



FACULDADE  
BAIANA DE  
DIREITO

*Faculdade Baiana de Direito e Gestão*

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUMA SANTOS REGIS**

**EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO  
FRENTE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

Salvador

2015

**LUMA SANTOS REGIS**

**EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO  
FRENTE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriana Wyzykowski

Salvador

2015

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUMA SANTOS REGIS**

**EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO  
FRENTE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2015

Deus, a mãe Maria e ao meu  
senhor, Jesus Cristo.

A Minha mãe, Silvia Santos,  
sempre presente e me amando  
incondicionalmente.

A meu pai, Jorge Regis e a  
Marcus Moraes, pela  
compreensão, e, também aos  
meus amigos.

A minha querida orientadora,  
Adriana, pela dedicação e  
apoio, sempre.

“E de repente, num dia qualquer, acordamos e percebemos que já podemos lidar com aquilo que julgávamos maior que nós mesmos. Não foram os abismos que diminuíram, mas nós que crescemos.”

## RESUMO

Fez-se necessário realizar o presente trabalho, diante de situações cada vez mais recorrentes nas relações de emprego sem amparo legislativo de colisão do direito fundamental à liberdade religiosa do empregado frente ao do poder diretivo do empregador. O objetivo foi analisar de que a liberdade religiosa é um direito fundamental inerente ao empregado que, sua vez, ao entrar no mercado de trabalho não perde sua condição de humano. Assim, demonstrou-se como o empregador deve exercer o poder de controle sobre o empregado de modo a não causar lesão ao direito fundamental à liberdade religiosa – sendo esta a possibilidade de crer em algo ou não crer em nada. Identificaram-se os direitos do empregado, precisamente os direitos fundamentais, tendo como foco o direito fundamental à liberdade religiosa. Dessa maneira foi explanada a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego, e pugnou-se pela eficácia direta dos direitos fundamentais. Diante disso, explicou-se o poder diretivo do empregador, suas espécies, bem como os seus limites. Verificou-se que com o surgimento do poder diretivo para o empregador advindo do contrato de trabalho, surge para o empregado a subordinação relacionada à prestação do serviço. Por fim, foi verificado que nem o poder diretivo é absoluto, e, tão pouco, o direito fundamental à liberdade religiosa, sendo necessárias limitações legislativas à utilização, aplicação e ponderação desses dois direitos, de modo a proteger o empregado que ocupa uma posição de hipossuficiente na relação trabalhista, mas, que, também não prejudique o rendimento da empresa. Foi verificada então a existência de limitações ao exercício do poder diretivo do empregador na Constituição Federal de 1988, nos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais, Liberdade religiosa, Poder diretivo, Relações de emprego.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF/88	Constituição Federal da República
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	13
2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E BREVE HISTÓRICO .....	13
2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	18
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	22
2.4 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL E A EFICÁCIA DO ART. 5º PARÁGRAFO 1º, CF .....	23
2.5 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA EM SENTIDO AMPLO .....	29
<b>2.5.1 Direito a liberdade</b> .....	<b>31</b>
<b>2.5.2 Liberdade religiosa</b> .....	<b>34</b>
<b>3. EFICÁCIA HORIZONTAL PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>50</b>
3.1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: A DOCTRINA DA STATE ACTION.....	53
3.2 AS TEORIAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	56
<b>3.2.1 A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais</b> .....	<b>56</b>
<b>3.2.2 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais</b> ...	<b>61</b>
3.3 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO.....	67
3.4 OUTRAS CONCEPÇÕES TEÓRIAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	71
<b>3.4.1 Teoria de schwabe</b> .....	<b>71</b>
<b>3.4.2 Teoria integradora de alexy</b> .....	<b>73</b>
3.5 EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS .....	74



<b>4 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÃO DE EMPREGO</b> .....	90
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA .....	90
<b>4.1.1 Conceito</b> .....	90
<b>4.1.2 O direito fundamental à liberdade religiosa na CF/88</b> .....	93
4.1.2.1 Liberdade de crença .....	93
4.1.2.2 Liberdade de culto .....	96
4.1.2.3 Liberdade de organização religiosa.....	99
4.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	101
4.3 A UTILIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES DIANTE DOS CONFLITOS ENVOLVENDO A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE RELIGIOSA.....	106
<b>5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b> .....	116
5.1 BREVES NOTAS SOBRE A RELAÇÃO DE EMPREGO E SEUS ELEMENTOS .....	116
5.2. PODERES DO EMPREGADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO .....	122
<b>5.2.1 Poder diretivo</b> .....	<b>122</b>
<b>5.2.2 Poder disciplinar/fiscalizatório</b> .....	<b>128</b>
<b>5.2.3 Poder regulamentar</b> .....	<b>131</b>
5.3 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO .....	132
5.4 LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL.....	135
<b>5.4.1 A necessidade da tutela da liberdade religiosa nas relações de emprego</b> .....	<b>140</b>
<b>5.4.2 Casos práticos de aplicação da liberdade religiosa na relação de emprego diante do poder diretivo do empregador</b> .....	<b>146</b>
5.4.2.1 É possível num processo de seleção incluir pergunta sobre religião do candidato? .....	146
5.4.2.2 Sob o fundamento da liberdade de crença, é possível admitir que empregados façam proselitismo de determinado segmento religiosos no âmbito interno da empresa? .....	149

5.4.2.3. Os empregados adventistas do sétimo dia e o direito de guardar os dias de sábado para o culto.....	155
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>162</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>174</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Devido à importância da liberdade religiosa como um Direito Fundamental e, também Humano, é preciso reconhecer que este deve receber a máxima efetividade, inclusive com relação às questões fáticas e jurídicas. Entretanto sendo a liberdade religiosa um Direito, como outro qualquer, ela não é um direito absoluto, afinal este se encontra dentro dos direitos individuais a liberdade de pensamento (liberdade de consciência, de crença, de manifestação do pensamento e de expressão) e estes, por sua vez, são normas-princípios, e, quando aplicado não deve se sobrepor de outro direito individual igualmente protegido pela Constituição Federal.

Nesse passo, vislumbra-se que nas relações humanas, e, no ambiente de trabalho - que é o nosso foco -, o exercício da liberdade religiosa (liberdade de culto, de organização religiosa, com ênfase na liberdade de crença) e seus desdobramentos, deve ser assegurado devido à tamanha importância que lhe foi dada pelo constituinte. Entretanto, esse exercício deve ser ponderado com o intuito de resguardar outros direitos inerentes ao indivíduo, afinal como diz a velha máxima popular “a sua liberdade termina onde começa a do outro”.

O presente trabalho se faz importante para o ordenamento jurídico brasileiro, pois busca encontrar um equilíbrio entre os direitos da personalidade e as relações de trabalho, o que vem se mostrando falho, mas que precisava ser efetivado, pois a empresa é o local onde se dirigem os trabalhadores com objetivos profissionais e materiais. Entretanto se tratando de um ambiente altamente heterogêneo, a possibilidade de um empregado ou um empregador querer fazer proselitismo de uma religião dentro da empresa é grande, mas deve ser respeitado à possibilidade dos demais terem feito uma opção diferente, ou até mesmo não ter consumado escolha alguma – o que a Constituição brasileira de 1988 garante – fato que cria constrangimentos com imprevisíveis consequências.

O direito individual à liberdade religiosa é um Direito Fundamental assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro que deve ser resguardado em todas as suas dimensões. Porém, embora a questão religiosa esteja na agenda internacional e no cotidiano da maioria das pessoas, a literatura jurídica nacional pouco tem investigado o tema. Partindo do pressuposto que esse direito é disposto para os

homens usufruírem, surge uma questão muito delicada que é o direito de um não poder interferir no direito do outro, só que por essa linha ser tênue muitas vezes o exercício desse direito à liberdade religiosa cria situações conflitantes com consequências irreparáveis.

Neste sentido, vale a pena ressaltar, que, além de direito fundamental, a liberdade religiosa é também um direito humano, e, por esse motivo, faz-se necessário traçar distinções existentes entre essas duas espécies.

No que tange a tutela jurídica ao direito à Liberdade Religiosa, está previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, quando nos seus artigos, de forma explícita, assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante proteção aos locais de cultos e as suas liturgias; assegura, também, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva e estatui que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa; além disso, esse direito é tutelado no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro obriga aos poderes públicos a não embaraçarem o exercício dos cultos religiosos e protege-los, impedindo que outro o faça; Ademais, a liberdade religiosa também é assegurada implicitamente no momento em que dá a todo e qualquer indivíduo os Direitos da personalidade, como por exemplo, o direito a liberdade lato sensu (liberdade de pensamento, de crença, entre outros).

Desta forma, o presente trabalho visa tratar desse assunto que aparentemente é simples, mas que quando colocado em uma sociedade onde há também outros direitos assegurados, pode acontecer conflitos em que seja necessário se utilizar da técnica da ponderação na hora de aplicar essas normas no caso concreto. Isso porque, as normas citadas aqui, são normas-princípios que não se valem da regra do “tudo ou nada”, e, por isso se diferenciam das normas regras.

Evidenciando esse princípio da Liberdade religiosa no direito do trabalho, foi percebido que pelo espaço de trabalho geralmente ser um lugar extremamente heterogêneo, onde existem profissionais com crenças, pensamentos e jeitos diferentes, e que precisam conviver juntos durante um grande período dos seus dias, o exercício desse direito à liberdade religiosa vem causando conflitos. Acontece que esse espaço de trabalho heterogêneo tem um elo de ligamento entre as pessoas formado pelos objetivos maiores da empresa, que são o profissional e material, que por sua vez, devem ser respeitados.

Então, é admissível o proselitismo de determinado segmento religioso no âmbito interno da empresa, sob a justificativa da liberdade de crença? Qual o dever do empregador para manter resguardado o direito fundamental à liberdade religiosa (de crê em algo ou, simplesmente, não crê em nada) dos empregados sem que prejudique o objetivo principal do trabalho?

No tocante aos objetivos, pode-se pontuar que a principal intenção deste estudo é analisar as formas de positivação do direito fundamental à liberdade religiosa (lembrando que essa abarca a liberdade do indivíduo ter uma crença ou não acreditar em nada) a partir da perspectiva da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego e indicando qual o papel do empregador para manter essa relação saudável sem que haja uma violação a esse direito fundamental. Para se chegar a esse objetivo, pretendesse: a) Traçar contornos do conceito de direitos fundamentais e terminologia utilizada; b) Discorrer sobre as dimensões dos direitos fundamentais; c) Verificar como os direitos fundamentais foram postos na Constituição Federal de 1988, analisando-se sua fundamentabilidade formal e material; d) Examinar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais; e) Verificar quais os titulares dos direitos fundamentais; f) Definir o que conforma a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; g) Analisar as teorias existentes acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, verificando, ainda, se a teoria da eficácia direta e imediata seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e os posicionamentos dos Tribunais pátrios; i) Visualizar as relações de emprego como relações privadas, em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais poderia ser aplicada; j) Identificar o conceito e a importância da religião; k) identificar o conceito de liberdade “lato sensu” e a sua importância; l) Apontar os desdobramentos da liberdade religiosa, mostrando também que estes são importantes e devem ser respeitados objetivando a aplicação do Princípio da Liberdade religiosa; m) Avaliar a liberdade religiosa como um direito fundamental, e, também, um direito humano; n) Determinar os limites ao exercício dos desdobramentos da liberdade religiosa dentro do ambiente de trabalho considerando a heterogeneidade latente que há neste espaço; o) Identificar quais os poderes do empregador; p) Verificar a aplicabilidade do direito fundamental à liberdade do empregado frente ao poder diretivo do empregador;

O primeiro capítulo visa introduzir o conceito de direitos fundamentais , apresentar como este se apresenta na constituição federal de 1988, definir suas dimensões, a forma como se demonstra a sua fundamentalidade formal e material em face da eficácia do art. 5º, parágrafo 1º, bem como analisar o direito fundamental à liberdade como um todo, e, também o direito fundamental a liberdade religiosa, especificamente.

No segundo capítulo, será feito um estudo das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e a eficácia desses direitos nas relações privadas. Em seguida, serão expostas as principais teorias existentes sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quer sejam a doutrina da *state action*, a teoria da eficácia indireta ou mediata, a teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria dos deveres de proteção.

De forma breve, será feito ainda uma análise de outras teorias existente, que, por sua vez, são a teoria de Schwabe a teoria integradora de Alexy. Por fim, o capítulo demonstrará uma discussão da possibilidade de aplicação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

O terceiro capítulo trará o direito fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego. Para isso será necessário indicar o conceito da liberdade religiosa, explicar como esse direito fundamental está na CF/88, e demonstrar os seus desdobramentos (liberdade de crença, culto e organização religiosa). Ademais, será traçada a diferença entre as normas constitucionais (princípios e regras), passando pela interpretação da liberdade religiosa por meio dos princípios de interpretação constitucional. No fim desse capítulo, será explicado como deve ser utilizada a ponderação de interesse diante dos conflitos envolvendo a colisão de direitos fundamentais e liberdade religiosa.

O quarto, e último capítulo, tratará da eficácia horizontal do direitos fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego. De início, irá introduzir o conceito de poder diretivo, a forma como se dá o exercício deste poder, bem como fixar que o empregador detém tais poderes para ter a possibilidade de dirigir a prestação de serviço, pois é ele que assume o risco da atividade econômica. Seguindo, será discutido os limites do poder diretivo do empregador em razão da eficácia horizontal, nesta senda, será necessário analisar até que ponto o empregador poderá utilizar dessa prerrogativa que lhe é conferida sem ferir os direitos individuais do

empregado. O fato de não haver na legislação trabalhista uma clara delimitação sobre os limites do poder de controle do empregador dá azo à atuação desmoderada, por parte do empregador, acobertado por este poder.

Por fim, serão abordados os meios de concretização desse direito fundamental à liberdade religiosa nas relações de emprego, e, por sua vez, serão identificados os deveres e limites impostos pelo ordenamento jurídico inerentes poder diretivo do empregador, visando garantir que os direitos individuais dos empregados sejam preservados.

## **2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Direitos fundamentais são direitos e garantias direcionados a todos os seres humanos com o objetivo de protegê-los das condutas que atentem contra a dignidade da pessoa humana. Pela importância desses direitos será analisado agora o conceito dos direitos fundamentais e sua evolução história de modo geral.

### **2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E BREVE HISTÓRICO**

Como direitos, estão positivados de forma declaratória, e assegurados como garantia pelas normas de direito assecuratório, podendo ser reivindicados pelo seu titular a qualquer momento quando forem desrespeitados.<sup>1</sup>

Para um melhor entendimento faz-se necessário diferenciar direitos naturais, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, pois existe uma certa confusão em relação a esses direitos tipos de direitos.

Para Christina D'arc Damasceno Oliveira

[...] os direitos humanos se reportam a categorias normativas destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana, com reconhecimento na seara internacional, independentemente de vinculação a uma ordem jurídica interna específica, e que os direitos fundamentais se referem a categorias normativas tomando em conta os

---

<sup>1</sup>ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2014, p.58-59.

direitos humanos acolhidos, expressa ou implicitamente, na ordem jurídica de determinado Estado.

Em breves linhas, pode-se dizer que direitos naturais são direitos essenciais ao ser humano, antecedendo a própria existência do estado, que decorrem da própria humanidade, e, por isso, não são positivados. No momento em que os direitos naturais são positivados, passa-se então a falar em direitos do homem.

Quando os direitos do homem são positivados na ordem jurídica internacional, eles se qualificam como direitos humanos. Por fim, os direitos fundamentais, em sentido próprio, nascem a partir do direito do homem, e, quando positivados na ordem jurídica interna, se tipificam como direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup>

[...] os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-se ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação as constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado constitucional.

Dessa maneira, os direitos fundamentais estão protegidos pela Constituição traduzindo-se como uma forma legislativa de limitação ao exercício do poder de próprio estado, assim como os poderes que também são conferidos a particulares pela nossa legislação, entre eles o poder diretivo. Leonardo Estevam de Assis Zanini<sup>4</sup> ensina que os direitos fundamentais são direitos necessariamente conferidos ao homem e posteriormente positivados.

<sup>2</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 .ed. São Paulo : LTr, 2014, p.SS-63

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012,p.32.

<sup>4</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva 2011, p.56-57.



Ainda, segundo Arion Sayão Romita<sup>5</sup>

[...] 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 [...]

Em esclarecimento sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que "direitos fundamentais" é uma expressão do direito do ser humano reconhecida e explicitada no âmbito do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que, na relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal. Dependentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional o termo utilizado é "direitos humanos". Percebe-se aqui, uma validade universal, para todos os povos e tempos, aspirando um caráter supranacional (internacional) inequívoco.<sup>6</sup>

De maneira convergente, indica Manoel Jorge e Silva Neto, que "direitos do homem ou humanos" são terminologias empregadas usualmente nos tratados e convenções internacionais, e, de outro modo, "fundamentais", é designado ao conjunto de direitos considerados específicos no sistema normativo constitucional.<sup>7</sup>

Então, a principal diferença entre os direitos fundamentais e humanos é o habitat de cada um, já que aqueles estão no ordenamento jurídico de determinado estado e esses são retirados nos tratados e convenções internacionais.

Ademais, há como um mesmo direito que é indicado como Humano ser também, fundamental, basta que haja uma implantação, pelo ordenamento de um estado, a norma internacional sobre direitos humanos trazendo estas ao sistema interno, lhe é conferido o caráter de direito fundamental.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2014, p.53.

<sup>6</sup> SARLET, Wolfgang Ingo, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p.203.

<sup>7</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p.83.

<sup>8</sup> Tratando do assunto, Manoel Jorge acrescenta que no Brasil é através da ratificação que um direito humano pode ser incorporado como fundamental. Esse processo de ratificação ocorre com a concordância do Congresso nacional (art.49 da Constituição) e a manifestação do presidente da república através do decreto de promulgação. Neste sentido, os tratados que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, após emenda 45/2004, por três quintos dos votos e em dois

José Afonso da Silva<sup>9</sup> prefere denominar os Direitos Fundamentais de Direitos Fundamentais do Homem, e, assim, ele indica que estes fazem referência a princípios que demonstram a ideologia de cada ordenamento jurídico, e qual a maneira deste ordenamento ver o mundo. Assevera, ainda, que tal regulamento, como um direito positivo que é, elege as prerrogativas e instituições que cada Ordenamento consubstancializa em garantias de uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas?

Os direitos fundamentais são encontrados em diversos artigos da Constituição Federal, um dos mais importantes é o art. 5º que traz os direitos individuais e coletivos; além disso, os direitos e garantias fundamentais são encontrados em toda a Constituição Federal, como, por exemplo, os direitos sociais que estão no art. 6º ao art. 11 e os direitos políticos no art. 14 e art. 15, e, também, podemos encontrar esses direitos nos tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário.

Ao tratar dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho indica que este tem duas funções, que, por sua vez são: versar sobre a formação num plano jurídico-objetivo, de normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual. E, a segunda função, num plano jurídico-subjetivo, acarreta na liberdade positiva – poder de exercer positivamente direitos fundamentais-, e, na liberdade negativa- o poder de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões por parte dos mesmos.<sup>10</sup>

Essa ideia é afastada por Virgílio Afonso da Silva<sup>11</sup>, pois para ele não se configura o suporte fático de um direito fundamental sem o elemento da intervenção estatal. Isto porque, ele compreende que o suporte fático de tal instituto é formada por “tanto aquilo que é protegido”, afinal que cesse uma intervenção.

---

turnos de votação, terão a hierarquia das emendas constitucionais, possuindo, portanto, hierarquia Constitucional, entretanto, pautando-se na ADIN nº 1.480 – DF;Re: nº 466.343, jul. Em 31/12/2008, decidiu o STF que os tratados que não forem aprovados pelo processo idêntico ao das emendas, estarão hierarquicamente superiores às leis, mas abaixo da CF, ou seja, serão supra-legais. (SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p.85)  
<sup>9</sup>SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

<sup>10</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. (reimpressão) Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.50.

Deste modo, a proteção à liberdade religiosa faz parte dos direitos fundamentais, mas também dos direitos humanos, visto que ela possui uma tutela constitucional e, ainda, uma tutela supraconstitucional.

A evolução dos direitos fundamentais no Brasil não é tão diferente do ocorrido na Europa e nos Estados Unidos. Os direitos fundamentais no Brasil ganham formalização já com a Constituição do Império de 1824, a qual elencava uma relação considerável desses direitos.

Conforme descreve Henrique Lima, os direitos fundamentais foram repetidos na Constituição Republicana de 1891, entretanto, tais direitos tiveram sua eficácia comprometida com a criação do Poder Moderador que aumentou demasiadamente o poder do Império. Contudo, a Constituição Republicana de 1891 representou um enorme avanço para os direitos fundamentais, eis que fora assegurado expressamente o instituto do habeas corpus, além da titularidade dos direitos e garantias fundamentais serem estendidos não só aos nacionais, mas também aos estrangeiros residentes no país.<sup>12</sup>

Nesse contexto, percebe-se que há uma tradição no Brasil em se estabelecer um rol de direitos e garantias individuais nas constituições brasileiras, os quais foram se repetindo e evoluindo com as constituições posteriores até a constituição vigente.

Já os Direitos Sociais, também chamados de direitos de segunda geração, foram materialmente reconhecidos no Brasil com a Constituição de 1934, que estabelecia o direito à subsistência, e o dever de assistência aos indigentes.<sup>13</sup> Os institutos da Ação Popular e o Mandado de Segurança são também incorporados à Constituição Brasileira de 1934.

Entretanto, é com a Constituição vigente que os direitos e garantias fundamentais alcançam seu auge no contexto brasileiro. A Constituição da República de 1988 estabelece que a dignidade da pessoa humana está entre os fundamentos do Estado brasileiro. Tanto é que foi estabelecido o Título II aos Direitos e Garantias Individuais, os quais foram agrupados em: Individuais (capítulo I), Coletivos (capítulo I e II) Sociais (Capítulo II), de Nacionalidade (capítulo III) e Políticos (capítulo IV).

---

<sup>12</sup> LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Texto extraído do Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 de junho de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>. Acesso em: 15 ago. 2008.

<sup>13</sup> O direito à subsistência estava previsto no *caput* do artigo 113, e o dever de assistência aos indigentes encontrava-se no inciso 34 do mesmo artigo, ambos da Constituição Brasileira de 1934.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>14</sup>, a Constituição Federal de 1988 é a primeira a dispensar aos Direitos Fundamentais o tratamento que lhe é adequado em virtude de sua inegável relevância e indiscutível indispensabilidade.

Por fim, cabe ressaltar que a Constituição de 1988 reúne pela primeira vez em seu âmbito os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, assim como, os consagra como cláusulas pétreas, característica inegável da evolução dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

André Ramos Tavares, ao tratar da evolução dos Direitos fundamentais, observou que no processo histórico houve a aclamação dos direitos civis, políticos, sociais básicos e econômicos, coletivos, e, ainda, dos direitos das minorias. Destaca-se que a consagração de tais direitos é consequência das evoluções histórica-sociais, ou seja, das alterações e necessidades infinitas e inesgotáveis do ser humano, onde no mesmo contexto surgem as dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais.<sup>15</sup>

## 2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAS

Cabe dizer que alguns doutrinadores têm dissentido a respeito da terminologia mais correta para se denominar o evento de evolução histórica dos direitos fundamentais, e isto acontece principalmente entre as expressões “gerações” e “dimensões”.

Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este o posicionamento seguido por vários outros constitucionalistas. Para Bonavides esses direitos passaram a manifestar-se em três gerações sucessivas, que expressam um processo cumulativo e quantitativo.<sup>15</sup>

O posicionamento acima mencionado não vem sendo o posicionamento majoritário da doutrina atual, uma vez que para estes o termo “gerações” é improprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Como fundamento, afirmam que o

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p.57.

<sup>15</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

termo gerações poderia desencadear a falsa ideia no seguinte sentido: conforme fossem evoluindo, correria uma substituição de uma geração por outra, o que como se sabe, jamais poderá acontecer.

De acordo com Ingo Sarlet, existe uma teoria dimensional dos direitos fundamentais que além de indicar o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, indica, também, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno. Posteriormente, Sarlet faz uma defesa a respeito do termo dimensões, explicando que em que pese a discórdia sobre tal terminológica, é crescente a convergência de opiniões sobre a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, considerando que a sua trajetória existencial foi inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara de Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto às transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.<sup>16</sup>

Desse modo, no que tange as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, Manoel Jorge e Silva Neto, diz que o ideal de liberdade individual e política que amparou a revolução francesa fez surgir os direitos de primeira geração, quais sejam, os direitos civis e políticos, frisados pela ausência de intervenção estatal no que se referia a questões individuais. Porém, essa ausência do estado, ampliou a desigualdade, originando assim, os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais ou à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à saúde, lazer e moradia.<sup>17</sup>

Complementa o autor que com a explosão de densidade demográfica, o aumento de consumo e a amplitude das transgressões ambientais, surgiram a terceira geração de direitos – os de interesse difuso que tem por destinatários indivíduos indeterminados, ou seja, protegem não o homem isoladamente, mas sim a

---

<sup>16</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55;

<sup>17</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris.

coletividade como ocorre com o meio ambiente ecologicamente equilibrado -. Enfim, demonstrou-se o direito das minorias que visam atender às demandas da coletividade em prol do respeito das minorias, que são o direito de quarta geração.

Consoante o magistério de Ingo Sarlet<sup>18</sup>, os direitos fundamentais de 1ª geração surgiram no final do século XVIII com as revoluções liberais num momento em que a burguesia, por meio da limitação do poder absoluto dos reis, reivindicava o respeito à liberdade dos indivíduos pelo Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os indispensáveis a todos os homens, que segundo Gilmar Ferreira Mendes, são direitos que ostentam uma pretensão universalista e abstrata, eis que alguns direitos como o de sufrágio, dependia do requisito riqueza para serem desfrutados.<sup>19</sup> Tais direitos se referem às liberdades individuais como a liberdade de culto e reunião, a de consciência, à inviolabilidade de domicílio, entre outros. Mas, o titular desses direitos era o homem individualmente considerado, sendo que o livre encontro de indivíduos autônomos era repudiado por parte do Estado de Direito Liberal.

Com a revolução industrial do Século XX surgem os direitos de segunda geração, ligados ao valor igualdade, oriundos de lutas do proletariado pela conquista dos direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos sociais são resultado de uma nova visão do relacionamento Estado/sociedade, a qual levou o Poder Público a adotar medidas positivas visando superar as angústias estruturais acometidas pela população. São exemplos dessas intervenções o estabelecimento dos seguros sociais, a intervenção na vida econômica, e as demais ações estatais em busca de uma justiça social.<sup>20</sup>

Para Paulo Bonavides<sup>21</sup> que essa geração de direitos fundamentais teve seu substrato nas drásticas condições sociais advindas da Revolução Industrial. A situação de haver trabalhadores nas fábricas em situações incompatíveis com a dignidade humana, aliada à crescente desigualdade social, forçou o reconhecimento de direitos sociais, culturais e econômicos.

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 233.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 233.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

Os direitos de segunda geração não substituem os de primeira, eis que representam uma evolução dos direitos fundamentais. O Estado passa então do status negativo em prol das liberdades individuais, para assumir uma postura positiva perante os membros da coletividade. São exemplos dessas atuações positivas do Estado, a implantação de políticas públicas que buscam efetivar o direito ao lazer, direito à saúde, a assistência social, ao trabalho, à habitação, entre outros.

Seguindo a linha de evolução dos direitos fundamentais, surgiu os direitos de terceira geração, ligados ao ideal revolucionário de fraternidade ou solidariedade. Desse modo, tais direitos surgem com intuito de amenizar a desigualdade social e econômica entre as nações, por meio de ações conjuntas entre países ricos e pobres, em busca do bem estar coletivo.

Esses direitos de terceira geração se destinam à proteção do homem, considerado na sua esfera individual ou de determinados grupos sociais (sindicatos, associações, etc.), mas na defesa dos direitos da sociedade como um todo.<sup>22</sup>

Há ainda autores como Paulo Bonavides<sup>23</sup>, que reconhecem uma quarta geração dos direitos fundamentais, relacionados à expansão do processo democrático mundial, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo Bonavides, os direitos de quarta geração estão ligados ao futuro da cidadania e representam a institucionalização do Estado Social, sendo indispensáveis para a legitimidade da globalização política.

Por fim, ressalta-se a existência das políticas públicas constituem uma maneira de efetivar o acesso das camadas mais desfavorecidas aos direitos fundamentais de cunho social. Dessa forma, o Estado, gerindo os interesses da sociedade, define, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, as metas e os instrumentos de interesse da comunidade. As políticas públicas, assim, revelam-se como uma intervenção do poder público na vida social. Nesse diapasão, Eduardo Appio argumenta que:

As políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro podem ser consideradas setoriais, na medida em que atingem determinados segmentos da sociedade, a partir de necessidades específicas. [...] As chamadas políticas de inclusão têm por finalidade assegurar o acesso

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 526.

efetivo de segmentos pouco representados da população aos bens sociais fundamentais, com o que se reduz o impacto de um modelo puro de democracia representativa.<sup>24</sup>

### 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais são a base do estado democrático de direito brasileiro para que este possa garantir a sua plena efetividade. Esses direitos pelo constituinte e isso se reforça pela amplitude conferida ao direitos fundamentais no texto constitucional.<sup>25</sup> Conseqüentemente, vislumbra-se a dignidade da pessoa humana como grande alicerce o ordenamento jurídico brasileiro, já que a pessoa é vista como fundamento e fim da sociedade e do estado.<sup>26</sup>

É importante salientar que esses direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas por força do art. 60, paragrafo 4º da Constituição de 1988. Gilmar Mendes Ferreira entende que, por serem elementos integrantes da continuidade e da idade da constituição, qualquer reforma tendente a suprimir esses direitos fundamentais seria ilegítima, conforme o referido art.60, paragrafo 4º da CF/8868.<sup>27</sup>

A nossa Carta Magna se reveste de inovações ao inserir no seu Título II os Direitos Sociais que, sob a égide das constituições anteriores se encontravam espalhados ao longo de seus textos, demonstrando com isso, a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.

O compromisso ideológico e doutrinário desses direitos fundamentais que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparece logo a partir do preâmbulo da nossa Lei Maior:<sup>28</sup>

[...] Para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

<sup>24</sup> APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 30.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar ferreira. **Os direitos Fundamentais e seu Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Juridica Virtual. Brasília, vol.02, n.13, junho de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/ver\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/ver_14/direitos_fund.htm). Acesso em: 20 de março de 2015.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direitos Constitucional**, Tomo IV, 2. Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p.166.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1.

