido.

60. Não obstante, importante ressaltar que seria questionável a existência da filiação como requisito prévio ou substancial para a contratação em um partido político ou sindicato. Como regra geral, não existe nenhuma relação ou necessidade de subordinar uma relação laboral à filiação ao sindicato/partido. Pode-se dizer, apenas, que são figuras concorrentes ou não, vai depender da vontade do trabalhador.

61. Por fim, mesmo quando se tratar de trabalhadores filiados e que ocupem cargos representativos no seio destas organizações, isso não implica em restrição total de direitos fundamentais destes trabalhadores. Será necessário, conforme já fora dito, levar em consideração a racionalidade normativa do método da ponderação entre os direitos em conflito, como via adequada para impedir soluções extremas que conduzam a situações que não se pode tolerar, tampouco, admitir, como a liberdade de expressão de uns implique a exclusão da liberdade de expressão de outros, devendo, ao menos, ser respeitado o núcleo duro deste direito.

62. No que tange às igrejas, grupos e congregações religiosas, é importante considerar, dentro do tratamento destas organizações de tendência, os entes assistenciais/de caridade e docentes dependentes das igrejas, uma vez que, nestes casos, tratam-se de entidades executoras da ideologia da entidade principal, sendo que, muitas vezes, terminam por coincidir com a atividade própria peculiarmente eclesiástica, para que, por sua vez, existiria um corpo normativo especial

63. O caráter religioso do centro laboral não pressupõe que os trabalhadores se encontrem plenamente “ajustados” às diretivas do mesmo e sejam impedidos de exercer dignamente seus direitos fundamentais. Como já apontado pela doutrina e visto no presente trabalho, o centro de trabalho não é um mundo fechado em separado do restante da sociedade, e, por isso, os direitos fundamentais tem eficácia não somente perante o Estado, mas também em face de terceiros, de modo que os trabalhadores podem exercer seus direitos fundamentais ajustando-se ao conteúdo axiológico do ideal da organização de tendência

64. Os limites devem determinar-se em função da proximidade ou não das atividades laborais ao conteúdo ideológico, sendo, neste caso, a função de professor de religião que sofrerá maior limitação nos seus direitos fundamentais, tais como adequação ideológica, a difusão das crenças e valores, bem como na propagação externa destes e na prática real e efetiva dos dogmas, inclusive em condutas extralaborais. Porém, estão excluídas as condutas da vida íntima e privada que não estejam relacionadas com a ideologia do empregador, como atividades de lazer, passatempo, ou seja, matérias que não digam respeito à ideologia da organização, posto que não interferem no cumprimento da prestação principal.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

ALCEBÍADES JÚNIOR, José. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRÉ, Francheschi Caroline. O Princípio da Proporcionalidade *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador: Procedimentos Lícitos e Ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARACAT, Eduardo Milléo. Poder de Direção do Empregador: Fundamentos, Natureza Jurídica e Manifestações *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador: Procedimentos Lícitos e Ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25-62.

BARACAT, Eduardo Milléo; MANSUR, Roseane Maria Vieira. O Controle Extralaboral *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG). **Controle do Emprego pelo Empregador: Procedimentos Lícitos e Ilícitos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 233-252.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

_____. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.100. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 05/09/2014.

_____. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 01/04/2014.

_____. **Exposição de Motivos**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29280> . Acesso em: 31/12/2014.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Acesso em: 05/09/2014.

BRASIL. **Lei n. 9029 de 13 de abril de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 15/01/2015.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14/01/2015

_____. **TRT-1 - RO: 00018994220115010245 RJ**, Relator: Celio Juacaba Cavalcante, Data de Julgamento: 21/10/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 12/11/2013. Disponível em: <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114840017/recurso-ordinario-ro-18994220115010245-rj> Acesso em: 17/11/2014.