<sup>28</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.



desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita, ou implicitamente, conforme podemos observar logo no seu art. 1º, temos no versículo II, o princípio da cidadania e no versículo III, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Versam tais princípios sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também sobre a inexistência de direitos fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, passa-se a considerar o homem como o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações de poder. Tudo fica centrado no homem, nele principia e a ele se dirige.

No art. 5º, parágrafo 1º, fica destacado a inovação da CF/88 ao dispor a aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa uma exequibilidade instantânea derivada da própria constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e auto-suficiente. Ainda, no art. 5º, parágrafo 2º, temos que:<sup>29</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Verifica-se com isso, a possibilidade da existência de outros direitos e garantias fundamentais inseridos ao longo de todo o texto constitucional, como também o fato de os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais, e passarem a ter aplicabilidade imediata no direito interno.

## **2.4 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL E A EFICÁCIA DO ART. 5º**

---

<sup>29</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, p.11.

## PARÁGRAFO 1º, CF

A concepção de direitos fundamentais sempre deverá esta atrelada com a peculiaridade da fundamentabilidade em formal e material. Segundo a doutrina representada por Robert Alexy, a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material.<sup>30</sup>

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, sendo resultado daquilo positivado no texto constitucional. Então, na fundamentabilidade formal, a norma válida que outorga o direito fundamental é a própria constituição, no seu título II. Note-se que essa fundamentabilidade formal recebeu especial atenção do constituinte, como. Assevera Ingo Sarlet, pois se revela não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas, principalmente, na aplicabilidade imediata constante no art. 5º, paragrafo 1º da CF/88.<sup>31</sup>

A fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos, como analisado por Ingo Wolfgang Sarlet, e apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação as demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do dispositivo no paragrafo primeiro do art. 5º, tem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.<sup>32</sup>

Já a fundamentalidade material decorre da existência de decisões fundamentais sobre a estrutura básica do estado e da sociedade.<sup>33</sup> Assim sendo, se pode afirmar que a fundamentabilidade material esta relacionada a correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: malheiros, 2008, p. 520-523.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v.1 ,2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em : 22 de Março de 2015 .

<sup>32</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 ,p . 86-87. 28/bidem, p. 87.

<sup>33</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 ,p . 86-87. 28/bidem, p. 87.

destacar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do estado e da sociedade. Alias, neste sentido, vale observar as intenções constitucionais manifestadas no preambulo da constituição de 1988, o qual estatui expressamente como “valores supremos” da sociedade “o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, o bem estar, o desenvolvimento, à igualdade e a justiça”.<sup>34</sup>

É certo que para determinado direito seja considerado fundamental perante a Constituição de 1988 não basta a fundamentalidade formal. Afinal, o constituinte inseriu uma clausula de abertura quando tratou do regime de direitos fundamentais no paragrafo 2º do artigo 5º, da CF, admitindo como fundamentais os direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, bem como aqueles previstos em tratados internacionais. Nesta ótica, somente poderiam ser considerados direitos fundamentais não expressamente previstos na constituição aqueles que, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade.

O art. 5º, paragrafo 2º da constituição estabeleceu uma regra de abertura<sup>35</sup> a novos direitos fundamentais, como segue abaixo:

Art. 5º. [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>34</sup> Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988.

<sup>35</sup> Observa-se que o REsp 811608 /RS RECURSO ESPECIAL 2006/0012352-8, Ministro Relator Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgamento em 15/05/07\_, traz o direito à saúde como direito fundamental consagrado fora do rol do art. 5º da CF/88 em razão de sua fundamentabilidade material trazida pela cláusula de abertura do art. 5º parágrafo 2º da CF/88, in verbis: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMA EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e 11, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. [...] Mesmo que situado, como comando exposto, fora do catálogo do art 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico [...]. Com efeito, já se viu, oportunamente, que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar os conteúdos daqueles.

Robert Alexy, ao aderir ao papel central que as normas de direito fundamental desempenham no sistema jurídico, afirma que tal característica decorre, justamente, das fundamentalidades formal e substancial. Vejamos:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.(...) (...) A fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.(...) Com a tese das fundamentalidade formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico. (...)<sup>36</sup>

Nos dizeres de Canotilho, a fundamentalidade formal, geralmente é associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais. Ao fim, o autor diz que a ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.<sup>37</sup>

De modo a encerrar esta breve introdução acerca dos direitos fundamentais, vale transcrever a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, que consegue congrega as principais ideias expostas:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>38</sup>

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: malheiros, 2008, p. 520-523.

<sup>37</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 379.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 9. Ed., ver., atualiza. E ampli... Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008p. 89.

Atualmente, falar-se em direitos fundamentais implica fazer referência a um regime específico de aplicação de normas constitucionais, sujeitos ao princípio da aplicabilidade imediata. O art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 traz disposição normativa sobre a eficácia dos direitos fundamentais ao dizer que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Destarte, o parágrafo primeiro traz como regra a aplicabilidade direta ou imediata das normas de direitos fundamentais, como podemos ver:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Conseqüentemente, pela interpretação desse parágrafo, surgem alguns problemas. O primeiro deles é com relação à localização do dispositivo; que se encontra no capítulo destinado aos direitos individuais e coletivos. Nesse mesmo sentido, poder-se-ia sugerir que o parágrafo 1º do art. 5º somente se aplicaria aos direitos individuais e coletivos previstos no rol do art. 5º da Constituição.<sup>39</sup> Contudo, esse argumento não parece correto, pois não há como se proceder com uma interpretação restritiva do dispositivo, já que este trata, genericamente, dos direitos e das garantias fundamentais.<sup>40</sup> No entanto, Ingo Sarlet, relata que houve quem defendesse contrariamente:

Uma nova exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o constituinte "disse mais do que o pretendido", assumindo, por via de consequência, uma interpretação, baseada não apenas na já amplamente questionada e questionável "vontade do constituinte", mas num originalismo ancorado numa vontade presumidamente contrária ao teor liberal do dispositivo.<sup>41</sup>

Entretanto, afirma-se que o constituinte não quis excluir outros direitos fundamentais – como os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais – da aplicação da norma do art. 5º, parágrafo 1º, já que o texto constitucional não faz distinção dessa

<sup>39</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.62

<sup>40</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 601

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.279.

natureza entre eles.<sup>42</sup> Logo, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é válida, mesmo que esses direitos fundamentais não sejam encontrados dentro do catálogo, por força da cláusula de abertura constante no art. 5º, parágrafo 2º, já discutida acima.

Observando o parágrafo 1º do art. 5º encontramos um segundo problema, que, por sua vez, abarca o significado e alcance da norma dele contida, especialmente quanto à sua aplicabilidade e eficácia.

A primeira corrente referente a essa questão, surgiu pautada no argumento de que a aplicabilidade imediata não poderia prevalecer em face das características normativas e estruturais de determinados direitos fundamentais. Assim, questiona-se se a norma do art. 5º, parágrafo 1º, por si só, teria força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas plenamente aplicáveis, ainda que essas necessitassem de intervenção do legislador.<sup>43</sup>

Os defensores dessa corrente afirmam que, os direitos fundamentais alcançariam plena eficácia somente nos termos da lei<sup>44</sup>, já que não se poderia atentar contra a ordem natural das coisas.

Já a interpretação proposta por Eros Grau<sup>45</sup> sugere que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, independentemente da atuação legislativa ou administrativa. Tal interpretação atribui ao § 1º do artigo 5º da Constituição força máxima. Deste modo, as normas configuradoras de direitos e garantias fundamentais teriam imediata exequibilidade e máximo alcance, a despeito de eventual existência de qualquer lacuna ou até mesmo de referência a uma complementação legislativa. Para o doutrinador:

O dever de aplicação imediata autoriza o Poder Judiciário a suprir, no caso concreto, lacunas (falta de norma legislativa ou medida administrativa) que obstaculizam a exequibilidade imediata de direito ou garantia fundamental; autoriza o Poder Judiciário a 'innovar o ordenamento jurídico', a 'produzir direito', se necessário for.

<sup>42</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.62-63.

<sup>43</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.63.

<sup>44</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100.

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.312-324.

Em outra mão, numa interpretação que se localiza em um meio termo, Celso Ribeiro Bastos<sup>46</sup> entende que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, na medida do possível. Nesse sentido, a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais seria a regra, que teria duas exceções: a) quando a própria Constituição prever a complementação legislativa; b) no caso de a aplicação imediata da garantia importar em transformar o juiz em legislador.

Em suma, não se concorda com tais posicionamentos por se acreditar que o art. 5º, parágrafo 1º da constituição federal de 1988 estabelece uma aplicabilidade imediata a todo e qualquer direito fundamental. A eficácia desse direito existirá ainda que não haja um procedimento ou legislação determinando como se dará a fruição de tal direito.

Os direitos de liberdade, chamados "direitos, liberdades e garantias", previstos no título II da CRP, sujeitam-se a um regime jurídico- constitucional especial que lhes garante "uma força vinculante e uma densidade aplicativa ('aplicabilidade directa') que apontam para um reforço da 'mais valia' normativa destes preceitos relativamente a outras normas da constituição, inclusive as referentes a outros direitos fundamentais". Os direitos "econômicos, sociais e culturais", previstos no título III da CRP, estariam sujeitos ao regime jurídico geral dos Direitos fundamentais<sup>47</sup>.

À vista disso, a compreensão da eficácia imediata dos direitos fundamentais deve ser vista sempre pelo alcance da aplicabilidade imediata desses direitos, ainda que não haja um procedimento, legislação determinando como o mesmo deva se dar ou ainda que tais direitos tragam em seu bojo fins ou programas a serem alcançados.

## 2.5 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA EM SENTIDO AMPLO

---

<sup>46</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2.. São Paulo: Saraiva.1989, p.392-393.

<sup>47</sup> CANOTILHO, J.J. G. Ob. cit. P. 522-523 e 527-528. No mesmo sentido, MIRANDA, J. Ob.cit., p. 92 e seguintes. Ainda, CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**.Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127-128.

Noberto Bobbio classifica a liberdade religiosa como um direito fundamental de primeira geração, que também pode ser considerado um direito civil fundamental que trás em seu bojo uma proteção negativa por parte do estado.<sup>48</sup>

Segundo Weingartner<sup>49</sup> o direito fundamental à liberdade religiosa é tutelada juridicamente pela própria constituição federal no seu preâmbulo e, também, no seu artigo 5º, inciso IV, VII, VIII; e no 19, inciso I. Ademais, ele indica o capítulo das forças armadas, que no artigo 143, paragrafo 1º e 2º, atribui serviço alternativo (ao militar obrigatório), compreendendo-se o imperativo de consciência como consequência da crença religiosa ao mesmo tempo em que isentam eclesiásticos, em tempos de paz, do serviço militar obrigatório.

Ao fim, cabe demonstrar que no capítulo referente à ordem social, artigo 210, parágrafo 1º atinente à educação e no capítulo da Família, se preserva o referido princípio da liberdade religiosa, quando dispõe sobre casamento religioso com efeito civil, artigo 226, parágrafo 2º da Constituição Federal.

O direito a liberdade religiosa é ilustrado como princípio fundamental na constituição federal de 1988, e, sendo assim, consoante as lições de Robert Alexy<sup>50</sup>, deve receber máxima efetividade, respeitando-se as questões fáticas e jurídicas.

Seguindo-se a linha de raciocínio, diz Aloisio Cristovam dos Santos Júnior que, quatro aspectos são especialmente relevantes para a configuração de um direito fundamental: as bases constitucionais, o objeto, o conteúdo e os sujeitos (titulares e destinatários).<sup>51</sup> Partindo desse entendimento, se faz necessário explicar o seu respaldo nos tratados e convenções.

Em relação a esse assunto, esclarece Manoel Jorge e Silva Neto<sup>52</sup> que se tem garantia da liberdade religiosa na declaração do direito dos Homens e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 1º, Na declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, em seus artigos I, II, e XVIII; No Pacto Universal dos Direitos Civil e Políticos, em seus artigos 118.1, 18.2 e 18.4; na Convenção Americana

---

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto . **Dicionário de Política** . Brasília: UNB, 2004, p. 708, Et seq.

<sup>49</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição**- Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 87.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: malheiros, 2008, p. 503.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: malheiros, 2008, p. 504.

<sup>52</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 49.



de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 12, itens 1 e 4; na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância a Discriminação Baseadas em Religião e Crença em seus artigos I, II parágrafo 2º, III e V; e, por fim, na Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção nº 111, em seu artigo 1º item 1.

Ao fim, explica José Afonso da Silva que a liberdade de organização religiosa é possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado. Ao tratar sobre esse assunto, ele esclarece a existência de três sistemas quanto à relação - estado - igreja: a confusão que é quando o estado se confunde com determinada religião (Estado teocrático); a união, quando se vê relações jurídicas entre o estado e a determinada igreja sobre à sua organização e funcionamento; e a separação, que como já diz o nome, o estado e a igreja não se confundem.<sup>53</sup>

Manoel Jorge Silva e Neto ao tratar desse assunto, conclui que a União entre o Estado e a Igreja, é possível se perceber de forma clara a preferência da sociedade política por um dado segmento religioso. Já na confusão, a autoridade estatal se confunde com a autoridade eclesiástica, e assim nessa modalidade de relação não se sabe onde começa o estado e termina a Igreja ou vice-versa. Por fim, existe ainda a separação que é a forma de relacionamento muito encontrada atualmente, afinal de contas há uma postura laica do Estado pós-moderno conformada pelo Princípio democrático-republicano, o que trás como consequência a impossibilidade de uma sociedade política seguir, prestigiar ou subvencionar facção religiosa.<sup>54</sup>

Entendido um pouco como se deu essa relação entre a religião e o estado na evolução do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se agora à análise do direito a liberdade em sentido amplo e logo após será feito uma análise de um desses direitos, que, por sua vez, é a liberdade religiosa.

### 2.5.1 Direito a liberdade

---

<sup>53</sup> DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional**. -São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p.163.

<sup>54</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 52.

Antes de iniciar o estudo sobre a liberdade religiosa e mais especificamente sobre o exercício da liberdade religiosa no ambiente interno do trabalho faz-se necessário tecer algumas observações sobre a liberdade, enquanto noção jurídico-política.

A liberdade, segundo indica Aloisio Cristovam dos Santos Junior, é um dos pilares fundamentais da democracia e, assim, na acepção político-jurídica, a liberdade é lembrada por diversas teorias que na busca de defini-la, às vezes focam no seu aspecto negativo, e outras vezes preferem enfatizar o seu aspecto positivo.<sup>55</sup>

Segundo, o referido autor, o sentido negativo da liberdade seria a ausência de um impedimento ou coação. O sentido positivo, por sua vez, seria um poder de autodeterminação utilizado pelo ser humano ao dirigir a sua vontade para a busca da realização pessoal. Assim, de forma mais completa, considerando que a liberdade possui limites que devem ser estabelecidos por lei normal, moral e legislativa.<sup>56</sup>

José Afonso da Silva entende que a liberdade seria uma forma de condenar conscientemente os meios para que uma pessoa realize sua felicidade. É ir em direção de forma coordenada da felicidade pessoal que é subjetiva e circunstancial, sendo assim algo da consciência de cada um e, assim, o que vier a interferir na coordenação dos meios é contrário a liberdade.<sup>57</sup>

Pinto Ferreira, por sua vez, diz que a liberdade pode ser conceituada como um poder dado ao indivíduo, com limites estabelecidos pelo estado, de exercer suas atividades físicas, morais, econômicas e intelectuais, ressalvando que a liberdade de um termina quando começa a liberdade do outro.<sup>58</sup>

Afirma Aloisio Cristovam dos Santos Junior que nas diferentes concepções jurídico-política da liberdade há uma preferência no constitucionalismo moderno pelo seu aspecto positivo, realçando as limitações ao seu exercício, e, ao mesmo tempo, não se despreza o aspecto negativo já que também faz parte do conteúdo da liberdade.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.25.

<sup>56</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.25.

<sup>57</sup> DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional**. -São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p.227

<sup>58</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.70

<sup>59</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.26.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 artigo 4º isso pode ser facilmente observado: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.”<sup>60</sup>

Por fim, destaca ainda Aloisio Cristovam dos Santos Junior que esta liberdade no sentido jurídico-político que pode se manifestar numa acepção negativa (ausência de coação) como numa acepção positiva (faculdade de agir), é uma das bases do estado Democrático. Ademais, seja lá qual for o foco dado à liberdade, via de regra, a lei sempre trará limitações ao seu exercício, e, sob tal perspectiva todas as manifestações da liberdade religiosa devem ser assimiladas.<sup>61</sup>

Desse modo, entende-se por liberdade então, a possibilidade que o ser humano tem de ir atrás da sua felicidade, seja por atitudes, palavras ou pensamentos, mas sempre tendo em mente que a sua liberdade termina quando começa a liberdade do outro que vive na mesma sociedade que você.

Pedro Frederico Caldas resume que a opinião seria um movimento do pensamento de dentro pra fora; é a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação do fenômeno social.<sup>62</sup> Ao passo que, Jayme Weingartner Neto, conclui que a liberdade de consciência relaciona-se com as “convicções íntimas de cada um”, que podem ou não vincular-se ao “aspecto religioso” (e até negá-lo – ateísmo).<sup>63</sup>

Na constituição federal de 1988 contem a liberdade de pensamento considerada como um direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso IV, e, também, no art. 220.

Como corolário da liberdade de pensamento e opinião o legislador constituinte garantiu também a liberdade de expressão, afinal, se o ser humano detém o direito de pensar e opinar, é claro que ele também detém o direito de expressar esse pensamento e opinião. Assim, conforme Nuno e Sousa a liberdade de expressão

<sup>60</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, O. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Comunicação & Educação**, Brasil, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <http://200.144.189.42/ojs/index.php/comeduc/article/view/4250>. Acessado em 03 jun. 2015.

<sup>61</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.26.

<sup>62</sup> CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997, p. 59.

<sup>63</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 87.

consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento.<sup>64</sup>

O fato é que o direito só pode controlar aquele pensamento que é externado. A liberdade de pensar é sempre livre, pois não é possível obrigar alguém a pensar desta ou daquela maneira, e o pressuposto dessa liberdade de externar o pensamento é a liberdade de consciência. Portanto, o fato dos seres humanos serem capazes de pensar de forma particular, por dotarem de consciência, se forma crenças religiosas diferentes, e, sob esse prisma se pode enquadrar a liberdade religiosa como a liberdade de expressar o pensamento em matéria religiosa.<sup>65</sup>

### 2.5.2 Liberdade religiosa

É sabido que o direito a liberdade religiosa tem como pressuposto o tratamento isonômico a todos os cidadãos, independentemente de suas crenças religiosas, visando uma igualdade que não necessita da uniformização das convicções religiosas, pois uma igualdade pode nascer de um ambiente plural de crenças e de opiniões religiosas. Então, convém afirmar que o Princípio da Igualdade em matéria religiosa adotado pelo Estado brasileiro, compõe o direito à liberdade religiosa.<sup>66</sup>

Segundo as já citadas lições de Aloisio Cristovam dos Santos Junior, o princípio da igualdade historicamente destaca-se como fundamental ao reconhecimento do direito a Liberdade Religiosa, pois apenas num contexto de respeito à igualdade de direitos entre os cidadãos, que pode existir a ideia de Liberdade religiosa.<sup>67</sup>

Entende-se que as palavras do autor citado acima, devem ser destacadas, afinal pelo demonstrado sobre a liberdade em sentido amplo, e não só a liberdade religiosa, perante uma sociedade, só há como existir se estivermos falando de uma sociedade igualitária onde haja um respeito à igualdade de direitos entre os cidadãos.

Ainda neste sentido, deve ser compreendido que respeitar à crença religiosa do

<sup>64</sup> SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984, p.137.

<sup>65</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 36 *et seq.*

<sup>66</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 35.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 27.

outro não necessariamente implica no reconhecimento que a religião alheia seja verdadeira. Desse modo, em matéria religiosa o princípio da igualdade não pode ser utilizado para discriminar ou para justificar uma intolerância aquele que defende as suas crenças religiosas em oposição às crenças dos outros.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o Princípio da igualdade em matéria religiosa em dois momentos: primeiro, no artigo 5º, caput, CF que prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E, segundo, no inciso VIII do mesmo artigo a Constituição da República reza que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.

A expressão liberdade religiosa, afirma Jayme Weingartner Neto, que a rigor, não tem apoio textual na Constituição Federal, ao menos para que se tenha uma visão de conjunto, a iniciar pelo Preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, em que os constituintes proclamam, como representantes do povo brasileiro, sob a proteção de Deus.<sup>68</sup> Explicitamente e literalmente no seio dos direitos e garantias fundamentais, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII. Ao tratar da organização do Estado, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas e/ou manter relações de dependência, ressalvada, na forma da lei. Também, no capítulo das forças armadas, atribui serviço alternativo ao entender imperativo de

---

<sup>68</sup> O assunto, com efeito, chegou ao Pretório Excelso por meio de ADI por omissão n. 2076, movida em face do Estado do Acre, por meio do Partido Social Liberal, pelo motivo de não ter este Estado, no preâmbulo de sua Constituição mencionado a palavra *Deus*. O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou improcedente, por unanimidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2076) do Partido Social Liberal (PSL), contra a Assembléia Legislativa do Acre, por omissão no preâmbulo da Constituição daquele estado da expressão “sob a proteção de Deus”. Na ação julgada da hoje (15/8), o partido alegava ofensa ao preâmbulo da Constituição Federal, que mantém a expressão. Para o PSL, omissão apenas na Constituição do Acre tornava o estado “o único no país privado de ficar sob a proteção de Deus”. Argumentou-se ainda que, na Assembléia Nacional Constituinte, a emenda que visava suprimir do texto constitucional a invocação de Deus foi derrotada na Comissão de Sistematização. O relator da ação, ministro Carlos Velloso, sustentou em seu voto que o preâmbulo constitucional não cria direitos e deveres nem tem força normativa, refletindo apenas a posição ideológica do constituinte. “O preâmbulo, portanto, não contém norma jurídica”, disse o ministro. O preâmbulo da Constituição do Acre, alegou Velloso, não dispõe de forma contrária aos princípios consagrados na Constituição Federal, pois enfatiza os princípios democráticos e a soberania popular. “Só não invoca a proteção de Deus que, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete simplesmente um sentimento religioso”. O ministro disse ainda que a referência à proteção de Deus não tem grande significação, tanto que as constituições de países cuja população pratica em sua maioria o teísmo não contém essa referência, como as dos Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Espanha. Ao reforçar o voto do relator, o ministro Nelson Jobim disse que o questionamento do PSL à Constituição do Acre lhe fez lembrar como foi feito o preâmbulo na Constituição brasileira. O ministro Jobim afirmou não se lembrar do nome do deputado constituinte, mas salientou que era um político “muito inquieto”, o que fez o senador Afonso Arinos “costurar” um acordo para que coubesse ao deputado a redação do preâmbulo.

consciência como o decorrente de crença religiosa. E, no sistema tributário nacional, ao mencionar limitações ao poder de tributar, há vedação de instituir impostos sobre templos de qualquer culto. Por fim, quanto à ordem social, atinente à educação, há previsão de ensino religioso, e no capítulo de família, dispõe-se que o casamento religioso tem efeito civil (artigo 226, parágrafo 2º).<sup>69</sup>

Para Jayme Weingartner Neto, a liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como direito subjetivo e como vetor objetivo. Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o título respectivo: direito subjetivos individuais, que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com as devidas particularidades, especialmente no seu exercício); e direitos subjetivos das pessoas jurídicas, titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: princípios, deveres de proteção e garantias institucionais.<sup>70</sup>

Considerando que a liberdade de pensamento é essencial a mente humana, e a íntima relação existente entre a liberdade religiosa e a liberdade de pensamento, serão necessárias trazer algumas questões para o desenvolvimento desse trabalho. Neste sentido, conclui Aloísio Cristovam, que a construção do Estado Democrático de Direito não se concebe sem que se reconheça ao crente o direito de fazer proselitismo religioso, mormente considerando-se que a liberdade religiosa, em certo sentido, é emanção da liberdade de pensamento, ou mais precisamente o direito de exprimir o pensamento em matéria religiosa.<sup>71</sup>

Desse modo, para Jayme Weingartner Neto, em síntese, a liberdade religiosa se firma como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo a rejeição (a crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito).<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 62.

<sup>70</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 68.

<sup>71</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **LIBERDADE RELIGIOSA, IGUALDADE, TOLERÂNCIA E PROSELITISMO RELIGIOSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, disponível em:

<[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_julho2008/.../con1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2008/.../con1.doc)>. Acessado em: 21/10/14

<sup>72</sup> Weingartner Neto, Jayme, *Op. Cit.*, 2007, p. 79.

Manoel Jorge e Silva Neto ao tratar da religião indica que esta é uma realidade humana indiossocrásica<sup>73</sup> que agrega fatores de ordem social, econômica, cultural, etc., que demandam da necessidade do ser humano. À vista disso, a compreensão da religiosidade como um fenômeno universal que é, está intimamente ligada a expressões e conceitos do mundo religioso.<sup>74</sup>

O conceito de liberdade religiosa, segundo Aloisio Cristovam dos Santos Junior não se resume a um único direito, pois é uno o entendimento nacional e alienígena ao entender que se expressa em uma multiplicidade de direitos.<sup>75</sup> Desse modo, percebe-se que o referido instituto integra tantos os direitos individuais quanto aqueles que se situam na esfera da coletividade (ultrapassam os interesses de um único indivíduo).

Para José Afonso da Silva dentro da liberdade religiosa nós temos a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de manifestação religiosa. Esse entendimento também aparece expressamente na constituição federal de 1988, amparando de forma taxativa e direta, a proteção ao direito individual à liberdade religiosa e aos seus desdobramentos, em seu artigo 5º, inciso VI “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 suas liturgias”.

No presente trabalho será tratado mais adiante desses desdobramentos da liberdade religiosa, mas, de forma genérica apenas para introdução do assunto segue algumas informações.

O primeiro desdobramento do Principio da liberdade religiosa apontado por José Afonso da Silva, à Liberdade de Crença, tem uma relação intrínseca com a liberdade de consciência, e, como consequência à livre opção religiosa tem que ser respeitada.<sup>76</sup>

Segundo Manoel Jorge, esta livre opção religiosa se desdobra em ordem positiva – a possibilidade assegurada ao indivíduo de crer no que quiser e expressar a sua

---

<sup>73</sup> Indiossincrasia é o fenômeno da singularidade da reação individual diante de fatores externos.

<sup>74</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 27.

<sup>75</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus p.38

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

crença -, e negativa – o direito que o indivíduo tem de não crer em coisa alguma e de expressar a sua descrença.<sup>77</sup>

O direito à liberdade religiosa para Jayme Weingartnet Neto, “visa proteger o *fórum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé, para isso, cria-se, em torno do indivíduo, uma “esfera jurídico-subjetiva” cujo “perímetro os poderes público e as entidades privadas devem respeitar”. Vinculada à “essência íntima e pessoal do homem”, identifica-se uma posição jurídica de conteúdo de liberdade em sentido jurídico, um “conceito democrático de liberdade negativa, cujo objeto constitui um conjunto indefinido de possibilidades e alternativas de comportamento “ – do qual deflui a impossibilidade de edificar-se, nesta sede, uma liberdade positiva, que se pudesse construir pela imposição estatal de uma “concepção omnicomprensiva ou determinação material do conteúdo do direito em causa””.<sup>78</sup>

Destaca-se ainda, que na própria constituição brasileira vigente, há uma proteção do direito do crente divulgar as verdades da sua crença, sem importar qual seja ela, e, este direito só poderá ser reprimido se tal preceito atentar contra as normas públicas, ultrapassando os limites dos interesses individuais, considerando que não existem direito absoluto.

Desse modo, para Jayme Weingartnet Neto o ateísmo ancora-se na liberdade de consciência, ao passo que a liberdade de crença como desdobramento da liberdade religiosa – direito fundamental como um todo -, significa, a livre escolha e a possibilidade de mudar e /ou abandonar, a qualquer momento, a própria crença religiosa, ou seja, as crenças religiosa e outras convicções previstas no texto constitucional, em determinadas condições podem fundar direito à objeção de consciência.<sup>79</sup>

O segundo desdobramento do direito a liberdade religiosa, e que também possui fundamento no inciso VI do artigo 5º da Constituição de 1988, e a liberdade de culto. Por ser a liberdade de religião inseparável do livre exercício do culto e das liturgias,

---

<sup>77</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 28, *Et seq.*

<sup>78</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 113.

<sup>79</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 115.



a norma constitucional amplia a proteção a liberdade religiosa para assegurar ao indivíduo a livre escolha quanto a forma de adoração das suas divindades.

O terceiro desdobramento do direito individual a liberdade de religião nos leva a liberdade de organização religiosa. Assim, além de a Constituição de 1988 garantir a liberdade de culto e de crença, de modo semelhante encontra-se assegurada em seu artigo 19, inciso I,<sup>80</sup> a plena liberdade para instituir-se segmento religioso.

Assim, pelas ideias extraídas nas citações acima, entendo que, a liberdade de religião sendo um direito fundamental, abarca, também a liberdade de opinião e a liberdade de não seguir qualquer religião, ou mesmo de não ter opinião sobre a existência ou não de Deus (agnosticismo e ateísmo).

O Agnosticismo segundo conceitua Manoel Jorge Silva e Neto, é uma corrente filosófica que só compreende objeto que esteja dentro dos limites da ciência. Este, por sua vez, não se confunde com o Ateísmo, o qual nega a existência de qualquer ser divino. Ademais, na atualidade se fala no surgimento de um Novo Ateísmo, que além de rejeitar a existência de Deus, também questiona, com malignidade, a intromissão da religião na vida das pessoas e até mesmo o respeito que se deva creditar à liberdade de crença.<sup>81</sup>

Dentro do mesmo aspecto, temos também o ceticismo que, segundo o mesmo autor referido acima, corresponde à doutrina filosófica segundo a qual não é possível conhecer a verdade. E, ainda tem o laicismo. Esta, por sua vez, é uma doutrina que defende a separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação à leigos de funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação.<sup>82</sup>

Outro conceito correlato de suma importância, pois é um dos direitos fundamentais desdobrado da liberdade religiosa, é a liberdade de divulgação das crenças, de manifestar e difundir a fé. Este, pode ser delimitado como Proselitismo, e segundo

---

<sup>80</sup> Pela leitura do art. 19, inciso I da CF/88 se faz possível extrair as ideias trazidas. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

<sup>81</sup> SILVA NETO, **Manoel Jorge e. Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.49.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p.51.

Jayme Weingartner Neto, o seu ímpeto varia de religião para religião, mas para muitas, é particularmente importante ou mesmo vital.<sup>83</sup>

Ainda neste sentido, assevera o citado autor, que a proteção da religião abrange os comportamentos idôneos à “aquisição do consentimento e da adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime”, pelo que se afirma que a liberdade religiosa compreende um direito à divulgação das convicções religiosas, alias sem o qual a liberdade de mudar de religião nem faria sentido.<sup>84</sup>

No que diz respeito ao Proselitismo ele pode ser definido como conjunto de comportamentos dirigidos de dentro da comunidade dos crentes para fora dela, com a finalidade de convidar outros à aderirem à mesa.<sup>85</sup> Assim, para Aloísio Cristovam, o princípio de igualdade em matéria religiosa não pode ser utilizado como pretexto para que se considere discriminatória ou intolerante a conduta de quem, na prática do proselitismo religioso, defende a verdade de suas crenças em oposição às crenças dos outros. Desde que o intuito do crente, independentemente da sua religião, limite-se a apontar o suposto erro da doutrina religiosa acreditada por outrem, sem ofender a honra ou a dignidade pessoal do outro – inclusive respeitando o direito que este possui de querer ou não ouvir o discurso –, não há como atribuir a tal conduta qualquer afronta ao princípio constitucional de igualdade em matéria religiosa.<sup>86</sup>

Afirma, ainda, Aloísio Cristovam que todos possuem igualmente o direito de defender a verdade de sua crença, assim como têm direito a defender a sua posição os que não creem (ateus ou agnósticos) e aqueles que sustentam que todas as religiões são, simultaneamente, verdadeira.<sup>87</sup>

Desse modo, partindo do pressuposto que a liberdade religiosa é um direito fundamental será analisado agora a eficácia desses direitos nas relações privadas, para mais na frente, especificamente no capítulo 3 do presente trabalho, retomar de

---

<sup>83</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.117.

<sup>84</sup> *Ibidem/loc. Cit.*

<sup>85</sup> MACHADO, **Liberdade religiosa**, p.224.

<sup>86</sup> SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **LIBERDADE RELIGIOSA, IGUALDADE, TOLERÂNCIA E PROSELITISMO RELIGIOSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. Disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_julho2008/.../con1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2008/.../con1.doc)>. Acessado em: 21 out. 2014, p.4.

<sup>87</sup> *Ibidem/loc. Cit.*

forma mais aprofundada o conceito, desdobramentos e o exercício da liberdade religiosa nas relações de emprego.

### 2.5.1 Direito a liberdade

A liberdade, segundo indica Aloisio Cristovam dos Santos Junior, é um dos pilares fundamentais da democracia e, assim, na acepção político-jurídica, a liberdade é lembrada por diversas teorias que na busca de defini-la, às vezes focam no seu aspecto negativo, e outras vezes preferem enfatizar o seu aspecto positivo.<sup>88</sup>

Segundo, o referido autor, o sentido negativo da liberdade seria a ausência de um impedimento ou coação. O sentido positivo, por sua vez, seria um poder de autodeterminação utilizado pelo ser humano ao dirigir a sua vontade para a busca da realização pessoal. Assim, de forma mais completa, considerando que a liberdade possui limites que devem ser estabelecidos por lei normal, moral e legislativa.<sup>89</sup>

José Afonso da Silva entende que a liberdade seria uma forma de condenar conscientemente os meios para que uma pessoa realize sua felicidade. É ir em direção de forma coordenada da felicidade pessoal que é subjetiva e circunstancial, sendo assim algo da consciência de cada um e, assim, o que vier a interferir na coordenação dos meios é contrário a liberdade.<sup>90</sup>

Pinto Ferreira, por sua vez, diz que a liberdade pode ser conceituada como um poder dado ao indivíduo, com limites estabelecidos pelo estado, de exercer suas atividades físicas, morais, econômicas e intelectuais, ressalvando que a liberdade de um termina quando começa a liberdade do outro.<sup>91</sup>

Afirma Aloisio Cristovam dos Santos Junior que nas diferentes concepções jurídico-política da liberdade há uma preferência no constitucionalismo moderno pelo seu

---

<sup>88</sup>SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.25.

<sup>89</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.25.

<sup>90</sup> DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional**. -São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p.227

<sup>91</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.70

aspecto positivo, realçando as limitações ao seu exercício, e, ao mesmo tempo, não se despreza o aspecto negativo já que também faz parte do conteúdo da liberdade.<sup>92</sup>

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 artigo 4º isso pode ser facilmente observado: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.”<sup>93</sup>

Por fim, destaca ainda Aloisio Cristovam dos Santos Junior que esta liberdade no sentido jurídico-político que pode se manifestar numa acepção negativa (ausência de coação) como numa acepção positiva (faculdade de agir), é uma das bases do estado Democrático. Ademais, seja lá qual for o foco dado à liberdade, via de regra, a lei sempre trará limitações ao seu exercício, e, sob tal perspectiva todas as manifestações da liberdade religiosa devem ser assimiladas.<sup>94</sup>

Desse modo, entende-se por liberdade então, a possibilidade que o ser humano tem de ir atrás da sua felicidade, seja por atitudes, palavras ou pensamentos, mas sempre tendo em mente que a sua liberdade termina quando começa a liberdade do outro que vive na mesma sociedade que você.

Pedro Frederico Caldas resume que a opinião seria um movimento do pensamento de dentro pra fora; é a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação do fenômeno social.<sup>95</sup> Ao passo que, Jayme Weingartner Neto, conclui que a liberdade de consciência relaciona-se com as “convicções íntimas de cada um”, que podem ou não vincular-se ao “aspecto religioso” (e até negá-lo – ateísmo).<sup>96</sup>

Na constituição federal de 1988 contem a liberdade de pensamento considerada como um direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso IV, e, também, no art. 220.

---

<sup>92</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.26.

<sup>93</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, O. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Comunicação & Educação**, Brasil, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <http://200.144.189.42/ojs/index.php/comeduc/article/view/4250>. Acessado em 03 jun. 2015.

<sup>94</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.26.

<sup>95</sup> CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997, p. 59.

<sup>96</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 87.

Como corolário da liberdade de pensamento e opinião o legislador constituinte garantiu também a liberdade de expressão, afinal, se o ser humano detém o direito de pensar e opinar, é claro que ele também detém o direito de expressar esse pensamento e opinião. Assim, conforme Nuno e Sousa a liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento.<sup>97</sup>

O fato é que o direito só pode controlar aquele pensamento que é externado. A liberdade de pensar é sempre livre, pois não é possível obrigar alguém a pensar desta ou daquela maneira, e o pressuposto dessa liberdade de externar o pensamento é a liberdade de consciência. Portanto, o fato dos seres humanos serem capazes de pensar de forma particular, por dotarem de consciência, se forma crenças religiosas diferentes, e, sob esse prisma se pode enquadrar a liberdade religiosa como a liberdade de expressar o pensamento em matéria religiosa.<sup>98</sup>

### 2.5.2 Liberdade religiosa

É sabido que o direito a liberdade religiosa tem como pressuposto o tratamento isonômico a todos os cidadãos, independentemente de suas crenças religiosas, visando uma igualdade que não necessita da uniformização das convicções religiosas, pois uma igualdade pode nascer de um ambiente plural de crenças e de opiniões religiosas. Então, convém afirmar que o Princípio da Igualdade em matéria religiosa adotado pelo Estado brasileiro, compõe o direito à liberdade religiosa.<sup>99</sup>

Segundo as já citadas lições de Aloisio Cristovam dos Santos Junior, o princípio da igualdade historicamente destaca-se como fundamental ao reconhecimento do direito a Liberdade Religiosa, pois apenas num contexto de respeito à igualdade de direitos entre os cidadãos, que pode existir a ideia de Liberdade religiosa.<sup>100</sup>

Entende-se que as palavras do autor citado acima, devem ser destacadas, afinal pelo demonstrado sobre a liberdade em sentido amplo, e não só a liberdade religiosa, perante uma sociedade, só há como existir se estivermos falando de uma

<sup>97</sup> SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984, p.137.

<sup>98</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 36 *et seq.*

<sup>99</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 35.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 27.

sociedade igualitária onde haja um respeito à igualdade de direitos entre os cidadãos.

Ainda neste sentido, deve ser compreendido que respeitar à crença religiosa do outro não necessariamente implica no reconhecimento que a religião alheia seja verdadeira. Desse modo, em matéria religiosa o princípio da igualdade não pode ser utilizado para discriminar ou para justificar uma intolerância aquele que defende as suas crenças religiosas em oposição às crenças dos outros.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o Princípio da igualdade em matéria religiosa em dois momentos: primeiro, no artigo 5º, caput, CF que prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E, segundo, no inciso VIII do mesmo artigo a Constituição da República reza que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.

A expressão liberdade religiosa, afirma Jayme Weingartner Neto, que a rigor, não tem apoio textual na Constituição Federal, ao menos para que se tenha uma visão de conjunto, a iniciar pelo Preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, em que os constituintes proclamam, como representantes do povo brasileiro, sob a proteção de Deus.<sup>101</sup> Explicitamente e literalmente no seio dos direitos e garantias fundamentais, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII. Ao tratar da organização do Estado, veda à União,

---

<sup>101</sup> O assunto, com efeito, chegou ao Pretório Excelso por meio de ADI por omissão n. 2076, movida em face do Estado do Acre, por meio do Partido Social Liberal, pelo motivo de não ter este Estado, no preâmbulo de sua Constituição mencionado a palavra *Deus*. O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou improcedente, por unanimidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2076) do Partido Social Liberal (PSL), contra a Assembléia Legislativa do Acre, por omissão no preâmbulo da Constituição daquele estado da expressão “sob a proteção de Deus”. Na ação julgada da hoje (15/8), o partido alegava ofensa ao preâmbulo da Constituição Federal, que mantém a expressão. Para o PSL, omissão apenas na Constituição do Acre tornava o estado “o único no país privado de ficar sob a proteção de Deus”. Argumentou-se ainda que, na Assembléia Nacional Constituinte, a emenda que visava suprimir do texto constitucional a invocação de Deus foi derrotada na Comissão de Sistematização. O relator da ação, ministro Carlos Velloso, sustentou em seu voto que o preâmbulo constitucional não cria direitos e deveres nem tem força normativa, refletindo apenas a posição ideológica do constituinte. “O preâmbulo, portanto, não contém norma jurídica”, disse o ministro. O preâmbulo da Constituição do Acre, alegou Velloso, não dispõe de forma contrária aos princípios consagrados na Constituição Federal, pois enfatiza os princípios democráticos e a soberania popular. “Só não invoca a proteção de Deus que, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete simplesmente um sentimento religioso”. O ministro disse ainda que a referência à proteção de Deus não tem grande significação, tanto que as constituições de países cuja população pratica em sua maioria o teísmo não contém essa referência, como as dos Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Espanha. Ao reforçar o voto do relator, o ministro Nelson Jobim disse que o questionamento do PSL à Constituição do Acre lhe fez lembrar como foi feito o preâmbulo na Constituição brasileira. O ministro Jobim afirmou não se lembrar do nome do deputado constituinte, mas salientou que era um político “muito inquieto”, o que fez o senador Afonso Arinos “costurar” um acordo para que coubesse ao deputado a redação do preâmbulo.

aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas e/ou manter relações de dependência, ressalvada, na forma da lei. Também, no capítulo das forças armadas, atribui serviço alternativo ao entender imperativo de consciência como o decorrente de crença religiosa. E, no sistema tributário nacional, ao mencionar limitações ao poder de tributar, há vedação de instituir impostos sobre templos de qualquer culto. Por fim, quanto à ordem social, atinente à educação, há previsão de ensino religioso, e no capítulo de família, dispõe-se que o casamento religioso tem efeito civil (artigo 226, parágrafo 2º).<sup>102</sup>

Para Jayme Weingartner Neto, a liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como direito subjetivo e como vetor objetivo. Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o título respectivo: direito subjetivos individuais, que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com as devidas particularidades, especialmente no seu exercício); e direitos subjetivos das pessoas jurídicas, titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: princípios, deveres de proteção e garantias institucionais.<sup>103</sup>

Considerando que a liberdade de pensamento é essencial a mente humana, e a íntima relação existente entre a liberdade religiosa e a liberdade de pensamento, serão necessárias trazer algumas questões para o desenvolvimento desse trabalho. Neste sentido, conclui Aloísio Cristovam, que a construção do Estado Democrático de Direito não se concebe sem que se reconheça ao crente o direito de fazer proselitismo religioso, mormente considerando-se que a liberdade religiosa, em certo sentido, é emanção da liberdade de pensamento, ou mais precisamente o direito de exprimir o pensamento em matéria religiosa.<sup>104</sup>

Desse modo, para Jayme Weingartner Neto, em síntese, a liberdade religiosa se firma como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente

---

<sup>102</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 62.

<sup>103</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 68.

<sup>104</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **LIBERDADE RELIGIOSA, IGUALDADE, TOLERÂNCIA E PROSELITISMO RELIGIOSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_julho2008/.../con1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2008/.../con1.doc)>. Acessado em: 21/10/14

qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo a rejeição (a crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito).<sup>105</sup>

Manoel Jorge e Silva Neto ao tratar da religião indica que esta é uma realidade humana indiossocrásica<sup>106</sup> que agrega fatores de ordem social, econômica, cultural, etc., que demandam da necessidade do ser humano. À vista disso, a compreensão da religiosidade como um fenômeno universal que é, está intimamente ligada a expressões e conceitos do mundo religioso.<sup>107</sup>

O conceito de liberdade religiosa, segundo Aloisio Cristovam dos Santos Junior não se resume a um único direito, pois é uno o entendimento nacional e alienígena ao entender que se expressa em uma multiplicidade de direitos.<sup>108</sup> Desse modo, percebe-se que o referido instituto integra tantos os direitos individuais quanto aqueles que se situam na esfera da coletividade (ultrapassam os interesses de um único indivíduo).

Para José Afonso da Silva dentro da liberdade religiosa nós temos a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de manifestação religiosa. Esse entendimento também aparece expressamente na constituição federal de 1988, amparando de forma taxativa e direta, a proteção ao direito individual à liberdade religiosa e aos seus desdobramentos, em seu artigo 5º, inciso VI “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 suas liturgias”.

No presente trabalho será tratado mais adiante desses desdobramentos da liberdade religiosa, mas, de forma genérica apenas para introdução do assunto segue algumas informações.

O primeiro desdobramento do Principio da liberdade religiosa apontado por José Afonso da Silva, à Liberdade de Crença, tem uma relação intrínseca com a liberdade

---

<sup>105</sup> Weingartnet Neto, Jayme, *Op. Cit.*, 2007, p. 79.

<sup>106</sup> Indiossincrasia é o fenômeno da singularidade da reação individual diante de fatores externos.

<sup>107</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 27.

<sup>108</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus p.38



de consciência, e, como consequência à livre opção religiosa tem que ser respeitada.<sup>109</sup>

Segundo Manoel Jorge, esta livre opção religiosa se desdobra em ordem positiva – a possibilidade assegurada ao indivíduo de crer no que quiser e expressar a sua crença -, e negativa – o direito que o indivíduo tem de não crer em coisa alguma e de expressar a sua descrença.<sup>110</sup>

Aloisio Cristovam dos Santos Filho, ao tratar da liberdade de crença, diz que esta abarca a liberdade de eleger a religião que se deseje seguir, a liberdade para adotar qualquer culto religioso, a liberdade para deixar uma religião e ingressar noutra, e, ainda, a liberdade de não ter religião alguma, optando pelo ateísmo ou agnosticismo.<sup>111</sup>

O direito à liberdade religiosa para Jayme Weingartnet Neto, “visa proteger o *fórum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé, para isso, cria-se, em torno do indivíduo, uma “esfera jurídico-subjetiva” cujo “perímetro os poderes público e as entidades privadas devem respeitar”. Vinculada à “essência íntima e pessoal do homem”, identifica-se uma posição jurídica de conteúdo de liberdade em sentido jurídico, um “conceito democrático de liberdade negativa, cujo objeto constitui um conjunto indefinido de possibilidades e alternativas de comportamento “ – do qual deflui a impossibilidade de edificar-se, nesta sede, uma liberdade positiva, que se pudesse construir pela imposição estatal de uma “concepção omnicomprensiva ou determinação material do conteúdo do direito em causa””.<sup>112</sup>

Destaca-se ainda, que na própria constituição brasileira vigente, há uma proteção do direito do crente divulgar as verdades da sua crença, sem importar qual seja ela, e, este direito só poderá ser reprimido se tal preceito atentar contra as normas públicas, ultrapassando os limites dos interesses individuais, considerando que não existem direito absoluto.

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

<sup>110</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p. 28, *Et seq.*

<sup>111</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.56.

<sup>112</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 113.

Desse modo, para Jayme Weingartnet Neto o ateísmo ancora-se na liberdade de consciência, ao passo que a liberdade de crença como desdobramento da liberdade religiosa – direito fundamental como um todo -, significa, a livre escolha e a possibilidade de mudar e /ou abandonar, a qualquer momento, a própria crença religiosa, ou seja, as crenças religiosa e outras convicções previstas no texto constitucional, em determinadas condições podem fundar direito à objeção de consciência.<sup>113</sup>

O segundo desdobramento do direito a liberdade religiosa, e que também possui fundamento no inciso VI do artigo 5º da Constituição de 1988, e a liberdade de culto. Por ser a liberdade de religião inseparável do livre exercício do culto e das liturgias, a norma constitucional amplia a proteção a liberdade religiosa para assegurar ao indivíduo a livre escolha quanto a forma de adoração das suas divindades.

O terceiro desdobramento do direito individual a liberdade de religião nos leva a liberdade de organização religiosa. Assim, além de a Constituição de 1988 garantir a liberdade de culto e de crença, de modo semelhante encontra-se assegurada em seu artigo 19, inciso I,<sup>114</sup> a plena liberdade para instituir-se segmento religioso.

Assim, pelas ideias extraídas nas citações acima, entendo que, a liberdade de religião sendo um direito fundamental, abarca, também a liberdade de opinião e a liberdade de não seguir qualquer religião, ou mesmo de não ter opinião sobre a existência ou não de Deus (agnosticismo e ateísmo).

O Agnosticismo segundo conceitua Manoel Jorge Silva e Neto, é uma corrente filosófica que só compreende objeto que esteja dentro dos limites da ciência. Este, por sua vez, não se confunde com o Ateísmo, o qual nega a existência de qualquer ser divino. Ademais, na atualidade se fala no surgimento de um Novo Ateísmo, que além de rejeitar a existência de Deus, também questiona, com malignidade, a intromissão da religião na vida das pessoas e até mesmo o respeito que se deva creditar à liberdade de crença.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 115.

<sup>114</sup> Pela leitura do art. 19, inciso I da CF/88 se faz possível extrair as ideias trazidas. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

<sup>115</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.49.

Dentro do mesmo aspecto, temos também o ceticismo que, segundo o mesmo autor referido acima, corresponde à doutrina filosófica segundo a qual não é possível conhecer a verdade. E, ainda tem o laicismo. Esta, por sua vez, é uma doutrina que defende a separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação à leigos de funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação.<sup>116</sup>

Outro conceito correlato de suma importância, pois é um dos direitos fundamentais desdobrado da liberdade religiosa, é a liberdade de divulgação das crenças, de manifestar e difundir a fé. Este, pode ser delimitado como Proselitismo, e segundo Jayme Weingartner Neto, o seu ímpeto varia de religião para religião, mas para muitas, é particularmente importante ou mesmo vital.<sup>117</sup>

Ainda neste sentido, assevera o citado autor, que a proteção da religião abrange os comportamentos idôneos à “aquisição do consentimento e da adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime”, pelo que se afirma que a liberdade religiosa compreende um direito à divulgação das convicções religiosas, alias sem o qual a liberdade de mudar de religião nem faria sentido.<sup>118</sup>

No que diz respeito ao Proselitismo ele pode ser definido como conjunto de comportamentos dirigidos de dentro da comunidade dos crentes para fora dela, com a finalidade de convidar outros à aderirem à mesa.<sup>119</sup> Assim, para Aloísio Cristovam, o princípio de igualdade em matéria religiosa não pode ser utilizado como pretexto para que se considere discriminatória ou intolerante a conduta de quem, na prática do proselitismo religioso, defende a verdade de suas crenças em oposição às crenças dos outros. Desde que o intuito do crente, independentemente da sua religião, limite-se a apontar o suposto erro da doutrina religiosa acreditada por outrem, sem ofender a honra ou a dignidade pessoal do outro – inclusive respeitando o direito que este possui de querer ou não ouvir o discurso –, não há como atribuir a tal conduta qualquer afronta ao princípio constitucional de igualdade em matéria religiosa.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, p.51.

<sup>117</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.117.

<sup>118</sup> *Ibidem/loc. Cit.*

<sup>119</sup> MACHADO, **Liberdade religiosa**, p.224.

<sup>120</sup> SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **LIBERDADE RELIGIOSA, IGUALDADE, TOLERÂNCIA E PROSELITISMO RELIGIOSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_julho2008/.../con1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2008/.../con1.doc)>. Acessado em: 21 out. 2014, p.4.

Afirma, ainda, Aloisio Cristovam que todos possuem igualmente o direito de defender a verdade de sua crença, assim como têm direito a defender a sua posição os que não creem (ateus ou agnósticos) e aqueles que sustentam que todas as religiões são, simultaneamente, verdadeira.<sup>121</sup>

### 3. EFICÁCIA HORIZONTAL PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas de direitos fundamentais surgiram sob uma perspectiva subjetiva, que pelas ideias defendidas por Canotilho, dizem respeito ao “significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo”.<sup>122</sup> Assim, o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais possibilita ao indivíduo a garantia de defesa contra o Estado, e, também, impõe limites a esse poder, buscando-se assegurar as liberdades individuais.

É possível afirmar que essa dimensão clássica, na teoria liberal dos direitos fundamentais<sup>123</sup>, vislumbra uma forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades.

O autor vai além, e afirma que essa característica subjetiva dos direitos fundamentais continua essencial para o constitucionalismo contemporâneo, todavia, a doutrina moderna passa a revelar outra face desses direitos, por meio da chamada “dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que irá atribuir-lhes novos efeitos e virtualidades”.

Os direitos fundamentais, eles não devem ser apurados apenas sob a ótica dos direitos conferidos a seus titulares, ou seja, eles não têm apenas uma perspectiva subjetiva. Isso porque a dimensão subjetiva caminha juntamente com a dimensão objetiva, e as duas mantêm uma relação de complementaridade recíproca.

---

<sup>121</sup> *Ibidem/loc. Cit.*

<sup>122</sup> CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1216.

<sup>123</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

Desse modo, os direitos fundamentais estão relacionados a interesses essenciais da sociedade, necessários a uma boa convivência, e para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente sobre o aspecto objetivo dos direitos fundamentais é importante saber que, o que é dado para o indivíduo de liberdade de ação, de livre conformação, é objetivamente retirado do Estado, subtraído da competência dos órgãos estatais. Esse raciocínio é desenvolvido por Ingo Sarlet, pois para o autor tais razões, é correto afirmar que, os direitos fundamentais [na sua perspectiva objetiva] são sempre, também, direitos transindividuais. Por isso explica-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais além de legitimar as restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, também limita o conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, mesmo sendo sempre necessário ser preservado o núcleo essencial destes.<sup>124</sup>

O fundamento objetivo dos direitos fundamentais reflete, segundo Canotilho, “o seu significado para a coletividade, para o interesse público e para a vida comunitária”. Além de reconhecer a imposição de certas prestações positivas ao poder estatal, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consagra também, valores imprescindíveis para a comunidade política, uma vez que seriam “as bases da ordem jurídica da coletividade”.<sup>125</sup>

Para o autor<sup>126</sup> os direitos fundamentais resultam num sistema de valores positivados pelas constituições democráticas, e que estes direitos servem de base para todo o ordenamento jurídico, servindo de base para a ação dos poderes constituídos.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é responsável, também, por fazer com que as autoridades estatais produzam, interpretem e apliquem todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais. Ou seja, gera uma necessidade de “interpretação conforme os direitos fundamentais”<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 171.

<sup>125</sup> CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1216.

<sup>126</sup> CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1216.

<sup>127</sup> (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.120)

Para Gilmar Ferreira Mendes, a dimensão objetiva atribui eficácia irradiante aos direitos fundamentais, servindo de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito. A dimensão objetiva acrescenta o autor, leva a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia desses direitos entre particulares no âmbito da esfera privada, que é objeto do presente estudo.<sup>128</sup>

Concluindo no mesmo sentido, André Tavares diz que, a concepção objetiva dos direitos fundamentais tem como consequências decorrentes, a sua “eficácia irradiante” e a “teoria dos deveres estatais de proteção”. A eficácia irradiante impõe que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais, e a teoria dos deveres estatais de proteção, por sua vez, implica que o Estado (Estado legislador; Estado-administrador e Estado-juiz) deve atuar como parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, cabendo a ele (Estado) a sua proteção.<sup>129</sup>

Então, no plano subjetivo o direito fundamental está ligado ao aspecto individualista, no plano objetivo, os direitos fundamentais são vistos sob um prisma comunitário que geram efeitos para todo o ordenamento jurídico, ampliando seu significado e seu campo de atuação.

Na concepção de Daniel Sarmiento não é o bastante que o Estado não viole os direitos fundamentais, além disso, é necessário que o Poder Público aja ativamente na proteção desses direitos contra agressões e ameaças providas de terceiros, particulares, entre outros. A exigência que se faz ao poder estatal é que se faça a garantia de condições materiais mínimas para que os indivíduos possam exercer plenamente suas liberdades constitucionais, “sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs”.<sup>130</sup>

Enfim, é nesse contexto que está à importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais para o presente trabalho, vez que nesse aspecto objetivo dos direitos fundamentais, os efeitos dessas normas transcendem o plano das relações jurídicas

---

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 268.

<sup>129</sup> TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434.

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 107.

entre o Estado e o indivíduo, expandindo-se a outras relações jurídicas, até mesmo entre entes privados.

Perante essa análise os direitos fundamentais atuam limitando a autonomia privada tendo como objetivo livrar, resguardar o cidadão das forças opressoras exercidas pelos poderes sociais não estatais, presentes na sociedade contemporânea.<sup>131</sup>

Sob essa análise, o dever de proteção do Estado contra agressões aos direitos fundamentais, representa um caráter de prestação positiva, e, por sua vez a dimensão objetiva desses direitos, demanda que sejam feitas medidas concretas. Sendo assim, é perceptível a ideia de que a uma interferência da dimensão objetiva na dimensão subjetiva desses direitos, conferindo-lhes efetividade reforçada.<sup>132</sup>

Por fim, a dimensão objetiva complementa ou reforça a dimensão subjetiva, acrescentando-lhe valores fazendo com que os direitos fundamentais tenham uma proteção reforçada, além da estrutura convencional dos direitos subjetivos. Todavia, a dimensão objetiva justifica limitações aos próprios direitos fundamentais em prol da coletividade, pois “as necessidades coletivas são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais, e podem justificar restrições, respeitando o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade”.<sup>133</sup>

Concorda-se com a doutrina supracitada, uma vez que, é através da complementariedade recíproca das dimensões subjetivas e objetivas que os direitos fundamentais ganham forças. Isso porque, esses direitos atuam na perspectiva individual pelo aspecto subjetivo, e no prisma comunitário, gerando efeitos em todo ordenamento jurídico, pelo seu aspecto objetivo, e essa complementariedade recíproca que os direitos fundamentais ampliam seu significado e seu campo de atuação.

### 3.1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: A DOCTRINA DA STATE ACTION

---

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 107.

<sup>132</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 267.

<sup>133</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 108.

Os direitos fundamentais, como já explanados no tópico anterior, têm efeitos em todo o ordenamento jurídico, uma vez que entendemos por nos filiar a corrente que defende pela complementariedade recíproca das dimensões subjetivas e objetivas, quando pelo aspecto subjetivo há uma atuação na perspectiva individual e pelo aspecto objetivo há uma atuação no prisma comunitário.

Ocorre que, na Alemanha, logo após o surgimento da teoria da eficácia horizontal (ou privada) dos direitos fundamentais, que abordaremos mais a frente, houve uma forte reação de parte da doutrina nacional que, baseada no liberalismo clássico, afirmava que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa contra o Estado, originando a teoria da *state action*, defendida por Mangoldt e Forsthoff.<sup>134</sup>

Segundo Wilson Steinmetz, “State action doctrine” se assemelha com a teoria da imputação ao estado que foi desenvolvida nos Estados Unidos da América. Como é notório, o *Bill of Right* da Constituição norte-americana tal como enunciado e tal como interpretado que prescreve proibições e obrigações especialmente para a ação estatal. A *State action*, por sua vez trás em suma que, os direitos fundamentais tão somente se vinculam os poderes públicos e só podem ser acionados judicialmente ante uma ação estatal.<sup>135</sup>

Nessa linha, cabe ressaltar o artigo do professor americano *Erwin Chemerinsky*, citado por Daniel Sarmento, o qual explana que os pilares da doutrina do *State Action* residem em dois fundamentos: a) essa teoria “protegeria a liberdade individual, definindo um espaço de conduta privada que não tem que se adequar à Constituição”; e, b) “garantiria a autonomia dos Estados, preservando sua plena competência para regular o comportamento privado”<sup>136</sup>

Entretanto, o professor *Chemerinsky* contesta esses pilares da doutrina do *state action*, pois afirma que não se pode olhar apenas para “um dos lados da equação” ao contemplar a autonomia e a liberdade privada. Assim, os direitos do opressor

<sup>134</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 146.

<sup>135</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. Malheiros Editores, 2004, p.178.

<sup>136</sup> GARVEY, John H. & ALEINIKOFF, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul: West Group, 1999, pp. 793-800. Apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 195.



privado estariam prevalecidos em relação aos direitos das vítimas. Ademais, a autonomia dos Estados Membros deve alcançar limites na Constituição Americana. Por fim, propõe o professor americano em seu polêmico artigo publicado na década de 80, denominado *Rethinking State Action*, que essa doutrina deveria ser substituída por um modelo de ponderação diante do caso concreto.

Já para Virgílio Afonso da Silva<sup>137</sup>, a teoria da *State Action* não nega aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, mas tenta, de alguma forma, contornar a falta de regulamentação, sendo a finalidade da doutrina, definir em que casos se poderia fazer a aplicação, mesmo que os direitos fundamentais, em regra, não se apliquem às relações entre particulares. O detalhe, segundo o doutrinador, é que não estamos nos referindo a uma doutrina que estabelece de forma sistemática as situações.

Nas palavras Virgílio Afonso da Silva a finalidade da *State Action* é tentar afastar a impossibilidade de aplicação definindo, ainda que de forma casuística e assistemática em que situações essa aplicação poderia ocorrer. Ademais, para o continua o autor que a equiparação de determinados atos privados a atos estatais é o artifício utilizado para aplicação da eficácia horizontal em determinados atos privados.<sup>138</sup>

Ocorre que a doutrina da *state action* teve origem na Alemanha se contrapondo à possibilidade da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, fato este que, por se só, faz discordar da defesa do posicionamento acima.