_____. **TRT-2 - RO: 00018056320125020041 SP 00018056320125020041 A28**, Relator: MARIA DE LOURDES ANTONIO, Data de Julgamento: 21/08/2014, 17ª TURMA, Data de Publicação: 29/08/2014. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145934741/recurso-ordinario-ro-18056320125020041-sp-00018056320125020041-a28>> Acesso em: 17/11/2014.

_____. **TST - RR - 70140-55.2007.5.15.0007**. Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

_____. **TST – RR-724-2008-678-09-00**. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

_____. **TST – 1ª T. RR-613/2000-013-10-00.7**. Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 01/08/2014.

_____. **TST - AIRR: 8319220125030107**, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014, disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121809618/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-8319220125030107> Acesso em: 17/11/2014.

BOBBIO, Norberto. Pluralismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís, Renzo Dini. 2 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 16 de dez. de 2014.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. vol. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1981.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

_____. **Convite à filosofia**. 13.ed. São Paulo: Ática, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da filosofia contemporânea. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÓRDOVA, Luis Castillo. **Libertad de Cátedra en una Relación Laboral con Ideário**: Hacia una interpretación armnizadora de las distintas libertades educativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Podivm, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013.

ESPANHA. Tribunal Constitucional espanhol. **STC N° 38/2007 de 15 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Auto.aspx?cod=22051> . Acesso em 20/11.2014.

GALINDO, Bruno. Cidadania complexa e direito à diferença: repensando o princípio da igualdade no estado constitucional contemporâneo. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coords.). **Cidadania plural e diversidade**: a construção do princípio da igualdade nas diferenças. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

GALLEGO, Francisco Javier Calvo. **Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.

GIL, José Luis Gil y. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Ministério da Justiça da Espanha (Centro de Publicaciones), 1993.

GIMENO, Francisco R. Blat. **Relaciones Laborales en empresas ideológicas**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1986.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

_____. GOTTSCHALK Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ed., Rio de janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LACERDA, Dorval. **O contrato individual de trabalho**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1939.

_____. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: A Noite, 1949.

LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: RODRÍGUEZ, Ricardo Escudero (coord). **El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas**. Madrid: La Ley, 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARANHÃO, Délio. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Contrato de Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SAGADAS VIANA; LIMA TEIXEIRA. **Instituições de Direito do Trabalho**, 20.ed. Vol. 1. São Paulo: Ltr, 2002.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas Antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. 3.ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. Salvador: LTr, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. **Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28.ed., São Paulo: LTr, 2002.

_____. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NORIEGA, Antônio García. **Limites a la Libertad de Expression por Motivos Profesionales**. Madrid: Difusión Jurídica, 2009.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) Direito do Trabalho Contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111 da OIT**. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/node/472>> Acesso em: 26/11/2014.

PERU. Tribunal Constitucional. **Expediente N° 895-2001-AA/TC**. Disponível em < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>> . Acesso em: 22/11/2014

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5.ed., São Paulo: LTr, 2003.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. Uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Maredo Báez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência**. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?. Coimbra: Coimbra, 2004.

RIVERO, Glória P. Rojas. **La Libertad de Expresión del Trabajador**. Madrid: Editorial Trotta, 1991.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Poderes do Empregador e ideologia**. Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1993 *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTR, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10.ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SAGALÉS, Jaime. **La Cláusula de Conciencia del profesional de la Información como Sujeto de una Relación Laboral**. Valencia: LAEL, 2000.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. Constitucionalismo Social. *In*: ROMITA, Arion Sayão (ORG). **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, vol. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. vols. I e II. São Paulo: LTr, 2005.

_____; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANA, J.; *apud* ROMITA, Arion Sayão. **Poderes do Empregador e Ideologia**. *In* Revista LTr, Vol. 78, nº 08, 2014.

WALZER, Michael. **La Crítica Comunitarista del Liberalismo**. Tradução de Sebastian Abad. *In*: Agora Cuadernos de Estudios Políticos, nº 4, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. São Paulo: LTR, 1996.