Admite-se o posicionamento defendido por Edwin Chemerinsky, pois a doutrina da *state action* não se preocupa com uma proteção devida aos direitos fundamentais, uma vez que, ela está baseada em um cenário de violações a direitos fundamentais não tutelados pela ordem estatal, em razão de não haver uma vinculação do Estado àquela relação jurídica privada.

Segundo Adriana Wzykowski<sup>139</sup>, as violações a direitos fundamentais não são provenientes de atitudes estatais, mas sim de particulares, como empresas, pessoas

---

<sup>137</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, p.99-100.

<sup>138</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros.

<sup>139</sup> WZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de**

individualizadas, grupos ou associações. Deixar o Estado à mercê da *state action* é fazer com que ele feche os olhos para as atrocidades no âmbito dos direitos fundamentais provenientes de particulares. Ademais, a existência da doutrina da *state action* pode significar, algumas vezes, um incentivo ao cometimento de tais violações, já que a impunidade poderia ser a sensação passada a esses entes particulares.

Finalmente, Sarmiento observa que a doutrina do *State Action* está estritamente ligada ao caráter individualista da constituição e da cultura jurídica americana. Dessa forma, a teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de ainda ser dominante no Direito Americano, não proporciona uma proteção adequada aos direitos fundamentais, pois é inegável que as ameaças a esses direitos não advêm somente do Estado, mas também de “grupos, pessoas e organizações privadas”.<sup>140</sup>

Acreditamos que os direitos fundamentais, na maioria das vezes, são violados não só pelo estado, mas também, pelos particulares. Por conta disso, dar ênfase a doutrina do *State action* seria conseqüentemente incentivar a violação dos direitos fundamentais, pois, assim sendo, os particulares podem se sentir imunes já que estando imunes os estados a mercê da *State Action*, é possível afirmar que estes deixariam passar despercebidas as atrocidades cometidas perante os direitos fundamentais pelos particulares.

## 3.2 AS TEORIAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3.2.1 A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais

Vieira de Andrade<sup>141</sup> diz que esta teoria, denominada também de *Mittelbare Drittwirkung*, foi originada, pelo jurista alemão Günter Dürig, em obra publicada em 1956. Essa teoria, por sua vez, - da eficácia indireta (*mittelbare Drittwirkung*) ou

---

emprego. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.88

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 196

<sup>141</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277/278

eficácia mediata (*indirekte Drittwirkung*) - é hoje considerada a concepção dominante no direito germânico, principalmente em razão das decisões advindas do seu Tribunal Constitucional.<sup>142</sup>

Considera-se que para os defensores dessa teoria, submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmo vínculos que limitam a ação do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido.

O princípio constitucional da liberdade, para Claus-Wilhelm Canaris,<sup>143</sup> seria prejudicado, porque pressupõe na esfera privada, o poder de disposição dos particulares, mas também porque desse alargamento do âmbito de validade dos direitos fundamentais o estado aumentaria intoleravelmente o seu poder que seria levantado a fiscal dos deveres dos indivíduos e, conseqüentemente, toda a atividade privada seria invadida, acabando com a sua autonomia.

Os fundamentos da concepção da eficácia indireta foram aplicados no célebre caso alemão de Lüth<sup>144</sup> julgado pelo Tribunal Constitucional alemão (1958).

Destarte, os defensores da eficácia mediata sustentam que, os direitos fundamentais não adentram nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que uma parte possa invocar frente a outro. Esses direitos estão assegurados, só que por mecanismos de direito privado e não de ordem constitucional. A premissa que baseia a fundação dessa teoria é a de que os direitos fundamentais são, em uma concepção clássica, direitos subjetivos de defesa ante o Estado. Por esse motivo,

---

<sup>142</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

<sup>143</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha in** Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 227.

<sup>144</sup> Virgílio Afonso da Silva narra o caso Lüth da seguinte forma: “Em 1950, Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (Amantes imortais), do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação, considerada procedente pelas instâncias inferiores, contra Lüth, com o intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigada a indenizá-lo”. Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou as decisões inferiores, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Mas a decisão não se fundou em uma aplicabilidade direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente o conceito de bons costumes, pois, segundo o Tribunal “toda (disposição de direito privado) deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais.” In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

surgiria a relação jurídica entre o sujeito e o Estado, de modo a ser o indivíduo titular de direitos fundamentais, enquanto o Estado seria apenas destinatário das normas de direitos fundamentais, vinculando o poder estatal em face dos direitos de liberdade titularizados. Não pode haver uma incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois existe uma diferença na relação entre particular e particular e a relação entre cidadão e Estado.<sup>145</sup>

Portanto, os direitos fundamentais seriam uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm que ser interpretadas ao seu lume, ou seja, os direitos fundamentais serviriam apenas como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.

Conforme os ensinamentos de Konrad Hesse<sup>146</sup>, quando há situações jurídicas que envolvem um ente público e um particular, tipicamente existe uma subordinação, de modo que, só caberá a proteção deste diante da preponderância do Estado, ao passo que nas situações jurídicas privadas, onde é predominante as relações de coordenação, os direitos fundamentais confere uma proteção igual para todos. E como os entes privados gozariam de iguais direitos, surgiria um conflito entre esses direitos fundamentais nas relações particulares.

Para Sarmiento<sup>147</sup>, a doutrina de Dürig e os que negam totalmente a vinculação de particulares aos direitos fundamentais (*state action*) se diferenciam principalmente porque, para a primeira, tais direitos têm o condão de traçar valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelo direito privado, cujas normas devem ser interpretadas à sua luz.

Por essas razões que, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais possui um núcleo básico, que por sua vez, demonstra que os direitos fundamentais incidem uma ordem de valores que se irradia por todo o ordenamento jurídico. Primeiramente, por esse núcleo básico da teoria da eficácia indireta, apresenta-se a afirmação de que os direitos fundamentais no campo privado são protegidos por

---

<sup>145</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140.

<sup>146</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p.166.

<sup>147</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 240.

meio dos mecanismos típicos do direito privado, e não através dos instrumentos de direito constitucional.

Ensina Canotilho<sup>148</sup> que, para a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais vinculariam *prima facie* o legislador, o qual é obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias.

O legislador tem a função de proteger os direitos fundamentais quando suas normas estejam de acordo com os ditames da dimensão objetiva desses direitos, mas sem desconsiderar a autonomia da vontade. Além disso, também cabe ao legislador realizar uma ponderação de interesses constitucionais no processo legislativo, fazendo com que a norma de direito privado correspondesse aos valores sociais arraigados à época, fixando o grau de cedência de cada bem jurídico.<sup>149</sup>

Assim, é imprescindível que exista a atuação do legislador ordinário para a edição de normas de direito privado, contemplando, nesses diplomas legais, os direitos fundamentais já consagrados constitucionalmente, para que esses preceitos fundamentais atinjam sua forma plena, para alcançar os particulares.

Para os adeptos dessa teoria, é pela segurança jurídica que se faz necessária a intervenção do legislador, e com isso, reduzindo a discricionariedade dos magistrados e aumentando a uniformidade das decisões judiciais na aplicação dos preceitos constitucionais nas relações privadas.

Diante de tais normas, o judiciário, pela teoria da eficácia mediata, deve aplicá-las de acordo com as normas de direito fundamental, salvo, em casos excepcionais, onde se verifiquem lacunas no direito privado e inexistência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, é que se permitirá ao Judiciário a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1287

<sup>149</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 157.

<sup>150</sup> Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 124.

Para Bilbao Ubillos<sup>151</sup> é compreensível à preocupação de alguns juristas com a ausência de critérios seguros para se invocar diretamente os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Porém, indica ser inevitável existir certa insegurança e imprevisibilidade, em um ordenamento jurídico presidido por uma Constituição normativa e marcado pela expansão dos direitos fundamentais. Acrescenta-se, ainda, que a “lógica dos direitos fundamentais conduz, inevitavelmente, a esse cenário, uma crescente participação dos juízes, o qual não conduz necessariamente ao caos, mas sim a um modelo de estado de direito eminentemente jurisdicional.”<sup>152</sup>

Ainda para os defensores da teoria de Dürig, ela se conciliaria melhor com os princípios de democracia - participação popular na edição de normas de direito privado - e da separação de poderes. Consolidou-se na Alemanha a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, representando uma posição intermediária entre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a negação de sua eficácia nas relações entre entes privados.

Portanto, a incidência dos direitos fundamentais, seria mediata, pois caberia ao legislador ordinário assegurar esses direitos na esfera privada, sem esquecer-se da proteção da autonomia privada.

Nesse contexto, vale salientar a relevante explicação de Sarmento:

“Ao judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos”<sup>153</sup>

Completando a explicação, Vieira de Andrade destaca que na teoria da eficácia indireta:

Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos de seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou em casos extremos, colmatando

<sup>151</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 313.

<sup>152</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 313.

<sup>153</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 241.

as lacunas (Werschutzlückenschiessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.<sup>154</sup>

Contudo, essa teoria é passível de críticas. Para Canotilho, a *Mittelbare Drittwirkung* supõe a existência de dois ordenamentos “autônomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem jurídica constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”.<sup>155</sup>

Outra característica negativa dessa teoria apontada por Perez Luño, citado por Sarmiento<sup>156</sup> esta relacionada ao fato de que a eficácia indireta não proporciona uma tutela efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que a proteção de tais direitos dependeria muito da vontade do legislador ordinário. (Não achei o livro de Perez)

Apesar das críticas, diversas Cortes Constitucionais adotaram a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma forma de compromisso entre “o pendor socializante da teoria da eficácia horizontal direta e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do direito público”.<sup>157</sup>

Pela importância dos direitos fundamentais, entende-se que deixar a aplicação desses direitos nas relações entre os particulares, e mais especificamente nas relações de emprego, a mercê da vontade do legislador ordinário seria um prejuízo para os privados, pela eficácia indireta não se tem uma tutela efetiva.

### 3.2.2 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

A terceira teoria a cerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais, foi criada por em exame foi criada por Hans Carl Nipperdey,<sup>158</sup> na segunda metade do

<sup>154</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277.

<sup>155</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1288.

<sup>156</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 247.

<sup>157</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 242.

<sup>158</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos

século passado. Assim sendo, a teoria da eficácia direta teve como primeiro defensor Nipperdey, no início da década de 50, e, nesse sentido, para ele, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, de modo a não carecerem de mediação legislativa para serem aplicados.<sup>159</sup>

Segundo Sarmento<sup>160</sup>, Nipperdey afirmou que, embora alguns direitos fundamentais constantes na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, existem outros direitos que, pela sua natureza, podem ser diretamente invocados nas relações privadas, independentemente de mediação por parte do legislativo, sendo, destarte, oponíveis *erga omnes*.

Mais tarde essa teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares foi retomada e desenvolvida, por Walter Leisner que, em tese de cátedra referente ao tema, defendeu a ideia de que, “pela unidade do ordenamento jurídico (os direitos fundamentais constituem normas de valor válidas para toda ordem jurídica) e pela força normativa da Constituição, não seria possível aceitar que o direito privado fosse um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.”<sup>161</sup>

A vinculação direta dos particulares, na visão de Vieira de Andrade<sup>162</sup> é necessária por dois motivos: porque os direitos fundamentais são princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico não poderiam deixar de ser aplicados entre particulares. E, além disso, o Estado não pode furtar-se ao seu dever de proteção, rechaçando quaisquer ofensas aos direitos fundamentais, ainda que entre particulares.

Embora seja defendida a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não se nega as especificidades dessa incidência, já que é pacífico o entendimento de que o indivíduo é dotado de um poder de autodeterminação da sua

---

**fundamentais?** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309.

<sup>159</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87

<sup>160</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 245.

<sup>161</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 400

<sup>162</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 278.



vontade. Assim sendo, a ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada dos particulares envolvidos, é imprescindível.

Ademais, no entendimento de Canotilho<sup>163</sup>, para que haja a proteção da autonomia privada através de uma ponderação de interesses, a existência ou não de desigualdade entre as partes da relação privada, deverá ser levada em consideração, de tal forma que, quanto maior essa desigualdade, maior será a incidência direta dos direitos fundamentais. Entretanto, mesmo havendo uma relação entre pessoas supostamente em pé de igualdade, a autonomia privada poderá ser limitada em prol da proteção a um direito fundamental.

Aduz Sarlet<sup>164</sup> que juridicamente se destaca duas constelações diferentes no que toca à vinculação de particulares aos preceitos fundamentais, quais sejam, as relações manifestamente desiguais e as caracterizadas por virtual igualdade.

As relações manifestamente desiguais podem ser definidas como relações que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de um poder social ou econômico (exemplo, relação trabalhista) e há um relativo consenso a respeito do transporte direto dos princípios fundamentais para a esfera privada, já que se trata de relações onde há uma nítida assimetria de poder, similar ao que acontece entre o Estado e o particular.

Já no que diz respeito às citadas relações igualitárias, isto é, em que não há exercício de determinado poder por uma das partes, prevalece o princípio da liberdade - e da autonomia privada -, “aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob a ameaça de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal”<sup>165</sup>

A teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal. Na Espanha, onde o texto constitucional é silente sobre a matéria, indica Daniel Sarmento<sup>166</sup> que autores como Tomás Quadra-

<sup>163</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1289.

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 401/402.

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 401/402

<sup>166</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246-247.

Salced, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Vegas Garcis, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz são claramente adeptos dessa teoria.

Para Bilbao Ubillos<sup>167</sup>, existem direitos fundamentais na Constituição espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como, por exemplo, os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, pela natureza, vinculam apenas o Estado. Não existe, segundo ele, uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal. Entretanto, Bilbao expressa e defende a importância de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.

Sarmento indica que na Espanha criou-se um instrumento chamado de recurso de amparo, através do qual se tornou possível levar ao Tribunal Constitucional da Espanha demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Explica o autor que na jurisprudência espanhola, a questão material da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais acabou se confundindo com a questão processual, concernente à possibilidade de julgamento pelo tribunal Constitucional, de recurso de amparo que é um instrumento processual de defesa de direitos fundamentais, que foi previsto apenas nos casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos, concernente a litígios provados.

Além disso, assevera que a jurisprudência italiana também abraçou a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, relatando o seguinte julgado:

Dentre as decisões mais importantes neste sentido, é possível destacar a proferida na Sentença nº 122/1970, que reconheceu expressamente que existem alguns direitos na Constituição italiana dotados de eficácia erga omnes, os quais protegem as pessoas não apenas das autoridades governamentais, mas, também, de outros atores privados. Naquele caso em que se discutia o exercício da liberdade de manifestação do pensamento, a Corte frisou que ninguém pode atentar contra ela [livre manifestação do pensamento] sem violar bem protegido por uma rigorosa tutela constitucional. Em outras decisões posteriores o mesmo Tribunal ressaltou a eficácia dos horizontal direta do direito à saúde, como na Sentença

---

<sup>167</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. In Direitos Fundamentais e Relações Privadas. org.* Daniel Sarmento Ro de Janeiro: Editora Lumen Juris, 200a, p. 247.

202/1991, em que se afirmou que “o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de direito privado”.<sup>168</sup>

Para Ana Prata, citada por Sarmento<sup>169</sup>, a Constituição portuguesa tem, como um de seus valores, a consagração da igualdade substancial e de liberdade, voltada para a eliminação da exploração do homem pelo próprio homem, razão pela qual não há alternativa para a efetividade desses princípios senão aceitar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, fenômeno que é chamado de oponibilidade interprivada dos direitos fundamentais.

Para tanto, baseiam-se no art. 18.1 da Lei Maior lusitana que dispõe:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são **directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas**. (grifos nossos).

Assim, é perceptível a opção do constituinte pela eficácia imediata, doutrina majoritária<sup>170</sup> no território português. Desse modo, não é necessária a intervenção do Poder Legislativo para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares, em razão de artigo expresso na Constituição portuguesa.

Destarte, o constitucionalista lusitano ensina que a “vinculação deve ser gradativa, devendo o juiz ponderar os interesses em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e das liberdades nas situações concretas.”<sup>171</sup>

A defesa de Canotilho é no sentido de que deve haver a aplicação da teoria da eficácia imediata no direito português com algumas ponderações. Em primeiro lugar, as normas de direito privado devem ser interpretadas conforme a Constituição e, não sendo isso possível, a norma em questão não deve ser utilizada, devido ao controle incidental de constitucionalidade. Em caso de ausência de norma própria, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações privadas.

<sup>168</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246/247

<sup>169</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.252/253.

<sup>170</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, [19--], p. 1150 e seguintes, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 593 e seguintes.

<sup>171</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 289.

Para Wilson Steinmetz<sup>172</sup>, essa teoria da eficácia imediata tem três premissas, quais sejam: (i) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados; (iii) Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de relações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

Concorda-se com tais argumentos, afinal os direitos fundamentais devem incidir nas relações privadas de acordo com a autonomia privada, porque assim irá garantir equilíbrio nas relações entre particulares.

Tratando do embate entre a teoria mediata e a teoria imediata, e qual a intensidade em que deve ser essa última aplicada, Vieira de Andrade<sup>173</sup> ensina que há alguns pontos de convergência na doutrina. Um desses pontos é que os sujeitos privados que gozam do chamado poder social não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos, devendo ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou restrições à dignidade da pessoa humana. Outro ponto, é que não se pode destruir a autonomia privada, nem negar a liberdade negocial.

Desse jeito, com relação a grande divergência, pode-se concluir que referente à aplicação da eficácia privada direta dos direitos fundamentais há pressupostos comuns na doutrina aqui apresentada, quais sejam: Quanto maior for à desigualdade, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e, conseqüentemente, menor a tutela da autonomia privada; Já diante de uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia vai receber uma proteção maior, ficando o direito fundamental que com ela entra em conflito mais suscetível a restrições.

---

<sup>172</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. Malheiros Editores, 2004, p.168.

<sup>173</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285.

Na lição de Sarmiento<sup>174</sup>, o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão em exame. Isso porque há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e nem podem ser equiparadas pelo intérprete. “Têm pouco em comum relações como as que existem, por exemplo, entre pais e filhos, empregador e empregado, ordem religiosa e seus membros.”<sup>175</sup>

Os críticos da teoria da eficácia direta sustentam que nesse modelo haveria uma diminuição dos conceitos sedimentados do Direito Privado. Haveria também uma relativa ameaça à autonomia privada, além desse modelo ser incompatível com o princípio da separação dos poderes e da segurança jurídica.<sup>176</sup> Contudo, tais argumentos não procedem, uma vez que as normas privadas devem estar em consonância com a constituição vigente, formando um todo harmônico e sensível às ameaças aos direitos fundamentais, em todas as órbitas, inclusive no âmbito privado.

A teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira, dentre tantos outros, e, também Daniel Sarmiento.

Assim, a teoria da eficácia direta ou imediata parece ser o modelo mais adequado para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, todavia, essa teoria não é irrestrita e aplicável em todas as situações. Cabe superar os obstáculos da aplicação prática dessa teoria mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de se evitar o achatamento da autonomia privada, e, sobretudo, afastar a insegurança jurídica por meio de uma aplicação justa e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

### 3.3 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

---

<sup>174</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.308.

<sup>175</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.308.

<sup>176</sup> SILVA, Virgílio Afonso Da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 87.

Também originária do Direito Alemão, no entanto mais moderna, é a Teoria dos Deveres de Proteção, que por sua vez tem como principal defensor Claus-Wilhelm Canaris.<sup>177</sup> Essa teoria concebe que o Estado tem o dever de proteção em relação aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado não deve apenas se abster de lesionar tais direitos, mas, deve também, agir positivamente visando resguardar esses direitos contra todas as formas de violações, provindas até mesmo de entes particulares.

Canaris, quando tutela a utilização dessa teoria, ele pontua algumas considerações sobre sua eficácia perante o Estado e particulares. Esse raciocínio, expressa que nas relações verticais (relações entre Estado e particular), os direitos fundamentais atuam como proibição de intervenção, funcionando também como a proteção desses em combinação com a proibição de excesso, apontada pelo princípio da proporcionalidade. De outro lado, nas relações horizontais (entre particulares), os direitos fundamentais vinculam-se ao Poder Público como imperativo de tutela, impondo-se a ele o fornecimento da proteção aos seus cidadãos diante de ameaças ou lesões a esses direitos<sup>178</sup>.

Em suma, segundo a teoria dos deveres de proteção, cabe primeiramente ao legislador, ao elaborar as leis que visem a regular as relações entre os particulares, enquanto desenganadamente vinculados aos direitos fundamentais, procurar protegê-los por meio de intervenções na liberdade, gradualmente, pelo estabelecimento de regras de direito penal, direito administrativo, direito assistencial, direito civil.<sup>179</sup>

Dois exemplos de aplicação da teoria no direito alemão talvez ilustrem melhor. O primeiro diz respeito à liberdade de conformação do legislador e o segundo ao desenvolvimento e à aplicação do direito pelo juiz. Em ambos fica evidenciada a função de imperativo de tutela do direito fundamental em causa.

---

<sup>177</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. De Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 217.

<sup>178</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235-238.

<sup>179</sup> Ou insuficiência, como consta da tradução da obra de CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.116.

Como primeiro exemplo,<sup>180</sup> cita-se o caso mais emblemático e polêmico que se desenvolveu na Alemanha acerca da abolição do crime de prática de aborto, operada pela lei 1974. A discussão era saber em que medida, afinal, o Estado alemão estaria obrigado a proteger a vida do nascituro. O Tribunal Constitucional alemão firmou o posicionamento, neste caso, de que o Estado tem o dever positivo de proteger a vida de todo ser humano, de modo que a exclusão de pena pelo aborto seria um desrespeito a esse dever de proteção do Estado.

O segundo exemplo versa sobre o caso Binkfuer, em que se tem a primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) reconhecendo, substancialmente, a função de um direito fundamental como imperativo de tutela e solucionando a questão da eficácia em relação a terceiros com base nela.

No caso em tela, a distribuidora de publicações periódicas Springer-Verlag pôs em prática o boicote contra a revista Binkfuer, ao argumento de que ali vinham impressos os programas da República Democrática Alemã. Para fazer valer o seu boicote, ameaçou cortar relações com todas as empresas que não aderissem ao referido boicote. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) rejeitou a ação civil do editor da Binkfuer. Este interpôs uma queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) ao Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), que, em seguida, cassou a decisão da corte inferior, sob o fundamento de que “para a proteção da instituição da livre imprensa tem de ser assegurada a independência dos órgãos da imprensa contra intervenções de grupos de poder econômico (...)”, entendendo-se, portanto, que a decisão do Bundesgerichtshof (BGH) lesou o direito fundamental do requerente, previsto no artigo 5º, nº. 1 da LF.

Observa-se que a teoria dos deveres de proteção se baseia na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais incumbe, em princípio, ao legislador, mas não ao judiciário. De todo o modo, ela resguarda a possibilidade do judiciário intervir, seja por meio do controle de constitucionalidade das normas de direito privado, sempre que o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo; ou quando ele, agindo de modo inverso, promover uma intervenção demasiada na liberdade dos particulares, não

---

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.163.

conferindo o devido peso à proteção da autonomia dos particulares;<sup>181</sup> seja, ainda, por meio do controle de constitucionalidade das próprias decisões dos tribunais, em situações idênticas.

Diante de tais fatos, é possível afirmar que tal concepção é semelhante à tese da eficácia direta, possuindo também, características da teoria da eficácia indireta. Contudo, aproxima-se mais da primeira porque defende a ideia de um Estado protetor das ameaças a direitos fundamentais na esfera privada. Os elementos da teoria da eficácia mediata apresentam-se na medida em que exige a intervenção do legislador ordinário para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. A teoria dos deveres de proteção também defende a possibilidade de intervenção do judiciário por meio do controle de constitucionalidade das normas.

Em decorrência disso, as críticas em relação à teoria dos deveres de proteção são bem semelhantes às proferidas para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. De fato, ela se assemelha à teoria da aplicabilidade mediata, na medida em que espousa a ideia de que os destinatários das normas de direito fundamental são, em linha de princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado.<sup>182</sup> Costuma-se, inclusive, questionar o valor da teoria dos deveres de proteção estatal, ao considerar que não há um dever diretamente oponível aos sujeitos de direito privado, em especial quando tal vinculação entre os atos dos particulares e os direitos fundamentais, acaba, afinal, sendo feita pela jurisprudência.

Assim como se critica a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, aqui nessa teoria dos deveres de proteção, teme-se pela proteção adequada aos direitos fundamentais, que ficariam à mercê da vontade incerta do legislador privado<sup>183</sup>, bem como pela insuficiência de cláusulas gerais para tutelar as diversas situações decorrentes das relações entre particulares.

---

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.261.

<sup>182</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.110-111.

<sup>183</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 174.



### 3.4 OUTRAS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito da interação entre direitos fundamentais e relações privadas, existem outras teorias para justificar a incidência desses direitos nos conflitos particulares. Passa-se agora a analisar os fundamentos e teses de defesas de tais teorias.

#### 3.4.1 Teoria de Schwabe

Também chamada de teoria da convergência estadista<sup>184</sup>, a formulação de Jürgen Schwabe corresponde a uma alternativa às teorias dos deveres de proteção, aplicação direta e indireta,<sup>185</sup> e consiste numa extremada construção da teoria dos deveres de proteção. Fundamenta-se a formulação de Schwabe na idéia de que toda lesão a direito fundamental de um particular pode ser imputada ao Estado, pois este ou permitiu o ato, através de uma lei, ou não proibiu, pela ausência de legislação.<sup>186</sup>

Alexy citando a concepção de Schwabe, diz ser supérflua a proposta sobre os deveres de proteção, pois o que se pretende com isso seria facilitado em se considerando os direitos fundamentais como de defesa.<sup>187</sup> Como direitos de defesa contra intervenções do Estado, mesmo lesões provindas de particular, a questão se transfere para o âmbito das relações entre Estado-particular, nas quais há vinculação direta do Poder Público, dispensando também as fundamentações tecidas pelas teorias direta e indireta.<sup>188</sup>

Virgílio Afonso da Silva entende que para Schwabe o particular está “liberado” da vinculação aos direitos fundamentais, visto que os efeitos de seus atos são

<sup>184</sup> Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.p.133.

<sup>185</sup> STEINNTZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 175.

<sup>186</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 258.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: malheiros, 2008,442.

<sup>188</sup> Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003p. 133.

atribuídos ao Estado.<sup>189</sup>

Para Schwabe, o fato de o estado regular as relações privadas torna-o responsável por atentados ou lesões, que possam acontecer a direitos fundamentais decorrentes dessas relações entre particulares, pois nessa linha de raciocínio, ele (estado) não impediu, através do legislador, atividade administrativa, ou pela prestação jurisdicional, a ocorrência daquele comportamento atentatório ou lesivo a direitos fundamentais<sup>190</sup>.

Contudo, nessa linha de pensamento de Schwabe retira as condutas lesivas ou atentatórias do âmbito das relações privadas, transferindo-as para uma relação entre Estado e particular. Por isso, a doutrina não poupa críticas à teoria de Schwabe. Andrade não vê como apoiar tal tese numa ordem jurídica fundada no princípio da liberdade, onde os particulares são responsáveis por seus atos, e a falta de intervenção do Estado não dá permissão para ofensa a direitos fundamentais de outrem.<sup>191</sup>

Ademais, essa teoria também é criticada em razão de uma possível irresponsabilidade do ente privado pela violação a direitos fundamentais. Nas hipóteses não subsumíveis a mandamento de proibição, os particulares, se praticassem intervenção no direito fundamental de outrem, não poderiam ser responsabilizados juridicamente. A responsabilização recairia sobre o Estado somente.<sup>192</sup>

Alexy não crê que seja o sentido da imputação ao Estado a mera ausência de proibição, pois fosse assim poderia ser imputada ao Poder Público qualquer ação humana que não esteja proibida, como exemplo, um convite para jantar.<sup>193</sup> De fato não parece correto a ideia de “liberar” o particular da vinculação a direitos fundamentais, pois um particular em conduta não proibida, que lesa direito de outro,

---

<sup>189</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 104.

<sup>190</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

<sup>191</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 258.

<sup>192</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 177.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.p. 443.

estaria imune a qualquer responsabilidade, já que a imputação dessa conduta incidiria sobre o Estado.<sup>194</sup>

Outra crítica é a provável inflação legislativa, tendo em vista que a teoria parte do princípio que é de responsabilidade do legislador a proibição de condutas. Assim, quantas tantas leis seriam necessárias para que os direitos fundamentais fossem observados entre os particulares?<sup>195</sup> Em suma, o artifício de imputar ao Estado as condutas não proibidas aos particulares, não pode significar que aquele tenha participado da ação, ou que seja responsabilizado pelos atos destes.<sup>196</sup>

### 3.4.1 Teoria integradora de Alexy

A partir da distinção entre regras e princípios, Alexy observou a existência de três modelos normativos para os direitos fundamentais: o modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo de regras e princípios.

O modelo de Alexy tem como sustentação a anterior análise das teorias mediata, imediata e a teoria de Schwabe de imputação ao Estado. Nesse sentido, embora veja que tais teorias obtenham resultados aceitáveis, e cada uma desperte corretamente alguns aspectos, observa que o debate no qual se quer estabelecer uma das três construções como correta, é falso. Isso porque, entende que somente um modelo abrangente pode ofertar uma solução completa e adequada.<sup>197</sup>

No primeiro nível – dos deveres do Estado – está situada a teoria mediata na qual, a partir dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, o Estado deve admiti-los tanto nas leis, quanto nas decisões civis.

No segundo nível, encontra-se a teoria dos deveres de proteção, em que se prega que o Judiciário, ao dirimir conflitos entre particulares, deve levar em consideração os direitos fundamentais. Se isto não é observado, ele viola um direito fundamental

<sup>194</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 177.

<sup>195</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 177.

<sup>196</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005p. 106.

<sup>197</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002p. 515.

do cidadão em razão da não observância do dever de proteção que exerce sobre os direitos fundamentais nas relações particulares.

Já no terceiro nível se encontra a teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, anotando que se deve afastar a visão dos direitos fundamentais entre os particulares da concepção dos direitos fundamentais tal como nas relações entre Estado e particular. Isso se deve ao fato de que nas relações entre particulares ambos são titulares de direitos fundamentais, reclamando uma incidência diferenciada do modelo Estado-particular.<sup>198</sup>

Complementa Alexy dizendo que por motivos jusfundamentais nas relações entre particulares, há certos direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, concluindo com essa visão uma eficácia imediata, também da teoria mediata e da teoria de mediação do Estado.<sup>199</sup>

Desta forma as três teorias atingem a conclusão de que todas resultam em uma eficácia imediata.<sup>200</sup>

Concluindo, no modelo de Alexy cada um dos três níveis se refere a um aspecto da mesma coisa, não havendo primazia de um sobre o outro, sendo uma questão de funcionalidade a escolha de qual modelo se aplica ao caso, mas que a eficácia será sempre imediata.<sup>201</sup>

### 3.5 EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Como anteriormente discutido, no presente trabalho, filia-se com aqueles que defendem pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ocorre que há uma discussão se essa eficácia é direta ou indireta, e, também foi trazido os defensores de cada uma dessas correntes e seus fundamentos, e, diante dessa divergência, optou-se pela eficácia direta, por acreditar que traz mais

---

<sup>198</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 520-521.

<sup>199</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 520-521.

<sup>200</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

<sup>201</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 522.

vinculação mais efetivas desses direitos tão importantes, que são os direitos fundamentais.

Sobre esse tema, no Brasil, poucos autores já se manifestar e dentre esses a maioria sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata.

Gustavo Tepedino, sob a perspectiva do Direito Civil Constitucional, defende a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Para ele, o principal instrumento da tutela da pessoa nas relações entre particulares é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual “é capaz de incidir em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.”<sup>202</sup>

Já para André Ramos Tavares<sup>203</sup>, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações entre os particulares. Na seara processual, observa o autor que a teoria em exame não deve ser aplicada ampla e irrestritamente, sob pena de constitucionalizar todo o Direito, transformando o Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira Corte de revisão.

No magistério de Gilmar Mendes, a eficácia dos direitos fundamentais é imediata, pois se entende que a concepção de um Estado de Direito meramente formal já está superada. Nessa concepção, “os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõe o esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.”<sup>204</sup>

Filia-se com os argumentos supracitados (Gustavo Tepedino e Gilmar Mendes), e acreditamos que é necessária a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, e essa vinculação não pode estar condicionada a uma atuação do legislador.

---

<sup>202</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento civil-constitucional Brasileiro** in Temas de Direito Civil. *Coord.* Gustavo Tepedino. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

<sup>203</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 440.

<sup>204</sup> MENDES, G; COELHO, I; GONET BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 251.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>205</sup>, contrariando o entendimento majoritário da doutrina brasileira, são pela aplicação da teoria mediata, afirmando que os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais.

Destarte, Roberto Barroso advoga, categoricamente, sob uma ótica “de avanço social, onde se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.”<sup>206</sup>

Para Sarmiento<sup>207</sup> a possibilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais decorre tanto da característica intervencionista e social da nossa Carta Magna, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente contra particulares, como os direitos trabalhistas do art. 7º.

Por todos esses fatores é incontroverso que o modelo constitucional brasileiro afastou-se daquela visão liberal de Estado e do seu corolário de que os direitos fundamentais somente são violados por entes estatais.

Outrossim, não há no texto constitucional brasileiro nada que indique a vinculação direta aos direitos fundamentais apenas por parte dos Poderes públicos, com exceção, é claro, de alguns direitos que se destinam necessariamente ao Estado, como os direitos do preso, por exemplo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>208</sup> a atual Constituição da República Federativa do Brasil, influenciada por outros diplomas constitucionais, dos quais se destacam o art. 18.1 da Constituição Portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha, consagrou, em seu texto, o seguinte dispositivo:

Art. 5º.

<sup>205</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 286.

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 279.

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 293/294.

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>209</sup>

Contudo, afirma constitucionalista citado acima que a doutrina pátria, assim como acontece no direito comparado, não alcançou um consenso sobre o significado e o alcance do preceito em análise.

Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet, defendendo a eficácia imediata dos direitos de defesa, afirma que as características da sociedade brasileira, considerada mais injusta e assimétrica do que a maioria das sociedades brasileira, considerada mais injusta e assimétrica do que a maioria das sociedades de primeiro mundo, demandam um reforço na tutela dos direitos fundamentais no campo privado, no qual reinam a opressão e a violência.

Além disso, continua dizendo que, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos fundamentais de defesa aqui estudados encontram respaldo no fato de que as normas que os consagram receberam do constituinte normatividade suficiente e independem de concretização legislativa. Assim, essas normas “têm por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade desses direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo.”<sup>210</sup>

Vale ressaltar que a existência de desigualdade entre as partes na relação privada é inerente à sociedade civil, ou seja, no campo das relações privadas também se verifica a existência dessa desigualdade. Por isso, se justifica a proteção dos direitos fundamentais nessa esfera, já que tal assimetria de poder prejudica ou até impede, em muitas das vezes, o exercício dos direitos fundamentais pela parte hipossuficiente.

Partindo dessa premissa, a jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais individuais consagrados na Constituição diretamente na resolução de litígios privados, embora não se aprofunde, na maioria das vezes, na discussão sobre as teorias jurídicas acerca da forma de vinculação dos particulares a tais direitos.

---

<sup>209</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 21/04/15

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. ***Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988***. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 293/294.

Vale destacar o Recurso Extraordinário 158215-4<sup>211</sup>, de 30 de abril de 1996, no qual a questão foi levantada perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de um caso em que a Cooperativa Mista São Luiz Ltda excluiu associado – sob o fundamento de conduta contrária ao estatuto – sem, contudo, oportunizar ao cooperativado o exercício do contraditório e da ampla defesa. O Pretório Excelso, por sua vez, decidiu pela nulidade da expulsão, ante a inobservância dos respectivos direitos fundamentais de natureza processual naquela relação privada.

Outro julgado daquela Corte Suprema de 2001, citado por Sarmiento<sup>212</sup>, foi o Recurso Extraordinário 251.445/GO, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual decidiu o Supremo Tribunal Federal que a proibição constitucional de prova ilícita também alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular, no qual o Estado não tenha tido nenhuma participação. Segundo aquele autor, o relator argumentou que:

Se a prova incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a “res furtiva”, por efeito de investigação criminal promovida por agentes públicos, for por estes apreendida, também aqui, mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico (...) remanescerá caracterizada a situação configuradora da ilicitude da prova.<sup>213</sup>

Só em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ<sup>214</sup>, é que o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se expressamente sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abordando as teorias aqui discutidas, sendo Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, do qual se extrai a seguinte ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado,**

<sup>211</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário n. 158215-4, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 mai. 2015.

<sup>212</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.294.

<sup>213</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.294.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor de Acórdãos. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/04/2015.



**mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.** Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela

Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas,** em tema de liberdades fundamentais. (Grifos nossos)

A questão versava sobre um associado do quadro da Sociedade Civil – União Brasileira de Compositores, excluído sem ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. O STF decidiu que, em face das peculiaridades do caso, era imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa naquela relação entre particulares.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre a controvérsia, no julgamento do HC 12.547/DF<sup>215</sup>, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Tratava-se de prisão civil por dívida, em virtude de um contrato de alienação fiduciária de veículo, no qual o valor do débito quase quintuplicou no período de 2 anos, conforme se depreende da seguinte ementa:

Habeas Corpus. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Direitos fundamentais de igualdade e liberdade.** Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de**

<sup>215</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista eletrônica de jurisprudência. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 29/07/2008.

**igualdade contratual** e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes.

Destaca-se que a jurisprudência pátria, mesmo não se pronunciando, em regra, expressamente sobre a matéria, prefere pela aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, ainda que não seja firme o posicionamento acerca da vinculação a tais preceitos – se direta ou indireta.

Ademais, no tocante à escolha da forma de vinculação, é imprescindível o entendimento trazido por Canotilho<sup>216</sup>, que assevera que o ponto central é a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim, o doutrinador português deixa de lado a dicotomia entre as teorias em análise, preferindo a utilização de “soluções diferenciadas” a serem construídas no caso concreto, tudo conforme será explicitado no próximo item.

Além disso, ele afirma que – e se concorda com essa afirmação –, que hoje a ordem jurídica tende para uma superação dessa dicotomia existente entre a teoria mediata e imediata.

A título de esclarecimento, ressalta-se que os direitos fundamentais exercem duas formas de vinculação, que são demonstradas pelos termos eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. De forma geral, a eficácia de natureza vertical diz respeito à vinculação do estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) às normas concernentes a direitos e garantias fundamentais. Essa dimensão dos direitos fundamentais não é objeto de controvérsia, uma vez que é ampla a aceitação de que o estado deve respeitar e assegurar, de forma eficaz, esses direitos.<sup>217</sup> A chamada eficácia horizontal, por sua vez, refere-se à aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.<sup>218</sup>

As relações privadas, especificamente àquelas que envolvem o trabalho humano, podem dar origem a várias situações em que há possibilidade de violação aos direitos fundamentais.

---

<sup>216</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1289/1290.

<sup>217</sup> VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.19-20.

<sup>218</sup> VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.20.

A subordinação jurídica do empregado é inerente ao contrato de emprego. Desta feita, muitas vezes há um abuso por parte do empregador do seu direito de direção da prestação dos serviços, e eles (empregador) impõem condições de trabalho que representam uma ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador.

No que se refere à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, é importante frisar que esses direitos funcionam tanto como postulados que conformam a atuação do Estado, como vetores interpretativos da Constituição e da legislação ordinária, incluindo a legislação trabalhista.<sup>219</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, afirma Adriana<sup>220</sup> que, os direitos fundamentais impregnam todo o ordenamento jurídico através de sua dimensão objetiva, de modo a garantir a dignidade humana sempre que esta se encontrar em situação de perigo.

Para Barroso<sup>221</sup>, a necessidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais é diretamente proporcional à desigualdade das partes envolvidas no conflito. Quanto maior a disparidade entre os sujeitos, maior deve ser a intervenção estatal em favor da parte considerada hipossuficiente.

Em um contrato de trabalho é notória a desigualdade das partes: o trabalhador necessita vender sua força de trabalho ao empregador, que dirige a prestação pessoal dos serviços, impondo as condições em que o labor será desenvolvido. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que tem a opção de substituir o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Ele se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego.<sup>222</sup>

Ademais, as necessidades financeiras do trabalhador acabam por comprometer a sua autonomia de negociação das cláusulas contratuais. O que a experiência histórica demonstrou é que há uma sujeição da parte mais fraca, no caso, o

---

<sup>219</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 15.

<sup>220</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.112.

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1-42.

<sup>222</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.113.

trabalhador. Desse modo, o Direito do Trabalho tem por princípio tratar os desiguais de forma desigual, impondo benefícios em favor do empregado, como forma de equilibrar a relação jurídica.

Zeno Simm diz que a relação laboral demonstrou-se propensa à horizontalização dos direitos fundamentais porque nela, “pela própria natureza da relação contratual, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades na medida em que se coloca a serviço do empregador, subordinado a esse e por ele controlado e fiscalizado”.<sup>223</sup>

O contrato de trabalho se consubstancia em uma relação jurídica privada em que é ainda mais necessária a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, ante a desigualdade de fato entre o empregado e o empregador.<sup>224</sup>

Nesse sentido vale frisar a lição de Bilbao Ubillos, que assegura que o direito privado “também conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar, juridicamente ou de fato, as decisões dos particulares, influenciando no seu comportamento ou impondo a sua própria vontade”.<sup>225</sup>

É inerente ao contrato de trabalho o exercício do poder empregatício que, em suas diversas dimensões – diretiva, fiscalizatória, regulamentar e disciplinar – “concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo sócio-econômico, que favorece, em geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.”<sup>226</sup>

Observa-se que o empregado é portador de direitos fundamentais na condição de cidadão, reconhecendo-se não apenas os direitos elencados na seara trabalhista (art. 7º da CF), como aqueles direitos inerentes aos demais cidadãos previstos no Texto constitucional.<sup>227</sup> Nesse sentido, é possível exemplificar algumas garantias em

<sup>223</sup> SIMM, Zeno. **Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Revista LTr, volume 69, p.1293.

<sup>224</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_roberto\\_freire\\_pimenta.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf) acessado 04 de maio de 2015.

<sup>225</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

<sup>226</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p.628.

<sup>227</sup> GÓES, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008, p. 53.

favor do empregado na Constituição Federal de 1988, são elas: os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valorização do trabalho humano (art. 1º, IV e 170, caput), como também o rol de direitos previstos no art. 7º, caput e incisos. Além disso, toda a legislação trabalhista infraconstitucional também prevê discriminações positivas aos trabalhadores, que como exemplo, é possível citar a vedação de alterações contratuais lesivas ao empregado (art. 468 da CLT) e a intangibilidade salarial (art. 462 da CLT).

Assim, o direito do trabalho deve ser visto como um direito fundamental em um todo, permitindo que “qualquer posição jurídica, passível de ser a ele reconduzida, adquira fundamentabilidade material necessária à sua proteção contra as maiorias eventuais”<sup>228</sup>

José Antônio Perez Gediel<sup>229</sup> afirma que a atividade econômica, como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição de bens, só se torna possível ao se apresentar conformada pelo respeito à dignidade humana e pelos direitos fundamentais.

Para Alice Monteiro de Barros<sup>230</sup>, a assimétrica situação de poder contratual inerente à relação laboral serviu não só para desativar o fundamento teórico do dogma da autonomia da vontade, como também contribuiu para a reconstrução da tradicional dogmática dos direitos fundamentais, estendendo sua vinculação aos particulares, pouco importando se pessoas físicas ou jurídicas.

Outra justificativa para a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego é a existência de subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certas faculdades para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego.<sup>231</sup>

Alice Monteiro de Barros<sup>232</sup>, acertadamente, defende que os direitos fundamentais não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial,

<sup>228</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SARMENTO, Daniel; PEREIRA, Cláudio (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 929.

<sup>229</sup> GEDIEL, José Antônio Perez. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade do trabalhador**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 158.

<sup>230</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 593.

<sup>231</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

<sup>232</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 613.

admitindo-se, apenas, que sejam modulados na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva, uma vez que o contrato de trabalho não poderá ser legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão.

Para Ingo Sarlet, há que se partir da premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos tanto no plano verticalizado das relações entre particulares e o poder estatal, quanto no plano (igualmente verticalizado) das relações entre particulares que não são detentores de um efetivo poder social e outros que detêm parcelas expressivas de poder social, bem como das relações entre particulares em situação de tendencial igualdade fática, ainda que não se possa aplicar, de modo geral e de modo igual, as mesmas categorias dogmáticas-argumentativas, por conta de um maior impacto da autonomia privada.<sup>233</sup>

O contrato de trabalho tem como marca uma relação que aparenta ser horizontal, ocorre que, em verdade, os contratantes (sujeitos da relação) encontram-se em situação de desigualdade fática, em que o empregador detém o poder social. Essa afirmação justificaria, por si só, sua vinculação aos direitos fundamentais, uma vez que a incidência desses promoveria um equilíbrio na relação contratual estabelecida. Entretanto, ainda que não se tratasse de uma relação desequilibrada, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seria possível, uma vez que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias fundamentais de terceiros.<sup>234</sup>

Na lição de Alice Monteiro de Barros, é de suma importância o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores - enquanto cidadãos inseridos na relação de trabalho - numa época em que os imperativos econômicos do mercado, consequência da hegemonia do pensamento liberal, questionam os dogmas tradicionais do Direito do Trabalho.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 580.

<sup>234</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.116.

<sup>235</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 614.

A autora acima citada, conclui aduzindo que a eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego é um antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização, a autodeterminação do empregado como cidadão.<sup>236</sup>

A seara trabalhista brasileira, a despeito de ser um ambiente extremamente favorável a agressões contra os direitos da personalidade do trabalhador, não dispõe de um conjunto de normas infralegais aptas a regular de forma efetiva tais questões. Destarte, tendo em vista essa enorme omissão legislativa em nosso país, imperioso se faz o manejo da teoria da *eficácia imediata* dos direitos fundamentais entre os particulares integrantes da relação de emprego, como medida de reconhecimento, proteção e efetividade das liberdades públicas da pessoa do trabalhador.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em alguns acórdãos, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, ainda que não utilize os termos “eficácia direta” ou “imediata”.

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgado de relatoria do Ministro João Oreste Dalazen (TST-RR-2195/1999-009-05-00-6), publicado em 07/09/2004, julgou procedente o pedido de danos morais de uma empregada que era submetida, duas vezes ao dia (na saída para os intervalos intra e interjornada), à revista íntima, na qual erguia blusa até a altura do sutiã e abaixava a calça até a altura do joelho. Relatou-se, ainda que, em determinado dia, a diretora da empresa ordenou que a obreira ficasse inteiramente nua no vestiário, na presença das demais empregadas.

A reclamada, a seu turno, afirmou que não havia revista, mas sim um acompanhamento durante a troca de roupa e que era realizada por pessoa do mesmo sexo, afirmando ser necessária a fiscalização, uma vez que a empresa lidava com produtos psicotrópicos:

DANO MORAL. PRESENÇA DE SUPERVISOR NOS VESTIÁRIOS DA EMPRESA PARA ACOMPANHAMENTO DA TROCA DE ROUPAS DOS EMPREGADOS. REVISTA VISUAL.

1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor,

---

<sup>236</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 614

ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário.

**2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.**

3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF).

4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada.

**5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X).**

6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (Grifos nossos)

Nesse caso o voto fez remissão expressa à teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, a qual foi adotada para impedir o confronto na relação de emprego, mas especificamente entre particulares, servindo para relativizar o poder fiscalizatório do empregador, conforme se depreende do seguinte trecho do voto:

Aliás, a tese aqui esposada encontra apoio na teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais ou *Drittwirkung der Grundrechte*, concebida pelo alemão Hans Carl Nipperdey, juiz e prestigioso especialista em direito civil e do trabalho, já na década de 50 do século passado.(...)

(...) A doutrina encontra plena aplicabilidade na espécie. Com efeito, a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da Constituição

Federal há de pautar as relações de emprego, máxime no tocante à imposição de limites ao poder de fiscalização e controle conferido ao Empregador.

Recentemente, mais precisamente em 20 de Fevereiro de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS . COMPENSAÇÃO E BANCO DE HORAS. Inválido o regime de compensação quando o empregador não respeita as normas disciplinadoras do banco de horas, previstas no instrumento normativo que o instituiu. Recurso de revista não conhecido. 2. REFLEXOS DE REPOUSOS SEMANAIIS REMUNERADOS,



INTEGRADOS POR HORAS EXTRAS, EM TÍTULOS TRABALHISTAS. Nos termos da OJ nº 394 da SBDI-1/TST, "a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de 'bis in idem'". Recurso de revista conhecido e provido. 3. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA . PROCEDIMENTO PREVISTO EM REGRAMENTO INTERNO. "ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA". DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DO PRINCÍPIO. 3.1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Estado-Juiz, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 3.2. O referido princípio, como tradicionalmente concebido, evidencia eficácia vertical, uma vez que impõe obrigações ao Estado, em benefício do cidadão. Contudo, com o objetivo de concretizar uma proteção mais abrangente aos direitos fundamentais, a Suprema Corte já decidiu que a garantia do devido processo legal deve e pode ser invocada em relações entre particulares, materializando aquilo que a doutrina denomina eficácia horizontal . 3.3. Na hipótese em que o próprio empregador estabelece procedimento a ser seguido para o desligamento do empregado, a observância deste consiste em direito fundamental do trabalhador. 3.4. Assim, a dispensa imotivada, sem observância do procedimento estabelecido pelo próprio empregador, ofende a garantia do empregado ao devido processo legal em sua acepção horizontal. Recurso de revista não conhecido. 4. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A evidência do enredo que leva à condenação, por meio de depoimento de testemunhas e documentos, repele o alegado maltrato às regras relativas à distribuição do ônus da prova. Recurso de revista não conhecido. 5 . DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Recurso de revista não conhecido. 6. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. MOTIVO DE CUNHO RELIGIOSO. REINTEGRAÇÃO. ÔNUS DA PROVA . Quanto ao tema, o apelo da reclamada encontra-se prejudicado, uma vez que a dispensa da reclamada se deu em desconformidade com o procedimento estabelecido em regulamento empresarial e este fundamento, por si só, é capaz de sustentar a ordem de reintegração proferida pela Corte de origem . Recurso de revista não conhecido. 7. ASTREINTES. A imposição de multa diária é medida destinada à efetivação da obrigação de fazer, de acordo com o art. 461 do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho (art. 769 da CLT). Recurso de revista não conhecido. 8. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. Delineado no acórdão que, mesmo oportunizada a juntada de documentos em audiência, o reclamado não trouxe aos autos os cartões de ponto, tendo-lhe sido aplicada, ainda, a pena de confissão tácita, não se verifica a indicada ofensa às regras de distribuição do ônus da prova. Recurso de revista não conhecido.<sup>237</sup>

Em 2011, o Tribunal Superior do Trabalho abordou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego quando proferiu duas decisões. No

<sup>237</sup> BRASIL. Tribunal Superior Trabalhista. Autos do processo n. Recurso de Revista 17359020125090028. Ministro-Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data da Publicação: DEJT 20/02/2015. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168422076/recurso-de-revista-rr-17359020125090028> Acessado 04/05/20.

processo RR – 105500-32.2008.5.04.0101 expressou a decisão cuja relatora foi a Ministra Rosa Maria Weber, o recurso de revista não foi conhecido, confirmando-se a ordem de reintegração de empregado dispensado arbitrariamente, por ser portador de esquizofrenia. Seguindo a fundamentação, o direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho está sujeito a limites impostos pelos princípios da não discriminação, da função social da propriedade e da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária. Com base no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, restou consignado que, embora o referido dispositivo ainda não esteja regulamentado, ele é dotado de eficácia normativa. Além disso, o tema também foi analisado sob o prisma das Convenções ns. 111 e 117 e da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT; do art. 187 do Código Civil de 2002, que trata do abuso de direito, e da Lei nº 9.029/95, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória tendente a inviabilizar a admissão de um trabalhador ou a justificar o rompimento arbitrário do seu contrato de emprego em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade ou qualquer outro motivo infundado.

Nas palavras da Ministra Redatora,

“O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, igualmente, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. (...) o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa.”<sup>238</sup>

No segundo processo, a decisão proferida pela mais alta Corte Trabalhista, cujo Ministro que ficou responsável por escrever o voto foi o Ministro Vieira de Mello Filho, que por sua vez, não conhecido o recurso de revista, manteve-se a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais em favor de empregado que, na qualidade de motorista de caminhão de lixo, era obrigado a usufruir de seu intervalo intrajornada próximo ao veículo de trabalho e não dispunha de sanitário para sua higiene pessoal e necessidades fisiológicas.

<sup>238</sup> **BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo nº Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101** Ministra Redatora: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 05.08.2011, Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-10550032.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAACxIAAO&dataPublicacao=05/08/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais>>. Acesso em: 04 maio. 2015.

Com base no fato narrado, a decisão nas palavras do relator ficou da seguinte forma:

“(...) a preservação da saúde obreira deve ser garantida (por meio de todas as medidas que tornem o seu local de trabalho isento de riscos à integridade física e psicológica do laborante), sob pena de se tornar ineficaz (e, portanto, carente de força normativa) o postulado previsto no primeiro artigo da Carta Republicana, o que não se coaduna com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias de nosso País.”<sup>239</sup>

Finalizando, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitui importante instrumento para a efetiva tutela da dignidade do cidadão-trabalhador e do trabalhador-cidadão, à medida que tratando-se de uma relação marcada pela desigualdade, as teorias da eficácia mediata e deveres de proteção estatal não conseguiriam coibir as condutas desenfreadas dos empregadores de maneira satisfatória, uma vez que, a atuação legislativa por parte do Poder Público não é suficientemente forte para impedir que aja uma afronta aos direitos fundamentais por parte do empregador. Conforme afirma Adriana Wyzykowski deve-se sempre lembrar que o empregador é o detentor do poder social. É o empregador que decide se o empregado continua trabalhando para ele ou não. E o empregado, como parte hipossuficiente, não pode abrir mão do emprego que garante o seu sustento e de sua família.<sup>240</sup>

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais prevista nos contratos de trabalho precisa ser vista pelo Poder Judiciário. Na prática, para resolver quais bens deverão prevalecer sobre os demais, os magistrados devem utilizar a técnica da ponderação de interesses, a fim de investigar, caso a caso, a partir de critérios previamente estipulados. É através desse mecanismo que se dá segurança jurídica aos jurisdicionados, tornando as decisões mais justas, principalmente, equilibrando o exercício das liberdades constitucionais, que por sua vez, deve ser compatível com o necessário e o razoável nas relações privadas de trabalho.

<sup>239</sup> **BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo n. Recurso de Revista 458400-06.2003.5.09.0019**, Ministro-Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 18.03.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais>>. Acesso em: 04 maio. 2015.

<sup>240</sup> WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.118.

Desse modo, para conseguir coibir atitudes contrárias a direitos fundamentais, somente uma eficácia direta, imediata, uma vez que, assim não haveria ao empregador desculpa na sua conduta, pois esta violaria o Texto constitucional. E, por todo exposto, concorda-se com aqueles que defendem que para solucionar a desigualdade presente no contrato de trabalho a vinculação direta é a solução mais admissível.

## **4 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÃO DE EMPREGO**

Ao longo do presente trabalho foram analisados os direitos fundamentais e qual a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, e, como já demonstrado, a liberdade religiosa é um direito fundamental assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro que deve ser resguardado em todas as suas dimensões. Desse modo, neste capítulo será analisado de forma mais aprofundada o conceito e os desdobramentos dessa liberdade.

### **4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA**

No primeiro capítulo de conteúdo do presente trabalho foram abordados conceitos e entendimento sobre a liberdade religiosa e, também, a sua importância devido a sua classificação como um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Acontece que, diante dessa classificação se faz necessário entender melhor o conceito e a evolução dos Direitos Fundamentais.

#### **4.1.1 Conceito**

José Afonso da Silva prefere denominar os Direitos Fundamentais de Direitos Fundamentais do Homem, e, assim, ele indica que estes fazem referência a princípios que demonstram a ideologia de cada ordenamento jurídico, e qual a maneira deste ordenamento ver o mundo. Assevera, ainda, que tal regulamento, como um direito positivo que é, elege as prerrogativas e instituições que cada

Ordenamento consubstancializa em garantias de uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas.<sup>241</sup>

André Ramos Tavares, ao tratar da evolução dos Direitos Fundamentais, observou que no processo histórico houve a aclamação dos direitos civis, políticos, sociais básicos e econômicos, coletivos, e, ainda, dos direitos das minorias. Destaca-se que a consagração de tais direitos é consequência das evoluções histórica-sociais, ou seja, das alterações e necessidades infinitas e inesgotáveis do ser humano, onde no mesmo contexto surgem as dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais, que, por sua vez, foi explicado no ponto 2.2 do presente trabalho.<sup>242</sup>

Assim, como estudado no primeiro capítulo de conteúdo, os direitos fundamentais se desenvolveram em 1ª, 2ª, 3ª, e, para alguns, 4ª dimensão para hoje terem o conteúdo que têm. Desse modo, o direito fundamental à liberdade religiosa (liberdade de crença, culto e organização religiosa) pode ser encaixado como de primeira dimensão, que segundo os já citados ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, são os indispensáveis a todos os homens, são direitos que ostentam uma pretensão universalista e abstrata, eis que alguns direitos como o de sufrágio, dependiam do requisito riqueza para serem desfrutados.<sup>243</sup> Ou seja, são as liberdades individuais como a liberdade de culto e reunião, a de consciência, à inviolabilidade de domicílio, entre outros. Mas, o titular desses direitos era o homem individualmente considerado, sendo que o livre encontro de indivíduos autônomos era repudiado por parte do Estado de Direito Liberal.

Desse modo, no que tange as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>244</sup>, diz que os direitos de primeira geração surgiram do ideal de liberdade individual e política que amparou a revolução francesa, e esses, por sua vez, eram pela ausência de intervenção estatal no que se referia a questões individuais.

---

<sup>241</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997..

<sup>242</sup> TAVARES, Ramos André, **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

<sup>243</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 233.

<sup>244</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.46.

Essa ideia é afastada por Virgílio Afonso da Silva, pois para ele não se configura o suporte fático de um direito fundamental sem o elemento da intervenção estatal. Isto porque, ele compreende que o suporte fático de tal instituto é formada por “tanto aquilo que é protegido como aquilo contra o qual é protegido”, afinal somente havendo uma intervenção nesse âmbito é que se poderá exigir que cesse uma intervenção.<sup>245</sup>

Já é sabido que o direito à Liberdade Religiosa é ilustrado como princípio Fundamental na Constituição federal de 1988, então, consoante às lições de Robert Alexy, deve receber máxima efetividade, respeitando-se as questões fáticas e jurídicas.<sup>246</sup>

Portanto, vale lembrar que se entende que os direitos fundamentais são aqueles que têm uma relação com o ordenamento interno e/ou específico. Acontece que, além de direito fundamental, a Liberdade religiosa é também um direito humano<sup>247</sup>, que, por sua vez tem características diferentes dos direitos fundamentais, como já abordado no início do primeiro capítulo desse trabalho.

Apenas a título de esclarecimento, a principal diferença entre os direitos fundamentais e humanos é o habitat de cada um, já que aqueles se estão no ordenamento jurídico de determinado Estado e esses são retirados nos tratados e convenções internacionais.

Conclui-se, deste modo, a proteção à liberdade religiosa faz parte dos direitos fundamentais, mas também dos direitos humanos, visto que ela possui uma tutela constitucional e, ainda, uma tutela supraconstitucional. Ademais, a liberdade de religião que tem como desdobramentos a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, que serão estudados de forma mais aprofundada logo adiante, inclui ainda a liberdade de não seguir qualquer religião, ou mesmo de não ter opinião sobre a existência ou não de Deus (agnosticismo e ateísmo), como explicado no ponto 2.5.2 desse trabalho.

---

<sup>245</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p.29. Disponível em: <[http://dstic.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/vaz contedo essencial.pdf](http://dstic.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/vaz%20contedo%20essencial.pdf)>, em: 24. Ago. 2014

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 2008, p.204.

<sup>247</sup> SILVA, Maiana Guimarães de Souza e. A liberdade religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência. **A liberdade religiosa em questão**. 2012. Artigo. (Curso de Graduação de Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

#### 4.1.2 O direito fundamental à liberdade religiosa na CF/88

Como já afirmado anteriormente no Capítulo I, quando se fala no direito individual à liberdade religiosa, há um grave equívoco consistente em reduzir tal conceito somente à prerrogativa conferida ao indivíduo de acreditar na existência de uma divindade e professar a fé respectiva. Assim sendo, entende-se que conceber o direito individual à liberdade religiosa como tripartite é mais correto<sup>248</sup>. Ou seja, tal direito fundamental abraça a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Andre Ramos Tavares acrescenta que a Constituição brasileira de 1988 encetou a liberdade religiosa como dispositivo 'autônomo'. Então, a assim denominada liberdade religiosa, enquanto direito fundamental ha de incluir a liberdade:

- i) de opção em valores transcendentais (ou não);
- ii) de crença nesse sistema de valores;
- iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade;
- v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual;
- vi) dos locais de pratica do culto;
- vii) de não ser o individuo inquirido pelo Estado sobre suas convicções;
- viii) de não ser o individuo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o estado, em virtude de sua crença declarada".<sup>249</sup>

Para melhor compreensão do direito fundamental à liberdade religiosa, entendemos por ser necessário esboçar melhor os desdobramentos desse direito (liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa).

##### 4.1.2.1 Liberdade de crença

<sup>248</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional a Liberdade religiosa** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p.8.

<sup>249</sup> TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. ver. atual. – Sao Paulo: Saraiva, 2010, p. 630

A liberdade de crença esta amparada no inciso VI do artigo 5º da Constituição de 1988. Nesse contexto, a liberdade religiosa, no aspecto atinente ao exercício da crença, esta intimamente relacionada a liberdade de consciência.

Segundo José Afonso da Silva, à Liberdade de Crença, tem uma relação intrínseca com a liberdade de consciência, e, como consequência à livre opção religiosa tem que ser respeitada.<sup>250</sup>

Dirley da Cunha Júnior diferencia a liberdade de consciência e a liberdade de crença uma vez que aquela pode pautar-se não somente no que se refere à inadmissão de qualquer crença, o que pode ser exemplificado pelo ateísmo, mas também pela própria adesão a determinados valores morais e espirituais.<sup>251</sup>

Revela-se evidente a amplitude desta porção do direito a livre opção religiosa, fazendo com que a liberdade de crença assuma desdobramentos tanto de ordem positiva quanto de ordem negativa.<sup>252</sup>

Aqui, vale salientar que a liberdade de crença, em seu viés *positivo*, significa a possibilidade de o individuo crer naquilo que melhor atenda as suas necessidades espirituais. Além do exposto, o referido viés positivo também protege o direito de o crente divulgar a sua crença, independentemente de qual seja ela. Aqui, neste quadrante, não se impõe nenhum óbice ao exercício do direito de divulgar-se a crença, salvo nas hipóteses que atentem contra as normas de ordem publica.

Quanto ao desdobramento *negativo* da liberdade de crença, vale dizer que este significa simplesmente o direito de o individuo não acreditar em absolutamente nada em termos de divindade, ser superior, vida apos a morte etc.<sup>253</sup>

Assegura-se Jayme weingartner Neto, que no plano jurídico-subjetivo, a possibilidade de cada pessoa, conforme os ditames da sua própria consciência, livre de pressão e coação, responsabilizar-se por suas decisões éticas e existências. Acrescenta ainda que o indivíduo é livre para crer ou não na divindade, no

<sup>250</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

<sup>251</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm , 2009. p. 672 e 673.

<sup>252</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional a Liberdade religiosa** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p.29.

<sup>253</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional a Liberdade religiosa** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p.30.



sobrenatural, na transcendência, nas respostas sobre os sentidos da vida e da morte – liberdade, neste aspecto, poderia chamar-se, também a-religiosa, já que a crença pode exercer-se em qualquer direção e contar, em qualquer caso, com a não confessionalidade do Estado, que deve igual consideração e respeito a todos os cidadãos.<sup>254</sup>

Aloisio Cristovam dos Santos Filho, ao tratar da liberdade de crença, diz que esta abarca a liberdade de eleger a religião que se deseje seguir, a liberdade para adotar qualquer culto religioso, a liberdade para deixar uma religião e ingressar noutra, e, ainda, a liberdade de não ter religião alguma, optando pelo ateísmo ou agnosticismo.<sup>255</sup>

Desse modo, para Jayme Weingartnet Neto o ateísmo ancora-se na liberdade de consciência, ao passo que a liberdade de crença como desdobramento da liberdade religiosa – direito fundamental como um todo -, significa, a livre escolha e a possibilidade de mudar e /ou abandonar, a qualquer momento, a própria crença religiosa, ou seja, as crenças religiosa e outras convicções previstas no texto constitucional, em determinadas condições podem fundar direito à objeção de consciência.<sup>256</sup>

Conclui-se, nesse sentido, que a Constituição complementa o plexo de normas que tutelam a liberdade religiosa admitindo a pessoa a viabilidade de expressar o agnosticismo, o ateísmo ou o ceticismo. Desta forma, além do direito de crer e expressar a sua crença, a Carta Magna confere a pessoa o mesmo direito de não crer e, por obvio, também o direito de expressar a sua descrença.<sup>257</sup>

Destaca-se ainda, que na própria constituição brasileira vigente, há uma proteção do direito do crente divulgar as verdades da sua crença, sem importar qual seja ela, e, este direito só poderá ser reprimido se tal preceito atentar contra as normas públicas, ultrapassando os limites dos interesses individuais, considerando que não existem direito absoluto.

<sup>254</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.114.

<sup>255</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloisio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.56.

<sup>256</sup> Weingartnet Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 115.

<sup>257</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Protecao Constitucional a Liberdade religiosa** – Rio deJaneiro: Lumens Juris, 2008, p.30.

Em sintonia com o quanto exposto, e de se ressaltar que a persistência do fenômeno religioso no tecido social se expressa por meio de uma multiplicidade de manifestações, as quais, não raro, ocasionam dúvidas quanto a sua legitimidade em uma comunidade política que se pretende inclusiva. Desse modo, resta claro que as repercussões jurídicas do fenômeno religioso na sociedade tem de partir, necessariamente, de uma compreensão do direito a liberdade religiosa que seja adequado ao modelo de laicidade adotado pelo ordenamento constitucional.<sup>258</sup>

#### 4.1.2.2 Liberdade de culto

O segundo desdobramento do direito a liberdade religiosa, e que também possui fundamento no inciso VI do artigo 5º da Constituição de 1988, e a liberdade de culto. Este inciso, por sua vez, declara inviolável a liberdade de crença e assegura “o livre exercício dos cultos religiosos”, além de garantir “na forma da lei”, a “proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.<sup>259</sup>

Aloisio Cristovam dos Santos Junior, ao falar de liberdade de culto, indica que esta comporta atos individuais e atos realizados pelos indivíduos em conjunto, o que demonstra a existência de um cunho individual quanto coletivo. Ademais, frisa-se que o exercício desse direito não pode ofender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, inciso II,CF/88).<sup>260</sup>

Esse desdobramento do direito a liberdade religiosa, nas palavras de Machado<sup>261</sup>, consiste na possibilidade de participar ou não, individual ou coletivamente, nos referidos atos de cultos, imunes a quaisquer pressões estatais, na paráfrase da Suprema corte Americana, o direito à liberdade religiosa significa que as crenças religiosas e a expressão religiosa são demasiado importantes para serem proscritas ou prescritas pelo estado.

<sup>258</sup> Cf. SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. – São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p. 187.

<sup>259</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.121.

<sup>260</sup> SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloisio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007, p.57.

<sup>261</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. Dos direitos da verdade dos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.229-230.

Observa-se Celso Bastos que o culto é um dos elementos fundamentais da religião, e, por sua vez, é também, dentro da respectiva religião, consequência da possibilidade de organização destes mesmos culto, o que dá lugar à criação de igrejas e templos.<sup>262</sup>

Ressalta-se que “consciência” e “crença” estão relacionadas aos anseios espirituais de cada pessoa ou à convicção íntima sobre algum assunto. Ao passo que, a liberdade de culto, segundo Weingarter Neto<sup>263</sup>, é a exteriorização das liberdades de consciência e de crença.

Jayme Weingartner<sup>264</sup>, afirma que culto é menos um ato ou ritual e mais uma atitude subjetiva, espiritual, que pode estar subjacente a atos de natureza muito diversa, sendo certo, que o sentido útil da tutela constitucional passa pela identificação objetiva de um conjunto de comportamentos razoavelmente qualificáveis como culturais, entendidos, em geral, como comportamentos individuais ou coletivos, religiosamente motivados, mais ou menos ritualizados, não dirigidos unicamente à comunicação de conteúdos religiosos e outros. Para exemplificar tal afirmação o referido autor cita: orações, certas formas de meditação, jejum, leitura e estudo de livros sagrados, serviços religiosos nos templos, homilias, pregações, procissões, sacrifícios rituais de animais.

Para Ravena Seida Tavares Melo, o culto é o ato de adoração que se oferece a uma divindade de qualquer religião, correspondendo a todas as manifestações, rituais, certas formas de meditações e orações empregadas de acordo com uma matriz religiosa.<sup>265</sup>

Sobre esse assunto, acrescenta Samuel Santana Vida que:

(...) é necessário reconhecer, que a liberdade religiosa compreende a distinção entre liberdade de crença e liberdade de culto, mas é também fundamental evidenciar que há uma conexão indissociável entre esses dois elementos. Admitir uma liberdade de crença pura e simplesmente reduzida

<sup>262</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p.45-46.

<sup>263</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.87.

<sup>264</sup> Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.121.

<sup>265</sup> MELO, Ravena Seida Tavares de. A liberdade religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência. **Proteção à liberdade de culto: o sacrifício de animais promovido pelas religiões de matriz africana e a sua conformidade com a legislação pátria**. 2012. Artigo. (Curso de Graduação de Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.118.

ao pela psicológico é invializá-la do ponto de vista prático. Não há possibilidade de livre expressão religiosa, que não implique uma forma externa de manifestação, de materialização, seja qual for a expressão ritual. A forma externa de manifestação, de materialização, concretiza a efetividade da liberdade religiosa. Logo, esta separação há de ser estabelecida no plano teórico, mas há também que se admitir esta vinculação, esta continuidade, esta interdependência, sob pena de se imaginar uma liberdade religiosa absolutamente infecunda do ponto de vista prático da realização das aspirações espirituais, do exercício da articulação dos interesses simbólicos e culturais, e da religação com a dimensão transcendente.<sup>266</sup>

É importante salientar que o art. 19, I, da Constituição federal (título III – da organização do Estado), o qual reafirma a separação entre Estado e a igreja, veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, beneficiá-los, impedir-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, salvo, nas hipóteses previstas em lei, para a colaboração de interesse público.

Nessa senda, Manoel Jorge e Silva Neto, indica que:

Deveras, quando o art.19, I da Constituição salienta que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, significa que o Estado brasileiro esta proibido de organizar segmento religioso de qualquer ordem; quando impede subvenciona-los, restringe a destinação de recursos públicos para o fim de manutenção da fé religiosa; ao impedir que o Estado embarace-lhe o funcionamento, implica a proibição de realizar todo e qualquer ato que resulte em restrição à liberdade de crença, culto e, principalmente, no caso, de organização religiosa, salvo regular exercício de poder de polícia; quando, por fim, prescreve o dispositivo a manutenção de aliança ou qualquer forma de dependência entre o estado e os segmentos religiosos ou seus representantes, persegue a Constituição de 1988 a necessária isenção que deve ter a nossa sociedade política relativamente a isenção que deve ter a nossa sociedade política relativamente a todas religiões e/ou seitas existentes na atualidade.<sup>267</sup>

<sup>266</sup> VIDA, Samuel Santana. **Sacrifício animal em rituais religiosos: liberdade de culto versus direito animal (Parte 1)**. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, BA, v.2,n.2.,p217, jan 2007.

<sup>267</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de janeiro: Ed. Lumens Juris, 2013, p.136.

Portanto, vale salientar que havendo conflito entre a liberdade de culto com a dignidade da pessoa humana, não será possível afirma que o exercício daquele direito está sendo adequado se houver ferimento a este principio fundamental, já que não há direitos de cunho absoluto. “A liberdade de culto, assim, somente admite as contenções impostas pela decantada ‘regra de ouro da liberdade’, a qual institui que a liberdade de alguém termina onde começa a liberdade de outrem”.<sup>268</sup>

#### 4.1.2.3 Liberdade de organização religiosa

O terceiro desdobramento do direito individual a liberdade religiosa é a liberdade de organização religiosa. Sob tal ótica, além da Constituição de 1988, garantir a liberdade de culto e de crença, também, assegura de maneira semelhante em seu artigo 19, inciso I, a plena liberdade para instituir-se segmento religioso.

Antes de adentrar na liberdade de organização religiosa especificamente, faz-se importante salientar que a expressão organização religiosa pode ser referida como sinônima de entidade religiosa, agremiação religiosa ou instituição religiosa. Inclusive, utilizamos essa acepção ao dizer que as igrejas são organizações religiosas. Entretanto, quando tratamos de liberdade de organização religiosa, atribui-se a expressão outro sentido. Organização religiosa designa, então, o modo de constituição e funcionamento das entidades religiosas.<sup>269</sup>

Uma expressão que merece destaque é o “laicismo”, que para Aloisio designa uma ideologia marcada pelo indiferentismo ou por uma aberta hostilidade à religião, visando enclausura-la dentro do mundo da consciência e reduzi-la a um assunto de foro íntimo. Nesse caso, O estado não apenas se absteria de intervir no domínio religioso, mas adotaria atitudes tendentes a afastar qualquer influencia religiosa do espaço político.<sup>270</sup>

Existe uma celeuma em torno das nomenclaturas laicidade e laicismo, mas entendemos assim como Aloisio que se faz melhor distingui-las utilizando critério

<sup>268</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2013, p.116.

<sup>269</sup> SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organizacao religiosa e o Estado laico brasileiro**. – Sao Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p.77.

<sup>270</sup> SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organizacao religiosa e o Estado laico brasileiro**. – Sao Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p.60.

básicos da semântica, que por sua vez, indica que o laicismo expressa o sistema jurídico-político no qual o Estado e as organizações religiosas não sofrem interferências recíprocas no que diz respeito ao atendimento de suas finalidades institucionais. Ao passo que, laicidade, seria apenas a qualidade de laico, o caráter de neutralidade religiosa do Estado.

Conceitua Manoel Jorge que, o laicismo é doutrina defensora da separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação a leigos de funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação.<sup>271</sup>

A partir da laicidade, podemos melhor entender as formas de relacionamento entre igreja e Estado: a) união; b) confusão; c) separação.<sup>272</sup>

Para Aloísio<sup>273</sup> o bem jurídico protegido pela liberdade de organização religiosa consiste, fundamentalmente, no direito de os grupos religiosos estabelecerem o seu modo de constituição e de funcionamento autonomamente, o que engloba, por exemplo, a forma de recrutamento e desligamento de membros, a forma de pela qual o poder é distribuído internamente, a forma de autofinanciamento e a forma de auto-regulamentação.

Ao tratar liberdade de organização religiosa, Manoel Jorge expressa que essa esta abarcada pela amplitude da liberdade religiosa, e que, por sua vez, confere à pessoa, ao grupo, o direito de criar segmento religioso.<sup>274</sup>

Sob essa ótica, a liberdade de organização religiosa traduz-se em direitos coletivos dos grupos religiosos organizados. Mas, essa liberdade, também compreende

---

<sup>271</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2013, p.52.

<sup>272</sup> No caso da **união** entre o Estado e a Igreja, nota-se a clara preferência da sociedade política por um dado segmento religioso, tal como sucedeu com a constituição imperial brasileira de 1824. Em segunda hipótese, temos a **confusão**, que é o caso onde já não se sabe onde começa o Estado e termina a Igreja ou vice-versa, porque a autoridade estatal se confunde com a autoridade eclesiástica. Portanto, não há opção da sociedade por um dado segmento religioso; pois o que ocorre é que o Estado é o próprio segmento religioso e a religião é o Estado. Como exemplo da confusão entre estado e igreja, temos a relação existente entre a constituição do Irã e o Vaticano. Por último, temos o caso da **separação**. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, esta forma de relacionamento também é muito encontrada na atualidade, “principalmente porque a compostura laica do Estado pós-moderno esta conformada pelo principio democrático-republicano, a partir do qual se podem extrair consequências de relevo, como a impossibilidade de uma sociedade política seguir, prestigiar ou subvencionar facção religiosa”. Cf. SILVA NETO, ob. cit., p.52..

<sup>273</sup> SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. – São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p.77.

<sup>274</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2013, p.49.

direitos individuais exercidos coletivamente, dos quais a finalidade de formação de uma organização religiosa.<sup>275</sup>

Nesse sentido, para Edfre Rudyard e Thiago Tifaldi, à liberdade de organização religiosa, concerne à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e de suas relações com o Estado, a atual indiferença estatal confere às igrejas liberdade de constituição, além de dar-lhes arcabouço jurídico para a livre constituição de sua personalidade.<sup>276</sup>

O sistema de organização religiosa, sendo um elemento da própria constituição do fenômeno religioso, não se dissocia do sistema de crença, ao qual está jungido por amarras muito firmes, do que se infere que o respeito à liberdade de organização religiosa não constitui um dado divorciado da esfera íntima do indivíduo. Desse modo, não é possível respeitar a liberdade de crença e ao mesmo tempo negar às comunidades religiosas, formadas por grupos de indivíduos, a liberdade para estabelecer o seu modo peculiar de organização.

Ao fim, pela leitura do parágrafo 1º do art. 44, do Código Civil, incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003, entende-se que a liberdade de organização religiosa engloba a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas.<sup>277</sup>

#### 4.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O objetivo do presente trabalho é justamente delinear algumas soluções que podem ser úteis à solução das colisões entre o direito fundamental à liberdade religiosa e outros direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego, apontando certas circunstâncias que, por serem capazes de determinar a prevalência de um dos interesses colidentes, não possam ser ignoradas o momento da ponderação.

---

<sup>275</sup> SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. – São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, p.77.

<sup>276</sup> SILVA, Edfre Rudyard da.; TIFALDI, Thiago. Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito *In*: LAZARI, Rafael José Nadim de.; BERNARDI, Renato.; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **A religião nas forças armadas e**, p.349..

<sup>277</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, 2002.

Sendo assim, destaca-se a importância da interpretação constitucional à cerca da aplicação dos direitos fundamentais, e, principalmente, em relação à solução de conflito existente entre dois ou mais desses direitos. Nesse sentido, como já explanado nos tópicos acima, os princípios têm um papel muito importante quando se trata de interpretação constitucional, sobretudo dos direitos fundamentais em si. Sabe-se que esses princípios de interpretação constitucional devem ser reputados como valores normativos, pois tem importância singular na compreensão das normas constitucionais, e, assim sendo esses princípios devem obrigatoriamente ser o ponto de partida para qualquer intérprete, uma vez que representam o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins.

Deste modo, normas sobre direito individual à liberdade religiosa, estão submetidas aos demais princípios guias da hermenêutica constitucional, em especial o da unidade, o qual diz respeito à interpretação constitucional no âmbito de sua unidade sistemática; da concordância prática, o qual determina que, na hipótese de conflito, é preciso encontrar a solução ponderada entre os bens constitucionalmente protegidos<sup>278</sup>; da máxima efetividade, o qual prevê que deve ser adotada a solução de maior eficácia à norma constitucional; da proporcionalidade, o qual impõe a menor restrição possível a direitos fundamentais<sup>279</sup> e da interpretação conforme a Constituição este último constituindo-se igualmente em norma-princípio por conta de previsão legal e referindo-se à escolha da decisão voltada para o atendimento da Constituição, desprezando-se as possibilidades de aplicação inconstitucionais.<sup>280</sup>

A proteção constitucional à liberdade religiosa não exclui conflitos ainda latentes na contemporaneidade. É preciso dominar os princípios orientadores da interpretação das normas constitucionais para então se deter na disparidade entre os planos ônticos e deônticos. Esta última dicotomia constitui-se em objeto de investigação sociológico para a busca do fortalecimento de instituições sociais e mecanismos jurídicos de controle estatal voltados à garantia do Estado democrático de direito.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional** – 6. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.124 *Et. Seq.*

<sup>279</sup> *Ibidem*, p.132 *Et. Seq.*

<sup>280</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. Cit.*, 2010, p. 128.

<sup>281</sup> RIBEIRO, Rafael. A tutela à liberdade religiosa no Estado da Bahia: a histórica (in)visibilidade seletiva e sua influência axiológico-normativa na hermenêutica constitucional. *In.* SILVA NETO, Manoel Jorge e (Coord.). **A liberdade religiosa em questão**, 2014, p. 63.



De início, registra-se que a constituição é realidade unitária e o processo de interpretação deve se submeter a tal compostura. Logo, o interprete jamais poderá interpretar a norma constitucional isoladamente, fora do contexto em que está inserida, fora do sistema constitucional, sob pena de atentar contra a imprescindível harmonização que deve permear a interpretação constitucional. Por conseguinte, quando se fala em liberdade religiosa impõe-se ao interprete se valer do princípio da unidade.<sup>282</sup>

Assim, sendo a constituição unitária, o processo de interpretação deve se submeter a isso, e deste modo, o interprete não poderá interpretar a norma constitucional isoladamente, pois isso pode acarretar na violação da imprescindível harmonização que deve permear a interpretação constitucional.

Acrescenta-se a existência do Princípio da interpretação conforme a constituição, que encontra-se no parágrafo único do art.28 da Lei n. 9.868/99, que regulamenta o procedimento na fiscalização abstrata da constitucionalidade. Frisa-se que embora a maioria dos princípios de interpretação sejam valores normativos, este (princípio da interpretação conforme) se apresenta como norma jurídica, sendo, portanto, uma norma jurídica.

Sob essa análise, Manoel Jorge indica que o princípio da interpretação conforme a constituição é norma-princípio e não norma-regra, simplesmente porque poderá ser utilizado sem exclusão dos demais princípios de interpretação constitucional.<sup>283</sup>

A Interpretação conforme a Constituição denota uma técnica de controle de constitucionalidade e não somente um método de interpretação hermenêutico, estabelecendo que o intérprete ou aplicador do direito, ao se deparar com normas que possuam mais de uma interpretação (polissêmicas ou plurissignificativas), deverá priorizar aquela interpretação que mais se coadune com o texto constitucional.

Concluindo, significa dizer que sempre que houver mais de uma interpretação possível para uma determinada norma deverá ser utilizada aquela que esteja em maior grau de conformidade com os ditames da Carta Magna. O objetivo da

---

<sup>282</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2 e., p. 111, 2013.

<sup>283</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2 e., p.111, 2013.

interpretação conforme a constituição é, especificamente, o de promover, através da interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de determinado preceito legal.<sup>284</sup>

Além desses princípios citados acima há o princípio da concordância prática, também conhecido como princípio da harmonização, e, por sua vez, impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de maneira a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Joaquim Gomes Canotilho<sup>285</sup> entende que esse princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Indica Celso Ribeiro Bastos, referindo-se ao princípio da harmonização, que:

Através do princípio da harmonização se busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade da exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles. (...) A simples letra das normas será superada mediante um processo de cedência recíproca. No caso de dois princípios que, em face de determinado caso, mostrem-se, aparentemente, antagônicos, hão de harmonizar-se. Devem esses princípios abdicar da pretensão de serem aplicados de forma absoluta. Prevalecerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente. (...) <sup>286</sup>

Ademais, existe o princípio da máxima efetividade, que obriga que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados sempre no sentido de conceder aos mesmo a maior eficiência e eficácia possível.

José Joaquim Gomes Canotilho examinando o princípio da máxima efetividade, ensina que também é designado de princípio da eficiência ou princípio da

---

<sup>284</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p.190, 1996.

<sup>285</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3a . edição. Coimbra: Almedina, 1999,p.1150.

<sup>286</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p.106-107.

interpretação efetiva, e, por sua vez, traduz que a uma norma constitucional deve ser atribuído os sentido que maior eficácia lhe dê.<sup>287</sup>

No rumo indicado, entende Celso Ribeiro Bastos, que o princípio da máxima eficiência significa que, sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.<sup>288</sup>

Por fim, tem-se o princípio da proporcionalidade, que segundo Manoel Jorge que por esse princípio, entende-se que a restrição a um direito individual deve ser a mínima possível.<sup>289</sup>

Para Bonavides, o princípio da proporcionalidade flui do parágrafo 2º, do art. 5º<sup>290</sup>, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, e do Estado de direitos e dos princípios que este consagra e que tornam inviolável a unidade da Constituição.<sup>291</sup>

Posto desta forma, o princípio da proporcionalidade é de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrições de direitos fundamentais, que por sua vez, é base temática do presente trabalho. Isso porque, a partir desse princípio se opera o sopesamento dos direitos fundamentais oferecendo ao caso concreto uma solução adequada e que procura a harmonia e unidade do texto Constitucional.

Analisa através desse princípio da proporcionalidade o fim e o meio empregado a efetivação da medida a ser adotada para o caso de colisão ou restrição de direitos ou bens constitucionais protegido, e, portanto, exige-se que o meio adotado seja adequado.

Por esse princípio, havendo colisão no âmbito dos direitos fundamentais, o principio da proporcionalidade exige que a medida adotada seja adequada, necessária e proporcional.

Como já demonstrado, a liberdade religiosa é um direito fundamental, desse modo, no capítulo anterior foi estudado as teorias a respeito da eficácia dos direitos

---

<sup>287</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit., p.1149 -1151.

<sup>288</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Op.cit., p. 104-105

<sup>289</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de janeiro: Ed. Lumens Juris, 2 e., p. 112, 2013.

<sup>290</sup> Art. 5º, § 2º, da CF "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

<sup>291</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p.436, 2003.

fundamentais nas relações privadas, e sabe-se que a doutrina que defende a eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificamente nas relações de emprego, parece ser a mais adequada. Por conta disso, o estudo feito no tópico anterior sobre a classificação das normas de direito fundamental como normas-princípios, e, também a utilização dos supracitados princípios para interpretação dos direitos fundamentais são regras que devem ser seguidas quando se estiver diante de colisões entre o direito fundamental à liberdade religiosa e outros direitos fundamentais, para que assim, seja possível encontrar a solução mais adequada.

#### 4.3 A UTILIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES DIANTE DOS CONFLITOS ENVOLVENDO A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE RELIGIOSA

Nas relações humanas, focando-se no ambiente de trabalho, o exercício da liberdade religiosa (liberdade de culto, de organização religiosa, com ênfase na liberdade de crença) e seus desdobramentos, deve ser assegurado devido à tamanha importância que lhe foi dada pelo constituinte. Entretanto, esse exercício deve ser ponderado com o intuito de resguardar outros direitos inerentes ao indivíduo, e é exatamente isso que será tratado agora.

No presente trabalho busca-se encontrar um equilíbrio entre os direitos da personalidade e as relações de trabalho, o que vem se mostrando falho, mas que precisava ser efetivado, pois a empresa é o local onde se dirigem os trabalhadores com objetivos profissionais e materiais. Entretanto se tratando de um ambiente altamente heterogêneo, a possibilidade de um empregado ou um empregador querer fazer proselitismo de uma religião dentro da empresa é grande, mas deve ser respeitado à possibilidade dos demais terem feito uma opção diferente, ou até mesmo não ter consumado escolha alguma – o que a Constituição brasileira de 1988 garante.

Como analisado durante todo o trabalho o direito à Liberdade religiosa é tutelado juridicamente na Constituição Federal brasileira de 1988, inclusive, implicitamente no momento em que é assegurado a todo e qualquer indivíduo os direitos da

personalidade, como por exemplo, o direito a liberdade lato sensu (liberdade de pensamento, de crença, entre outros).

Esse assunto é aparentemente simples, mas quando esse direito fundamental à liberdade religiosa é colocado em uma sociedade onde há também outros direitos assegurados, pode acontecer conflitos em que seja necessário se utilizar da técnica da ponderação na hora de aplicar essas normas no caso concreto. Isso porque, as normas citadas aqui, são normas-princípios que não se valem da regra do “tudo ou nada”, e, por isso se diferenciam das normas regras.

Desse modo, deseja-se aqui demonstrar o entendimento da dogmática moderna das normas em geral, em particular, as normas constitucionais que são enquadradas em duas grandes categoriais diversas: os princípios e as regras. E, considerando que as normas citadas durante o trabalho são normas princípios, se faz importante ver de forma mais detalhada a regra de aplicação dessas normas, assim, é o que se verá agora.

A distinção entre norma-regra e norma-princípio não está expressa na constituição de 1988, logo, este é um trabalho feito pelo interprete que deverá descobrir a natureza de cada qual por meio do trabalho de investigação e municiado com os subsídios fornecidos pela nova hermenêutica constitucional.<sup>292</sup>

Considerando que o a liberdade religiosa é um direito fundamental, e que este direito nas relações de emprego fica frente a outros direitos seja andando “lado a lado” ou colidindo, ou até mesmo precisando ser restringido, é importante saber que Alexy analisa a estrutura da norma de direito fundamental, e afirma que a distinção entre regras e princípios é uma das principais bases da teoria dos direitos fundamentais. É através dessas regras que se chega a uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões e nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Tal distinção, ademais, auxilia no esclarecimento de problemas relacionados aos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros.<sup>293</sup>

Essa distinção entre regra e princípio já havia sido feita por Ronald Dworkin, segundo o qual a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza

---

<sup>292</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit.*, 2008, p.110.

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva. –Sao Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.85.

logica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem.

Baseando-se nas palavras de Dworkin, as regras se submetem a um sistema de “tudo ou nada”. Desta forma, as regras não se submetem a um sistema de ponderação ou de compatibilização com as outras normas constitucionais, ou seja, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>294</sup>

Humberto Ávila<sup>295</sup> critica intensamente a doutrina nacional que recebeu de modo acrítico as teorias de Alexy e Dworkin, além de ignorar a evolução dessas teorias pelos próprios autores. Para ele, ponderação (no sentido de sopesamento de razões, que é o que ele adota) está presente na interpretação de qualquer tipo de norma. Além disso, a ponderação de princípios pressupõe concorrência horizontal entre eles e nem todos os princípios mantêm relações paralelas entre si. Aliás, nem todos os princípios exercem a mesma função (muitos princípios mantêm relação de complementariedade), se situam no mesmo nível (pode haver relação de subordinação entre princípios, com sobreprincípios e subprincípios) ou têm a mesma eficácia (princípios podem ter eficácia bloqueadora, integrativa, interpretativa ou rearticuladora). Além disso, há princípios que são fundamentais ou estruturantes, que deverão ser sempre observados e não poderão ser afastados por razões contrárias. Logo, a *ponderabilidade*, no sentido de capacidade de afastamento, não é elemento essencial, mas apenas contingente dos princípios; há princípios carecedores de ponderação, como há princípios fechados a ele.

Para Ávila, princípios são, então, normas com algo grau de indeterminação estrutural: são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material sem consequências específicas previamente determinadas. Colocar a ponderação e a capacidade de afastamento como elementos essenciais dos princípios lhes retira a força vinculativa e os aproxima dos conselhos (algo que pode ou não ser levado em consideração) e dos valores (algo estabelecendo qual comportamento é mais

---

<sup>294</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>295</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85-141.

aconselhável ou mais atrativo segundo possibilidades contextuais de um sistema de valores).

Aqui, discorda-se do posicionamento de que colocar a ponderação como uma característica dos princípios faz com que esses percam sua força vinculante. Pois, a contrário senso, entende-se que por tamanha importância dos princípios eles não podem ser colocados de lado de maneira absoluta em nenhuma hipótese, ou seja, eles devem ser sempre ponderados, colocados frente a frente, para que diante do caso concreto seja decidido qual deles melhor se adequa, tendo em vista as consequências práticas dessa aplicação. Entretanto, frisa-se que essa decisão não implica em excluir, de modo absoluto, os demais princípios colidentes na situação.

A partir do raciocínio exposto acima, torna-se clara a existência de duas soluções distintas para os conflitos de normas: enquanto a colisão de princípios é resolvida através da ponderação, o conflito de regras é resolvido através da subsunção. O tratamento diverso nos dois casos, como foi relatado anteriormente, é apontado por Alexy como a maneira mais clara de se vislumbrar a distinção entre regras e princípios, entretanto, essa forma de distinção foi objeto de algumas críticas, pois alguns autores afirmam que a ponderação não deve ser aplicada exclusivamente aos princípios.

Nessa linha, Humberto Ávila<sup>296</sup> defende que o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade, pois pode ser solucionado por meio da ponderação dos motivos e circunstâncias, existentes em uma situação concreta. O autor acrescenta mais dois casos em que a ponderação de regras poderá ocorrer: quando o intérprete, analisando a especificidade do caso, tiver que decidir se há mais razões para aplicar a hipótese da regra ou para aplicar suas exceções e, também, quando tiver que delimitar hipóteses normativas que se referem, por exemplo, a conceitos jurídicos políticos, como Estado de direito e democracia. Dessa forma, mesmo ocorrendo o comportamento descrito na hipótese normativa de uma regra, é possível que, através da ponderação de razões, ela deixe de ser aplicada, o que não resulta, necessariamente, na declaração de sua invalidade.

Conforme afirma Manoel Jorge, o emprego da técnica de ponderação de interesses está condicionado à existência de conflito entre normas-princípios e não normas-

---

<sup>296</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.44.

regra.<sup>297</sup> Sob tal perspectiva, ponderação, em qualquer situação, implica fazer juízos comparativos que alcançam todos os interesses em jogo, buscando conciliá-los na maior medida possível, o que não impede que a técnica, eventualmente, possa resultar, concretamente, no sacrifício total de algum direito fundamental, desde que seja impossível outra solução.<sup>298</sup>

Dessa maneira, essa distinção expressa entre princípios e regras não é o foco do presente estudo, entretanto escolheu-se por abordar por entender ser uma discussão importante sobre o assunto. Ademais, ressalta-se que aqui é importante entender que a técnica da ponderação deve ser utilizada com o intuito de encontrar soluções diante de colisões entre direitos fundamentais.

É sabido que o direito individual à liberdade religiosa é um direito fundamental assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro que deve ser resguardado em todas as suas dimensões. Porém, embora a questão religiosa esteja na agenda internacional e no cotidiano da maioria das pessoas, a literatura jurídica nacional pouco tem investigado o tema. Partindo do pressuposto que esse direito é disposto para os homens usufruírem, surge uma questão muito delicada que é o direito de um não poder interferir no direito do outro, só que por essa linha ser tênue, muitas vezes, o exercício desse direito à liberdade religiosa cria situações conflitantes com consequências irreparáveis.

Nesse contexto, pensa-se que a literatura jurídica nacional precisa se atentar para esse assunto, antes que essas consequências irreparáveis se concretizem em maior proporção, e, portanto, do quanto imposto, propõe-se que os princípios servem de guia para o intérprete, sendo assim, considerando que a liberdade religiosa é uma norma-princípio, quando nas relações de emprego houver situações entre essa norma e outra norma, que também trate de direito fundamental, este, por sua vez, deve atuar pautando-se na identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, ou seja, deve-se partir do mais genérico ao mais específico, até encontrar a regra concreta que vai reger a espécie.

Assim, na qualidade de princípios, ou seja, mandamentos de otimização, a concordância prática entre direitos fundamentais colidentes em qualquer relação,

---

<sup>297</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p.108.

<sup>298</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 166.



mas focando-se nas relações de emprego, nada mais significa que a limitação ou o recorte de ambos, por menor que seja o sacrifício suportado por qualquer um deles.

Ressalta-se que as normas constitucionais do direito individual à liberdade religiosa devem ser compreendidas como normas-princípios, dado que o exercício do direito nunca se operará de modo absoluto, pois isso teria como consequência a vulneração de outro direito individual igualmente protegido pelo sistema da Constituição de 1988.

Quando a constituição de 1988 protege a liberdade religiosa, ela não deixa à mingua de qualquer proteção outros direitos que eventualmente possam estar em rota de colisão com aquele direito individual, é o que diz Manoel Jorge e Silva Neto.<sup>299</sup> E, diz ainda que, eventuais impasses devem ser solucionados mediante o recurso à ponderação de interesses, que por sua vez, consiste na utilização de técnica por meio da qual se busca a “passagem” equilibrada entre os bens constitucionalmente tutelados, impedindo-se que se atribua pelo excessivo a um deles em detrimento do outro.

No que diz respeito à concorrência e colisão dos direitos fundamentais, aponta Aloisio Cristovam dos Santos Júnior que as posições jusfundamentais que integram a liberdade religiosa, assim como no caso de qualquer outro direito fundamental, em nenhuma hipótese se manifestam isoladamente. Independentemente de onde a religião for praticada, mesmo que discretamente, haverá uma integração entre a liberdade religiosa e outros direitos fundamentais, que poderá ter um caráter conflituoso ou não. E, assim conclui que esta interação da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais ou bens garantidos constitucionalmente se torna problemática na ocorrência de duas categorias dogmáticas, quais sejam: a concorrência de direitos fundamentais e a colisão de direitos fundamentais.<sup>300</sup>

Assevera Aloísio Cristovam dos Santos Júnior que duas são as formas pelas quais se manifestam o fenômeno da concorrência de direitos: quando o mesmo comportamento de um único sujeito inclui-se no âmbito de proteção de vários direitos fundamentais; e, também ocorre quando a titularidade de um determinado bem jurídico conduz à cumulação de vários direitos fundamentais na mesma

---

<sup>299</sup> BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2203, p.106.

<sup>300</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 143.

pessoa.<sup>301</sup> A colisão de direitos fundamentais, por sua vez, ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular esbarra no exercício de um direito fundamental titulado por outrem.<sup>302</sup>

Nesse sentido, será analisado no capítulo seguinte, mais especificamente no ponto 5.3.2 e seguintes, situações em que empregado ou empregador sob o argumento do direito fundamental à liberdade religiosa viola outros direitos individuais, ou, por outro lado, pelo exercício do poder diretivo, empregadores restringem de maneira inadequada a liberdade religiosa dos seus empregados.

Questiona-se, nesse momento, como se dá a eficácia desse direito à liberdade religiosa nas relações de emprego, pois nada adianta possui a tutela do direito se este ficasse inviabilizado diante de sua positivação ou mesmo diante de uma violação.

Pensa-se, então, que para que tal direito seja efetivo, mas sem violar os demais direitos, deve ser utilizado a técnica da ponderação para buscar soluções adequadas quanto ao assunto do exercício da liberdade religiosa nas relações de emprego, seja frente aos demais direitos fundamentais dos seus colegas ou do seu empregador, seja frente a possíveis conflitos desse direito a liberdade com o direito/dever do poder direito.

Tratando sobre a ponderação, Manoel Jorge e Silva Neto a define como uma técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção.<sup>303</sup> Acrescente-se, nesse sentido, a ideia de Aloísio Cristovam dos Santos Filho, em colisão entre dois direitos fundamentais, há que se partir da constatação de que ambos são igualmente válidos e traduzem valores considerados pelo constituinte como capitais para a preservação do Estado Democrático de Direito. Por isso, diz-se que a colisão entre direitos fundamentais resolve-se à maneira de uma colisão entre princípios.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 143.

<sup>302</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 144.

<sup>303</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p.107.

<sup>304</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Op. Cit.*, 2013, p. 157.

Um dos escopos do presente trabalho é justamente o de traçar alguns lineamentos que possam ser úteis à solução das colisões entre o direito fundamental à liberdade religiosa e outros direitos fundamentais no contexto da relação de emprego, apontando certas circunstancias que, por serem capazes de determinar a prevalência de um dos interesses colidentes, não podem ser ignoradas no momento da ponderação.

Em relação à ponderação Manoel Jorge trás que há duas formas: ponderação em abstrato e ponderação em concreto. No primeiro caso, tem-se a utilização da técnica quando a doutrina se pronuncia sobre a hipótese de antagonismo entre bens constitucionalmente tutelados, apresentando proposta de solução; na segunda situação, observa-se a aplicação concreta dos dispositivos pelo aplicador do direito constitucional, que recorre à ponderação em abstrato consumada pela ciência do direito.<sup>305</sup>

Assim, diante da colisão do direito fundamental à liberdade religiosa com outros direitos, ou diante da colisão dessa liberdade de pessoas diferentes, seja nas relações de emprego ou em qualquer relação humana, deve ser feito o juízo de ponderação que pressupõe, por sua vez, que a restrição a cada um dos interesses deva ser idônea para garantir a existência do outro; a restrição deve ser a menor possível, e, por ultimo, que o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico, surge uma das soluções possíveis para a hipótese.<sup>306</sup>

Alexy assevera que a lei da ponderação permite verificar que a ponderação se compõe em três passos. A ponderação exige, em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções.<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p.108.

<sup>306</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008, p.108.

<sup>307</sup> ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999, p.69.

Essa etapa é definida por Humberto Ávila<sup>308</sup> como a preparação da ponderação e enseja a identificação do que está sendo objeto de sopesamento através de uma análise exaustiva de todos os elementos e argumentos.

Já a segunda etapa da ponderação, é definida como a necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nessa fase ocorre a realização da ponderação, de modo que deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Assim, o intérprete terá que examinar as circunstâncias do caso concreto e sua repercussão sobre os elementos normativos. Para Ana Paula de Barcellos<sup>309</sup> essa atividade será realizada em duas etapas: primeiro o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes. Em seguida os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas.

A última etapa da ponderação para Alexy é aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.<sup>310</sup>

A maior crítica feita a esta técnica é que tal procedimento não estaria aberto a um controle racional, traduzindo mero decisionismo judicial. O juiz poderia utilizá-lo para decidir no sentido que lhe aprouvesse. Especialmente no Brasil, onde as decisões que se pretendem resultado de ponderação são em geral pouco fundamentadas. Não há dúvida, porém, que é impossível afastar do processo todo e qualquer resquício de subjetividade, pois as pré-compreensões acompanham sempre o intérprete. Desde que o olhar do intérprete sempre contamina o objeto da interpretação, algum componente subjetivo sempre haverá na aplicação do direito. Mesmo assim, quando adotada com transparência e com ética argumentativa, a técnica da ponderação tem de colocado como instrumento útil para a construção de soluções constitucionalmente adequadas para os grandes problemas que envolvem o entrelaçamento de direitos fundamentais e princípios constitucionais.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

<sup>309</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.116.

<sup>310</sup> ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999, p.69-70.

<sup>311</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**. Niterói,

Ora, esse problema se torna grande, pela ausência de literatura jurídica tratando do assunto em discussão, uma vez que como não se discute muito sobre as consequências do exercício da liberdade religiosa nas relações de emprego, e como deve ser o tratamento desse tema pelo judiciário, esses (os juízes) ao se depararem com tais situações ficam livres para decidir no sentido que lhe for conveniente já que não há uma preocupação pela jurisprudência e doutrina brasileira por tratar de tal tema, mesmo esse sendo extremamente importante e ocorrer com frequência na seara trabalhista.

Segundo Manoel Jorge, todas as normas constitucionais sobre direito individual à liberdade religiosa são normas-princípios, dado que o exercício do Direito nunca operar-se-á de modo absoluto, sob pena de vulnerar outro direito individual igualmente protegido pelo sistema da Constituição de 1988.<sup>312</sup>

Nesse sentido, se o direito à liberdade religiosa, fruto de um amadurecimento histórico, é consagrado pelo ordenamento, não pode ter seu conteúdo reduzido, sob pena de uma involução no tocante aos direitos fundamentais.

Contudo, permite-se, que esse direito individual evolua, ao ponto de abranger cada vez mais situações que possibilitem sua consagração no âmbito da sociedade. Ademais, as prestações estatais (legislativas ou judiciárias) devem ser cada vez mais valentes no sentido de consagração desses direitos fundamentais, ao ponto de estarem sempre evoluindo, trazendo um progresso no tocante à consagração dos direitos fundamentais individuais.

Além da atuação estatal, questiona-se se os particulares também devem atuar de modo a permitir que esses direitos fundamentais incidam nas relações privadas, e, se sim, de que maneira esse particular (empregador) deve atuar para manter a relação de emprego saudável sem que haja uma violação da liberdade religiosa.

Desse modo, o capítulo seguinte fará essa análise trazendo alguns conceitos importantes para tal resposta e propondo algumas situações fáticas que tratam sobre o tema.

## **5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Nesse capítulo serão analisadas as formas de positivação do direito fundamental à liberdade religiosa (lembrando que essa abarca a liberdade do indivíduo ter uma crença ou não acreditar em nada) a partir da perspectiva da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego e indicando qual o papel do empregador para manter essa relação saudável sem que haja uma violação a esse direito fundamental

No entanto, é sabido que o presente trabalho não tem como escopo tratar da liberdade religiosa no âmbito de todas e quaisquer relações jurídicas que tenham como objeto a prestação de trabalho, mas apenas no da relação de emprego, que por sua vez, é aquela tratada no contrato de trabalho definido no art. 442 da CLT (fazer citação do artigo), ou seja, aquela relação que envolve o trabalho assalariado, subordinado e prestado por conta alheia.

Frisa-se que todas as relações de trabalho pode ser palco para antagonismos com viés religioso, entretanto, o presente trabalho optou por focar na relação de emprego e nas suas peculiaridades, que, por sua vez, não podem ser esquecidas no momento em que se busca uma solução ou uma resposta jurídica para os conflitos causados pela aparição do fenômeno religioso no ambiente onde as pessoas vão com o objetivo principal de desenvolver o labor salarial.

### **5.1 BREVES NOTAS SOBRE A RELAÇÃO DE EMPREGO E SEUS ELEMENTOS**

Inicialmente é importante diferenciar as expressões “relação de trabalho” e “relação de emprego”, e destacar que muitos autores utilizam essas expressões como sinônimas.

Aloisio Cristovam ao tratar dessa diferença, afirma que relação de trabalho identifica toda e qualquer relação jurídica que tiver como principal objeto a prestação de serviços, ou seja, o dispêndio de energia física ou intelectual de uma pessoa (prestador de serviços) em proveito de outra (tomador de serviços),

independentemente da natureza do vínculo que as unisse. Ou seja, relação de trabalho seria gênero do qual faria parte a relação de emprego.<sup>313</sup>

Nem todo labor humano ensejará uma relação de trabalho, porque esta pressupõe uma relação jurídica, isto é, um vínculo estabelecido entre sujeitos de direito, formado a partir de um fato, ao qual o sistema jurídico atribui a produção de determinados efeitos.<sup>314</sup>

Já a relação de emprego, destina-se àquelas modalidades específicas da relação de trabalho, que, por sua vez, tem suas peculiaridades específicas que trataremos a seguir, afinal essa relação é o objeto do presente trabalho.

A doutrina majoritária elenca como elementos fático-jurídicos da relação de emprego, a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e a onerosidade.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros<sup>315</sup>, a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego é:

Tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, isto é, de "situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição". Sua estrutura é constituída de sujeitos, objeto, causa e garantia (sanção).

[...]

A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho.

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do

<sup>313</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.22.

<sup>314</sup> SILVA, Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. **Relação de trabalho – em busca de um critério científico para a definição das relações de trabalho abrangidas pela nova competência da justiça especializada.** Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125424/Rev26Art4.pdf/01c923c7-9536-47e2-9b4a454a370de845>. Acesso em: 14 maio. 2015.

<sup>315</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010, p. 220-221.

trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços do empregador.

Portanto, afirma-se que não é qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do Direito do Trabalho, mas apenas aquela dota da configuração específica mencionada no parágrafo anterior.

A pessoalidade indica que o empregado deve ser, necessariamente, uma pessoa física, e, além disso, que os serviços prestados pelo ao empregador têm uma característica *intuitu personae*. Já a não eventualidade, expressa que a prestação de serviços deve ser habitual, ou seja, não são esporádicos. A onerosidade realça que o contrato de emprego pressupõe necessariamente que os serviços executados pelo empregado sejam objeto de uma contraprestação salarial a ser paga pelo empregador.<sup>316</sup> Por fim, temos a subordinação que constitui o elemento decisivo para distinguir o contrato de emprego dos demais contratos onerosos de prestação de serviço, e que, por sua vez, tem diferentes concepções teóricas como a de dependência social, dependência técnica, dependência econômica e subordinação jurídica ou dependência hierárquica.<sup>317</sup>

Não se pode considerar um ou outro elemento e abstrair os outros, caso não haja a presença de todos eles, não há o que se falar em contrato de trabalho<sup>318</sup>.

Essa prestação de labor de forma pessoal é decorrente da característica "*intuitu personae*" do contrato de emprego, onde a prestação do serviço deve ser realizada unicamente pelo empregado, que somente poderá ser pessoa física. Como o contrato de trabalho é infungível, não pode o empregado fazer-se substituir, salvo nas hipóteses autorizadas por lei e a critério do empregador<sup>319</sup>.

Mauricio Godinho Delgado<sup>320</sup> entende que pode haver duas situações em que é possível a substituição do empregado sem que haja supressão da personalidade. Isto pode ocorrer na hipótese de eventual substituição do empregado com a autorização

---

<sup>316</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.23-24.

<sup>317</sup> Frisa-se aqui que são muitas as concepções teóricas que buscam explicar a natureza do estado de dependência em que permanece o empregado diante do empregador. Ocorre que, no presente trabalho não iremos esmiuçar esse assunto, entretanto é importante que a doutrina, a legislação e a jurisprudência vêm aceitando a subordinação jurídica como critério.

<sup>318</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.150.

<sup>319</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.107-108.

<sup>320</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.684.



do tomador de serviço e também nas substituições autorizadas por lei, a exemplo das férias, licença gestante, dentre outras possibilidades.

A não eventualidade decorre da característica do contrato de trabalho ser de trato sucessivo, a prestação do serviço ocorre de modo constante e regular. É bom deixar claro que o empregado não tem que trabalhar todos os dias da semana, a não eventualidade ocorre pela habitualidade e continuidade do trabalho, onde há uma expectativa que aquela prestação de serviço será realizada de forma habitual<sup>321</sup>.

Segundo Sergio Pinto Martins<sup>322</sup>, “Não é gratuito o contrato de trabalho, mas oneroso. O empregado recebe salário pelos serviços prestados ao empregador. O empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador; em contrapartida, deve pagar salários pelos serviços prestados”.

Existiram antigas posições doutrinárias que entendiam que a subordinação se originava a partir de um fenômeno de dependência econômica, de dependência técnica ou dependência social, mas essas posições já foram superadas. Atualmente o entendimento aceito pela doutrina trabalhista a respeito da natureza da subordinação é de que se trata de uma subordinação jurídica<sup>323</sup>. Alice Monteiro de Barros<sup>324</sup> coaduna com o mesmo entendimento: “Por fim, o critério mais aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência é o da subordinação jurídica”.

Com a evolução nas relações de trabalho ao longo do tempo, tornou-se necessário buscar mecanismos que viessem a proteger o empregado que se encontra inserido nessas novas formas de trabalho. O que se observa atualmente nas estruturas empresariais é o crescimento das terceirizações, para execução de atividade-meio, onde a empresa prestadora coloca o empregado a disposição da empresa cliente que passa a ter uma parcela do poder diretivo, caracterizando então a subordinação indireta.<sup>325</sup>

Depois, surgiu a subordinação estrutural, integrativa ou reticular, onde se dispensa a necessidade da subordinação direta, para que haja o vínculo empregatício entre

---

<sup>321</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.145-146.

<sup>322</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107.

<sup>323</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.304-305.

<sup>324</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.210.

<sup>325</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.150.

terceirizado e a empresa cliente, justamente com o objetivo de proteger o empregado<sup>326</sup>.

Conforme Amauri Mascaró Nascimento<sup>327</sup>:

Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha, porque é a situação em que fica o empregado perante o destinatário do seu trabalho, que, por ser empregador, exerce sobre a atividade daquele, e não sobre a sua pessoa, o seu poder de direção, que é a faculdade exercida pelo empregador de determinar o modo de execução da prestação do trabalho, para que possa satisfazer o seu interesse em razão da qual paga o salário e se submete a diversas restrições legais de finalidade protetiva do subordinado.

Aloísio Cristovam diz que a subordinação jurídica traduz na obrigação do empregado de colocar as suas energias a serviço do empregador, obedecendo, diligentemente, às diretrizes por este estabelecidas quanto ao modo em que os serviços devem ser prestados. Assim, a subordinação jurídica impõe deveres correlatos, dentre os quais os de diligência, obediência, fidelidade, urbanidade e boa conduta.<sup>328</sup>

Para Godinho<sup>329</sup>, os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada de forma não-eventual; d) efetuada, ainda, sob subordinação ao tomador de serviços; e e) de forma onerosa.

Assevera Maurício Godinho Delgado que o conceito de não eventualidade, entretanto, é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho, seja em sede de doutrina, jurisprudência ou textos legais. Continua o autor indicando que a doutrina construiu diferentes teorias para precisar o alcance da expressão celetista, as quais na visão dos próprios doutrinadores devem ser apreciadas em conjunto, sendo perigosa a escolha isolada de uma delas. O fato é que cada uma das teorias em questão pode produzir resultados concretos distintos em face das situações

---

<sup>326</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.306.

<sup>327</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaró. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.164.

<sup>328</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.29.

<sup>329</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.292-302.

examinadas pelo operador do direito. Desse modo, para ele a conclusão mais acertada é valer-se o intérprete de uma combinação das teorias.<sup>330</sup>

Para explicar a expressão, Godinho trata das teorias que buscaram demonstrar o que vem a ser “serviço de natureza eventual”. E essas, por sua vez, são: 1) Teoria da descontinuidade, que indica que eventual seria o trabalho esporádico, descontínuo e interrompido em relação ao tomador enfocado (portanto, um trabalho que se fracione no tempo). Sobre essa teoria Godinho afirma que a CLT não adotou-a. 2) Teoria do evento, a qual considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido. 3) Teoria dos fins do empreendimento, que, por sua vez, é a teoria mais prestigiada, informando que eventual será o trabalhador chamado à realização de tarefa não inserida nos fins normais da empresa, tarefas estas que, por esta razão, serão esporádicas e de estreita duração. 4) Teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços, defende, por fim, que ter múltiplos tomadores de serviço torna o indivíduo um trabalhador eventual. Entretanto, esta não é uma regra absoluta uma vez que a lei não exige a exclusividade para a configuração da relação de emprego.<sup>331</sup>

Desta forma, a relação jurídico-trabalhista estabelece, por força de lei (art. 2º e 3º da CLT), a posição do poder de uma pessoa e a respectiva posição de dever da outra, para a tutela de um interesse, ou seja, o valor relativo que um determinado bem representa para o sujeito.<sup>332</sup>

Segundo a autora, o conceito de contrato de trabalho seria:

“E o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo, um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica”.<sup>333</sup>

---

<sup>330</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.296.

<sup>331</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.296-298.

<sup>332</sup> Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 232.

<sup>333</sup> Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 232.

Sobre esse assunto, pontua-se que o poder diretivo e a subordinação têm uma relação de complementação, pois sempre que existir a relação de trabalho, de um lado ficará a figura do empregador atuando com o poder diretivo e do outro lado o empregado subordinando a sua prestação de serviço ao empregador.

## 5.2. PODERES DO EMPREGADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Para chegar a conclusão que se tem com o tema central deste trabalho será necessário verificar com clareza as consequências da relação de trabalho, e as suas características. Nos tópicos seguintes será possível compreender o que vem a ser o poder diretivo, qual a origem, as formas de se manifestar, e em contraposição a esse poder, a subordinação.

### 5.2.1 Poder diretivo

Em primeiro lugar, ressalta-se que o poder diretivo patronal é gênero, que tem três espécies: poder de organização, poder de controle/fiscalização e poder disciplinar.

O poder diretivo do empregador pode ser, de modo simplificado, conceituado como o outro lado da subordinação do trabalhador.<sup>334</sup>

Frisa-se que o poder diretivo foi concedido ao empregador como meio para que ele pudesse direcionar seus empregados a alcançar os objetivos propostos pela empresa, visto que é ele (empregador) nessa relação de emprego, que assume os riscos da atividade desenvolvida.

Contudo, no contexto trabalhista, é presente uma relação de hierarquia, que por sua vez, se refere ao poder que é atribuído ao empregador dentro da relação de emprego, no ambiente interno, onde muitas vezes tem a sua finalidade desvirtuada e acaba por demonstrar o seu lado autoritário, trazendo consigo na maioria das vezes o abuso de direito.<sup>335</sup>

---

<sup>334</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.37.

<sup>335</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p.176-177

Para Alice Monteiro de Barros<sup>336</sup>, Alexandre Agra Belmonte<sup>337</sup> o empregador e empregado devem pautar suas relações em uma convivência livre e harmônica, e, por conta disso, a expressão “poder hierárquico” não combina mais com o Estado Democrático de Direito que vive o Brasil.

O poder de direção é segundo Amauri Mascar Nascimento, uma faculdade concedida ao empregador para que este possa determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.<sup>338</sup>

Luciano Martinez<sup>339</sup> entende que o poder diretivo é uma prerrogativa que reflete na relação de emprego entre empregador e seus empregados, pois em decorrência dessa prerrogativa, o empregador passa a exigir determinados comportamentos de seus empregados, no intuito de alcançar os objetivos empresariais da atividade econômica desenvolvida.

Existem três principais correntes que tratam do fundamento do poder diretivo, e essas por sua vez, são: teoria da propriedade privada, teoria institucionalista e a teoria contratualista – que hoje no Brasil é a que ganhou mais espaço.

Tratando do assunto, Aloisio Cristovam, indica que não se tem uma definição única para a conceituação do poder diretivo entre os estudiosos, e nem mesmo a eleição de seus fundamentos jurídicos são indicados de forma unânime entre os doutrinadores. Desse modo, para alguns, o fundamento do poder diretivo empresarial reside no direito de propriedade, ou seja, simplesmente por ser proprietário da empresa o empregador teria assegurado pelo ordenamento jurídico o direito de dirigir a prestação dos serviços do empregado. Diferentemente, para outros, o poder diretivo se fundamenta na necessidade de organização interna da empresa, visando à sua funcionalidade enquanto instituição. Outrossim, já houve quem definisse o poder diretivo empresarial como um poder que o estado delega ao empregador com a finalidade de adequar sua produção aos interesses nacionais. Ao fim, existem aqueles que acreditam que o fundamento do poder diretivo do

---

<sup>336</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.459.

<sup>337</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013, p. 37.

<sup>338</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascar. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 225

<sup>339</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.228.

empregador seja a autonomia das parte; essa é conhecida como contratualista, e é a que tem força no Brasil, defendida por Barros e Delgado.<sup>340</sup>

Primeiramente, para fundamentar o poder diretivo, surge a teoria da propriedade privada, a qual demonstra que tal poder se fundamenta no direito de propriedade do empregador, ou seja, pelo simples fato de ser ele o dono da empresa, passa então a ter o direito de mandar no empregado.<sup>341</sup>

Delgado critica essa teoria, pois para o autor tal concepção resta ultrapassada, pois se o poder diretivo tivesse como base jurídica a propriedade privada ele sequer existiria no grande número de estabelecimentos e empresas contemporâneas em que a titularidade no empreendimento não repousa nas mesmas mãos dos titulares do direito de propriedade.<sup>342</sup>

A teoria da propriedade privada quase não tem força, uma vez que ela não consegue explicar qual é o fundamento do poder diretivo, já que a propriedade da empresa não é suficiente para fundamentar o surgimento do poder diretivo. Nesse contexto da relação entre os sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador), frisa-se a importância de se ter como objetivo a harmonização entre o direito de propriedade do empregador e os direitos da personalidade do empregado, pois assim será possível assegurar o exercício das prerrogativas do empregador e a proteção aos direito fundamentais do empregado, em especial o direito à liberdade religiosa.

A teoria institucionalista ao comparar a empresa a uma instituição legítima o poder do empregador como de um governante fosse, dissimulando-se a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício através da ideia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios.<sup>343</sup> Ou seja, essa teoria equipara a empresa a uma instituição, onde o empregador é visto como um governante e os empregados são obrigados a subordinar-se para atingir os objetivos propostos pela empresa.

---

<sup>340</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.37-38.

<sup>341</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.165.

<sup>342</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p.607.

<sup>343</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p.608.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga<sup>344</sup> assinala que:

[...] a teoria institucionalista encontra-se em declive por não levar em consideração as normas, assim como as novas formas de administração que tratam da participação dos empregados na gestão da empresa, a exemplo das comissões internas de prevenção de acidentes.

Por último, tem-se a teoria contratualista, que, por sua vez, defende que o poder de direção do empregador é consequência do pacto de vontades estabelecido na relação de emprego, uma vez que dele origina-se o complexo de direitos e deveres atribuídos às partes. Desse modo, essa teoria tem o contrato, como título e fundamentação do poder intraempresarial. Essa teoria é a que melhor fundamenta o poder diretivo.<sup>345</sup>

Por esta teoria, o poder diretivo surge a partir da celebração do contrato de trabalho. No momento em que o empregado, por livre manifestação de vontade, celebra o contrato de trabalho, conseqüentemente passa a aceitar o poder diretivo que nasce para o empregador, colocando-se então em posição de subordinação perante o empregador. A partir desse momento surge um conjunto de direitos e deveres para empregado e empregador, cada qual com a finalidade específica de alcançar os objetivos da empresa<sup>346</sup>.

Do mesmo modo, Mantovani e Silva<sup>347</sup> entendem pela predominância da teoria contratualista, pois com a celebração do contrato firma-se um vínculo entre o empregado e empregador, de modo que a este cabe a função de dirigir as atividades da empresa, assumir os riscos da atividade e remunerar o empregado, enquanto a este compete a disponibilização da força de trabalho, a qual fica sob o comando do empregador.

Conclui-se que o poder de direção é prerrogativa do empregador necessária ao desenvolvimento de suas atividades, tanto que esse poder possui fundamento na Constituição Federal, quando consagra o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), o da

---

<sup>344</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p.41.

<sup>345</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p.608.

<sup>346</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p.174-175.

<sup>347</sup> MANTOVANI JR., Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. **O direito à intimidade do empregado e à possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador**. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, 73, 07, p. 818/828, jul. 2009. p. 820.

propriedade privada (art. 5º, XXII) e garante o livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único), quanto no art. 2º da CLT.

Entende-se que, em qualquer ambiente de convivência em grupo, principalmente em um ambiente de trabalho onde as pessoas vão com o intuito de ganhar o seu sustento, se faz necessário ter alguém que se responsabilize por manter a organização das relações nesse ambiente. E no caso, seria o empregador, que tendo o empregado como seu subordinado, tem o dever/direito de exercitar seu poder para que na sociedade empresarial as relações ocorram de maneira respeitosa, equilibrada e que todos trabalhem objetivando à sua funcionalidade enquanto instituição.

Aloisio indica que é verdade que o contrato de trabalho constitui a base sobre o qual repousa o dever de obediência do empregado, e não há como negar que, pelo lado do empregador, a própria pactuação do contrato de trabalho decorre, como regra, da sua qualidade de titular da empresa, sendo esta uma manifestação clara do direito de propriedade sobre os bens de produção, em razão do qual pode organizar os recursos materiais e humanos para melhor realizar a atividade econômica a que se propõe.

Seguindo a corrente contratualista, ou seja, atribuindo a relação de emprego a natureza jurídica de contrato, é possível visualizar os mesmos elementos do contrato do direito civil: partes, objeto e preço.

As partes são representadas pelo empregado e o empregador, onde o primeiro detém a força produtiva de desenvolver determinada atividade, da qual o segundo necessita, assim, o objeto dessa relação, pode ser entendido, como a função que será desempenhada pelo empregado, por fim o preço, é o salário pago pelo empregador é a contraprestação pecuniária.

Então, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário definir o que é empregador. E, desse modo, O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho conceitua o empregador da seguinte forma:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.



§ 1o - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

[...]

Luciano Martinez<sup>348</sup> explica que o presente artigo relaciona a figura do empregador com a empresa, mas isso porque o objetivo do legislador à época foi o de proteger o empregado ainda mais contra os abusos do empregador, na medida em que a relação jurídica não é celebrada com a pessoa física do empregador, e sim com a empresa, a qual existe independentemente da vinculação a qualquer pessoa física em face da despersonalização empresarial.

Ademais, entende-se que é empregador pessoa jurídica ou física, que assume, em quaisquer circunstâncias, os riscos da atividade desenvolvida, admitindo, assalariado e orientando a prestação pessoal de serviço do empregado.

O art. 3o da Consolidação das Leis do Trabalho define empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Empregado, então, é quem presta trabalho de forma pessoal, não eventual, mediante a contraprestação de salário, sendo subordinado ao empregador. Destaca-se ainda, que o empregado não pode e não deve assumir o risco da atividade econômica do empregador, por não a exercer por conta própria<sup>349</sup>.

É importante notar que o poder diretivo advém da relação jurídica de emprego como consequência do exercício do labor. Ademais, é sabido que esse poder se completa com a subordinação, de modo que, onde existir a relação de emprego, existirá de um lado o empregador investido com o poder diretivo e outro lado o empregado subordinado a sua prestação de serviço ao empregador.

Quando se fala em poderes do empregador, exercício de poder do empregador torna-se necessário entender que o empregador detém tais poderes para ter a possibilidade de dirigir a prestação de serviço, pois é ele que assume o risco da atividade econômica.

---

<sup>348</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.224.

<sup>349</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.185.

### 5.2.2 Poder disciplinar/fiscalizatório

Por esse poder é dado ao empregador à permissão de punir o empregado infrator com advertência, suspensão, e, a mais grave de todas, a dispensa por justa causa. Em outras palavras, o poder disciplinar permite que o empregador aplique penalidades disciplinares aos empregados que não cumprirem suas determinações.

Alice Monteiro de Barros<sup>350</sup> indica que o poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções (como advertências, suspensão, e despedida por justa causa, excluindo a aplicação de multa nesse sentido) ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. A implicação desse poder tem por finalidade manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho.

Ao tratar da aplicação das medidas disciplinares, Alice Monteiro diz que o empregador deverá ater-se ao nexo de causalidade entre a falta e a punição e à imediatidade, sob pena de perdão tácito, à proporcionalidade entre o comportamento faltoso e a sanção; à proibição de dupla penalidade pela mesma falta; à aplicação de sanções iguais aos empregados que praticaram a mesma falta.

Por fim, se tem como uma das sanções a dispensa por justa causa, a qual é considerada a mais gravosa. Neste caso o contrato de trabalho será extinto e haverá a ruptura do vínculo entre empregado e empregador. Na dispensa por justa causa o empregado é punido, pois ele somente terá direito a receber o saldo de salário e férias vencidas acrescidas de 1/3, se houver<sup>351</sup>.

Para melhor compreensão, explica-se que a advertência representa um aviso ao empregado em decorrência de um comportamento reprovável, de grau leve ou por ter sido cometido pela primeira vez. Dentre todos os instrumentos disciplinares é o menor gravoso.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012, p. 480.

<sup>351</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.232.

<sup>352</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

Ao passo que a suspensão, por sua vez, é quando o empregado fica sem poder trabalhar e fica sem receber a remuneração, ou seja, indica uma punição laboral e pecuniária. Via de regra, são casos que não são passíveis de aplicação de advertência e então o empregador se utiliza da suspensão para impedir comportamentos gravosos. O art. 474 da CLT<sup>353</sup> traz um limite para o empregador na aplicação da pena de suspensão, a qual deve ser inferior a 30 dias<sup>354</sup>.

O poder disciplinar é, portanto, um complemento do poder de direção, onde o empregador administra a empresa fazendo com que ela funcione adequadamente. Assim, o empregador deve determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidades ao empregado, que deve ater-se à disciplina e respeito a seu patrão, por estar sujeito a ordens de serviço, que devem ser cumpridas, salvo se ilegais ou imorais.<sup>355</sup>

Luciano Martinez ao tratar dessa espécie do poder diretivo, distingue o poder disciplinar do poder de fiscalização. Para ele o poder de fiscalização é aquele que permite ao empregador, dentro dos limites da lei, por atuação pessoal, de prepostos ou de aparatos mecânicos/eletrônicos, controlar a execução dos serviços de seus empregados, bem como a maneira como estes foram prestados.

Ao passo que o poder disciplinar, é a terceira variável do poder diretivo que permite ao empregador de modo pessoal e intransferível, dentro dos limites da lei, apenar o empregado transgressor de suas ordens, de seus comandos. Ressalta, ainda, que esse poder é a ultima ratio do poder diretivo, e, que a sanção aplicada ao empregado é a resultante da infração a condutas relacionadas ao contrato de trabalho<sup>356</sup>.

Diante do exposto, percebe-se que o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados. Entretanto, esse poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé. A punição deve ter como objetivo mostrar ao funcionário que está errado e que não deve cometer novamente a mesma falta.<sup>357</sup>

---

<sup>353</sup> Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

<sup>354</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.232.

<sup>355</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200.

<sup>356</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.231.

<sup>357</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200.

Sob essa análise, o judiciário, em regra, não deve adequar uma penalidade ao nível que considerar justo, haja vista o respeito ao direito de o empregador dosar a pena aplicável em caso de transgressão de seu contratado. Ocorre que, esse direito, assim como qualquer outro, é potencialmente suscetível de abuso, e, caso isso ocorra, a Justiça pode e, até deve, redimensionar a penalidade quando estiver diante de uma atuação desproporcional do patrão. Frisa-se, porém, que essa atuação do judiciário não está presente em nenhuma regra, isso porque proporcionalidade e razoabilidade são princípios, e não regras.<sup>358</sup>

Alice Monteiro de Barros<sup>359</sup> explica que havendo mais de uma penalidade possível de ser aplicada para um mesmo fato, o empregador não pode tem que se atentar para a regra de que cada falta gera apenas uma penalidade, assim como deve haver uma isonomia de sanções para os empregados que incorreram na mesma infração.

Para Sergio Pinto Martins, não é necessário que haja uma gradação nas punições do empregador. Ou seja, pode o empregado não ser advertido e nem suspenso, e, logo, ser dispensado, desde que a falta por ele cometida seja realmente grave.<sup>360</sup>

Luciano Martinez<sup>361</sup> defende que numa relação de emprego, essas penas disciplinares só poderiam ser aplicadas num procedimento que assegurasse ao empregado a observância de um devido processo legal no âmbito privado. Ou seja, pela aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ao empregado deve ser assegurado um devido processo legal, onde seja previsto não somente as condutas geradoras das penas, mas também as correspondentes dimensões, atribuindo ao empregado, igualmente, o direito de, como qualquer acusado, ser ouvido sobre o assunto e apresentar provas capazes de convencer o empregador da inexistência do fato que motivaria a sanção.

Registra-se a importância de compreender que a aplicação das penalidades deve ser feita respeitando uma gradação, onde se deve analisar a conduta do empregado e, com base nisso, aplicar a pena adequada à conduta praticada. O objetivo dessas penalidades deve ser pedagógico, e, por isso, afasta-se a possibilidade de haver a aplicação de penalidades na relação de emprego visando punir o empregado.

---

<sup>358</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.232.

<sup>359</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p.481.

<sup>360</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200.

<sup>361</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.233.

### 5.2.3 Poder regulamentar

Para Maurício Godinho Delgado, o poder regulamentar do empregador, é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador, que são concretizadas, por meios informais e formais de comunicação com o público intra-empresarial. São instruções diretas e pessoais a cada trabalhador ou instruções ou regras gerais, regulamentos escritos, aditamentos ao contrato de trabalho, circulares, avisos endereçadas a todos os trabalhadores de uma determinada empresa ou estabelecimento.

A Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>362</sup> reconhece o poder regulamentar do empregador, e este poder, por sua vez, consiste no conjunto de prerrogativas que, em geral, são concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. Contudo, o poder regulamentar apenas produz cláusulas obrigacionais que aderem ao contrato, e não fixa normas jurídicas pertinentes a relação de emprego.<sup>363</sup>

As referidas regras e regulamentos como esclarecem Maurício Godinho Delgado, são fruto de uma vontade unilateral meramente privada, tais dispositivos intra-empresariais não podem, por essa fundamental razão, assumir o seu status de norma jurídica, sendo tratados, desse modo, pelo Direito do Trabalho, como simples cláusula contratual.<sup>364</sup>

É importante esclarecer que o empregador, por muito tempo, pôde exercer este poder arbitrariamente no seu exclusivo interesse. Era livre para fixar o conteúdo do regulamento. Atualmente, o chefe de empresa exerce o poder regulamentar, porém com limitações, quais sejam: a) a intervenção da autoridade pública na sua elaboração; b) a atuação do caráter unilateral do regulamento por meio dos órgãos de representação do pessoal.

Nesse sentido, são precisas as considerações de Alice Monteiro de Barros:

<sup>362</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 51. Cláusula Regulamentar – Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro (Res 129/2005 – DJ 20.4.2005).

<sup>363</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008, p.634.

<sup>364</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008, p.634.

“A autoridade do empregador exterioriza-se pelo poder de direção e torna-se pelo poder disciplinar. Outros autores alinham a estes dois o poder regulamentar e consideram como manifestação da autoridade empresarial, que se configura como um poder de legislar no âmbito da empresa. (...)”<sup>365</sup>

Por fim, é sobre esse entendimento, também, que o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região vem decidindo as questões sobre esse assunto. Vejamos:

PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - EXPRESSÃO DO PODER REGULAMENTAR DO EMPREGADOR. Constitui prerrogativa do empregador, no exercício do poder regulamentar que lhe é inerente, organizar seu pessoal através de plano de cargos e salários, nele instituir funções comissionadas e provê-las segundo o interesse do serviço, atribuindo-lhes a gratificação que entender adequada aos seus fins, não cabendo ao judiciário imiscuir-se no poder diretivo da empresa, senão para coibir e afastar, a cada caso concreto, possível ilegalidade que do mesmo decorra. (TRT-5 - RO: 25002620075050003 BA 0002500-26.2007.5.05.0003, Relator: IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 18/04/2008)

Então, o poder regulamentar, é a possibilidade que o empregador tem de criar a regulamentação interna da empresa. Essa regulamentação é criada de forma unilateral pela vontade privada, e, por conta disso, não podem assumir o status de norma jurídica sendo considerada pelo direito do trabalho como simples cláusula contratual, mas que, por sua vez, são fixadas àqueles que aderem ao contrato de trabalho e devem ser observadas no âmbito do estabelecimento e no ambiente empresarial.

### 5.3 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como já explicado, os direitos fundamentais, inicialmente, eram dirigidos apenas contra o Estado, uma vez que o monopólio do poder estava concentrado no aparato estatal.

---

<sup>365</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2011, p.460.

Ocorre que, é sabido que essa concentração já não existe mais, afinal o poder é exercido por diferentes setores da sociedade, estando assim, disperso entre os diversos particulares detentores dos poderes sociais, econômicos ou de informação.

Diante desse cenário, é inevitável afirmar que nas relações privadas entre os particulares há uma polarização, onde, de um lado, figuram os que exercem esses poderes privados e, do outro, os que a eles estão submetidos.

Contudo, ao passo que as relações privadas veem sido marcadas por esse crescente antagonismo, por outro lado a desigualdade no seio dessas relações também tem sido altamente proporcionada, o que tem feito o ambiente de trabalho ser um terreno fértil para ofensas contra as liberdades individuais nas relações entre empregado e empregador, nas relações entre os próprios empregados, e, na maioria das vezes, o prejudicado é sempre a parte mais frágil (o empregado).

Nesse sentido vale frisar a lição de Bilbao Ubillos, que assevera que o direito privado, além de tudo, conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar, juridicamente ou de fato, as decisões dos particulares, influenciando no seu comportamento ou impondo a sua própria vontade.<sup>366</sup>

Ressalta-se que, nesses casos, a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares é muito importante, pois não há dúvidas quanto a sujeição de uma das partes, a qual não dispõe da mínima liberdade de contratar ou de eleger as cláusulas do negócio jurídico e, muito menos, de exigir o seu cumprimento.

Em seguida, o autor aduz que pelo estado de dependência econômica do assalariado, ele, muitas vezes, é obrigado a aceitar condições impostas pelo empregador no contrato individual de trabalho.<sup>367</sup>

O autor citado acima, ao falar do assunto não poderia ter escolhido melhor situação à exemplo, vez que como explanado nos tópicos anteriores, é inerente ao contrato de trabalho o exercício do poder empregatício que, em suas diversas dimensões – diretiva, fiscalizatória, regulamentar e disciplinar – concentra um conjunto de

---

<sup>366</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

<sup>367</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

prerrogativas de relevância sócio-econômico, que em regra, favorece, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.<sup>368</sup>

Zeno Simm, sobre esse tema, indica que a nas relações de emprego há a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – assunto abordado no capítulo 2 - porque nela, pela própria natureza da relação contratual, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades na medida em que se coloca a serviço do empregador, subordinado a esse e por ele controlado e fiscalizado”.<sup>369</sup>

Nesse particular é a lição de Sarmiento, que em alguns domínios normativos, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, tal como ocorre no Direito do Trabalho, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior.<sup>370</sup>

Em outras palavras, numa relação jurídica privada de poder, onde um dos particulares exerce sobre o outro uma posição de superioridade, a aplicação dos direitos fundamentais é uma maneira de desfazimento ou, pelo menos, de atenuação da disparidade.

Diante disso, ante a evidente debilidade de uma das partes, que a relação de emprego tornou-se ambiente extremamente fértil para o desenvolvimento da eficácia pluridimensional dos direitos fundamentais, segundo a teoria da *Drittwirkung* (abordada no ponto 3.1.1), como forma de neutralizar ou compensar posições contratuais assimétricas.<sup>371</sup>

Ademais, não é por outro motivo que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais (indicada no 3.2.2) foi concebida, justamente, por um membro do Tribunal Federal do Trabalho, o magistrado alemão Hans Carl Nipperdey.<sup>372</sup>

Assim, como tratado no capítulo 2 do presente trabalho, foram inúmeras as decisões dos Tribunais trabalhistas e dos Tribunais Constitucionais, ao redor do mundo,

---

<sup>368</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 628.

<sup>369</sup> SIMM, Zeno. **Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Revista LTr, volume 69, p.1293.

<sup>370</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 305.

<sup>371</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 594.

<sup>372</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 245.



adotando a eficácia privada (seja imediata ou mediata) dos direitos fundamentais nas relações laborais.

No tocante ao exercício da liberdade religiosa dentro das relações de trabalho, afirma-se que o direito de igualdade é de extrema importância, porque proíbe a discriminação em função da religião em áreas tão sensíveis como a retribuição, a organização, as condições de trabalho, o repouso e a assistência material em situações de desemprego involuntário.

Todavia, conforme salienta Jonatas Machado, a eficácia externa da liberdade religiosa implica mais do que a observância do princípio da igualdade, vinculando positivamente a entidade empregadora a proceder a uma medida determinada de acomodação da religião. Então, a preocupação constitucional com situações sobre esse tema só é compreensível num quadro normativo que garanta a plena e igual liberdade de crença no ambiente laboral.<sup>373</sup>

#### 5.4 LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Como já visto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana, reconhecidos e positivados no texto constitucional. O direito a partir de um enfoque subjetivo constitui-se em um poder garantido juridicamente à pessoa, para que possa exigir condutas, com o objetivo de preservar suas garantias constitucionais<sup>374</sup>.

Os direitos fundamentais são indisponíveis, desta forma, não podem ser negociados, renunciados, pois se tratam de direitos absolutamente irrenunciáveis. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º 152, §1 e §2, demonstra a importância dos direitos fundamentais, no momento em que institui aplicação imediata e não excluem os outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição, inclusive

---

<sup>373</sup> MACHADO, Clara cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Dissertação de mestrado. – Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010, p.267.

<sup>374</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrição e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.27-28.

os derivados de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>375</sup>.

Como bem expressa Arion Sayão Romita<sup>376</sup>:

[...] 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.

Arion Sayão Romita<sup>377</sup> entende que os direitos fundamentais estão positivados no ordenamento brasileiro, em razão da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo que afirma não se tratar de princípios e sim de direitos fundamentais, os quais devem ser observados em todo o curso da relação de emprego, podendo desta forma chegar à justiça social na relação de emprego.

O art. 5º da Constituição Federal traz uma série de direitos fundamentais aplicáveis as relações de trabalho e que trazem uma limitação ao poder diretivo do empregador, como já explicitado.

Ressalta-se que, inegavelmente, o poder do empregador tem limites. Não somente internos (contrato de trabalho, regulamento de empresa e a atuação concreta de órgãos de co-gestão), mas, sobretudo, externos (lei, moral, a convenção coletiva, acordo coletivo, a sentença normativa, o laudo arbitral).

Com a consolidação da eficácia horizontal no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais passaram a ter uma maior efetivação no âmbito das relações de trabalho de forma direta e imediata.

Consoante ensina Alexandre Agra Belmonte<sup>378</sup>:

---

<sup>375</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013, p.27.

<sup>376</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2014, p.53.

<sup>377</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2014, p.467.

<sup>378</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013, p.27.

Os direitos fundamentais são tão importantes que a Constituição de 1988 os prioriza em relação à organização do Estado, lhes dá aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e não exclui a verificação de outros “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Carta Magna ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), entre eles, as Convenções ratificadas da Organização Internacional do Trabalho.

Pela leitura do art. 5º da Constituição Federal, destacou-se as seguintes vedações que devem ser consideradas na relação laboral, posto que dirigidas a proteção do ser humano antes de tudo: não discriminação (incs. I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo não previsto legalmente (inc. II); impedir que ele manifeste seu pensamento (inc. IV); submetê-lo a tratamento desumano ou degradante (inc. III); provocar-lhe dano material, moral ou à sua imagem (inc. V); violar sua liberdade de consciência ou de crença (inc. VI); violar sua intimidade ou sua vida privada (inc. X); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de fazê-lo (incs. XVI, XVII e XX); obstar o seu acesso à Justiça (incs. XXXIV e XXXV); privá-lo da liberdade ou de seu bens (inc. LIV).

Do Direito Comparado, ressalta-se o exemplo francês de proibir as despedidas motivadas por credo religioso, assegurando-se ao trabalhador o direito de livre manifestação do pensamento e a defesa contra tratamentos discriminatórios. Desse modo, o empregador não pode realizar enquetes, mesmo através de terceiros, sobre opiniões políticas, religiosas ou sindicais dos empregados. De acordo com o próprio governo, a regulamentação pretendeu assegurar uma maior dose de eficácia aos preceitos constitucionais. Ou, mais precisamente:

“... quer garantir aos trabalhadores o gozo efetivo de um certo número de direitos e liberdades fundamentais, que, tendo na Constituição uma disciplina e uma garantia completas no plano dos princípios, se prestam entretanto, na falta de disposições precisas para sua execução, a serem comprimidas em seu livre exercício”.<sup>379</sup>

Além de todo o exposto, devemos acrescentar que o exercício do poder disciplinar é limitado pela noção de justiça, pelo bom senso, com, e não é absoluto, pois o contrato de trabalho é de natureza sinalagmática, gerando direitos e obrigações recíprocas e, em decorrência, o empregador também deve respeitar a dignidade do

---

<sup>379</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996.

empregado e suas convicções religiosas, visto que a Carta Magna garante a liberdade de religião.

Dentro desse contexto de dignidade da pessoa humana surge um dos primeiros princípios do direito do trabalho, o princípio da proteção. Esse princípio tenta equilibrar a relação de emprego devido à disparidade de forças entre empregador e empregado, sendo este o mais fraco da relação de emprego. Importante frisar que é em decorrência do princípio da proteção que se desdobram a maioria dos princípios do direito do trabalho<sup>380</sup>.

O princípio da proteção vem para limitar o exercício do poder diretivo do empregador, que em razão de sua condição hierárquica na relação de trabalho pode vir a abusar desta prerrogativa. Cria-se então com o princípio da proteção, uma superioridade jurídica para o empregado, na tentativa de igualar sua condição à do empregador, já que o empregado encontra-se na condição de hipossuficiente<sup>381</sup>. Consoante os ensinamentos de Luciano Martinez<sup>382</sup>: “o princípio da proteção surge, então, para contrabalancear as relações materialmente desequilibradas”.

Outro princípio que também restringe a autonomia da vontade privada é o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, onde o empregador não pode optar por cumprir ou não as normas trabalhistas. Por se tratar de normas cogentes, elas não podem ser afastadas pela manifestação de vontade das partes, o que acaba por representar uma limitação a autonomia da vontade entre empregado e empregador. Mauricio Godinho Delgado<sup>383</sup> também assevera: “[...] Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego”.

Outro princípio é o da não discriminação há a proteção contra diferenciações entre as pessoas na relação de trabalho, por razões que não são passíveis de diferenciação. Dessa maneira, não é possível que haja diferenciações quanto à cor, raça, sexo, idade, nacionalidade ou qualquer outro tipo de discriminação. Esse princípio também impede que o empregador venha a diferenciar os salários dos empregados do sexo masculino, feminino e dos portadores de deficiência que

---

<sup>380</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 142.

<sup>381</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.72.

<sup>382</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.103.

<sup>383</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.199.

tenham as mesmas funções, dentre outros tipos de discriminação que possam ocorrer no ambiente laboral<sup>384</sup>.

Então, da polarização liberdade religiosa e poder diretivo do empregador, vislumbra-se a comum invocação do princípio constitucional da liberdade. Que para o empregado pode traduzir-se, entre outros, na inviolabilidade de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI), a não preterição de direitos (art. 5º, inc. VIII), na liberdade profissional (art. 5º, inc. XIII), na liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII), na proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, CF), na proteção contra a discriminação (art. 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII) e na expansão das oportunidades de emprego (art. 170, inc. VIII). De outro lado, para o empregador, no direito e na função social da propriedade (art. 5º, inc. XXII e XXIII) e na ação auto gestonária da atividade desenvolvida (art. 170, *caput*).

Especificamente, para Costa<sup>385</sup>, a solução dos conflitos entre a liberdade religiosa do trabalhador e as normas laborais do empregador e dos demais trabalhadores exige a sua ponderação. Daí decorre que o empregador deverá acomodar, na medida do possível, a liberdade religiosa do empregado, sem que isso implique o aniquilamento da relação de igualdade com os demais empregados e dos interesses econômicos de sua atividade.

Como ensinado anteriormente, entende-se que a solução é encontrar alternativas menos restritivas que evitem, tanto quanto possível, a colocação do trabalhador perante a angustiante situação de ter que escolher entre o exercício de sua liberdade religiosa ou do seu direito ao trabalho. Assim, especificamente, a liberdade religiosa e poder diretivo, poderão ser limitados em função da ponderação dos interesses envolvidos em determinados casos concretos.

Se essa relativização do direito é extrapolada, seja pelo empregado, seja pelo empregador, cumprirá ao Judiciário, a isso provocado, provê-lo, chegando ao ponto de, quando isso se impuser, integrar o ordenamento jurídico, produzindo – e não somente reproduzindo – direito.<sup>386</sup>

---

<sup>384</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2013, p.45.

<sup>385</sup> COSTA, Maria Emília Corrêa da. **Liberdade Religiosa como Direito Fundamental**. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p.186.

<sup>386</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, p.283, 2004.

Portanto, depois de demonstrada a relevância do transporte dos direitos fundamentais para a relação de emprego, passa-se a explicitar como se dá esse fenômeno no Brasil e quais as circunstâncias dessa incidência, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

#### **5.4.1 A necessidade da tutela da liberdade religiosa nas relações de emprego**

Considerando que a religião somente tem relevância no ambiente de trabalho na medida em que os indivíduos que ali transitam lhe conferem importância, se faz necessário fazer algumas considerações sobre o fenômeno religioso enquanto fato social.

Sobre o tema indica Aloisio Cristovam que é uma missão muito difícil identificar dentro das convicções e práticas quais delas são religiosas, afinal um mesmo comportamento, dependendo ou não da motivação de quem o adote, pode ter ou não uma conotação religiosa.<sup>387</sup>

Continua o autor afirmando que a religião é um fato social complexo e de difícil definição, e assim, importa em primeiro lugar anotar que, do ponto de vista sociológico, a religião é definida como um empreendimento cultural que faz referência ao sagrado. Em segundo lugar, a religião apresenta uma tentativa humana de dar significado à existência. Em terceiro lugar, a religião produz uma interpretação da realidade, da história, do homem e do mundo. Em quarto lugar, importa registrar que a religião não se define apenas como um sistema de crenças individuais, constitui, na verdade, um sistema complexo, que envolve crenças, simbologias, valores éticos e uma base organizativa<sup>388</sup>

A religião se presta a inculcar em seus praticantes o respeito à moral e às normas sociais, mas, também, a própria religião apresenta-se historicamente como a mais importante fonte de princípios éticos em que se funda a sociedade. Desse modo, é impossível tratar religião e trabalho como se fossem compartimentos estanques.<sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.44.

<sup>388</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.47-49.

<sup>389</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói,

Concorda-se com a afirmação do autor supracitado, e por conta disso, justifica-se o interesse pelo tema, uma vez que se acredita que o mundo do trabalho não consegue subtrair-se totalmente à influência da religião, e nem ao menos separar a religião totalmente do trabalho, e, por isso, se faz imprescindível a tutela jurídica de interesses religiosos no ambiente de trabalho, visando encontrar um meio de convivência entre esse dois que seja ponderada e pacífica.

Inicialmente afirma-se que há um grande vazio no contexto da efetivação do direito individual à liberdade religiosa. Em outras palavras, falta um tratamento mais cuidadoso e sistemático pela ciência do direito do trabalho, especialmente porque nos domínios do vínculo empregatício, caracterizado por uma intensa subordinação jurídica, são os trabalhadores, na maioria das hipóteses, levados a transgredir a respeito de tais direitos.<sup>390</sup>

Do ordenamento jurídico brasileiro não é possível deduzir o reconhecimento ao empregador à faculdade de suprimir a liberdade religiosa de seus empregadores. Ao contrário, compreendendo que a asseguaração da expressão religiosa do trabalhador promove a sua dignidade e afirma a sua cidadania na empresa, além de refletir a ideologia constitucional no que concerne ao valor atribuído à religião e à função social da propriedade, a resposta constitucionalmente adequada ao problema passa necessariamente pela busca da máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado.<sup>391</sup>

Defende-se aqui, a ideia trazida por Aloisio Cristovam, da qual se sustenta que é dever do empregador acomodar as práticas religiosas de seus empregados, desde que isso não implique dificuldades indevidas para a acomodação de seus empregados, mas ponderando para que isso não traga dificuldades indevidas para a condução de seus negócios.<sup>392</sup>

Seguindo, pergunta-se: É possível falar aqui no Brasil em um dever do empregador de acomodar razoavelmente as crenças e práticas dos empregados?

---

Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.51-52.

<sup>390</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.151.

<sup>391</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.224.

<sup>392</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.224.

Inicialmente afirma Aloisio Cristovam<sup>393</sup> que há quem defenda que impor ao empregador um dever de acomodação violaria o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, consoante o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Entretanto, o caráter principiológico dos direitos fundamentais, por si só, rechaça o argumento fundado no silêncio legislativo, cuja puerilidade torna-se patente quando se considera a posição de supremacia que a Constituição ostenta sobre a lei e, ainda, o fato de que não é mais possível atribuir aos princípios constitucionais caráter meramente programático.

Outro argumento, trazido no livro *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*<sup>394</sup>, contrario a esse dever patronal de acomodação das práticas religiosas dos empregados, é que essa acomodação, poderia gerar problemas particularmente complexos, considerando que o princípio da igualdade impõe que aqueles que não têm uma crença particular sejam protegidos pelo direito do mesmo modo que os trabalhadores religiosos. Porém, entende-se que as crenças religiosas, para o trabalhador que as possui, fazem parte de sua identidade e, sendo assim, ignorá-las ou desvalorizá-las no ambiente de trabalho equivale a depreciar a sua dignidade como pessoa humana e a opor obstáculos ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Para Manoel Jorge por mais que repetidas vezes se noticie a existência de determinações empresariais vulnerados da escolha ou mesmo do exercício da liberdade de religião, produz desconfortável omissão da doutrina no trato de tema tão relevante para o cidadão trabalhador.

O dever de acomodação das práticas religiosas dos empregados – *duty of reasonable accommodation* – vem sendo trabalhado há bastante tempo no direito comparado, notadamente nos Estados Unidos, porém, no Brasil tem despertado pouca, ou quase nenhuma, atenção da doutrina, de modo que as referências encontradas sobre o assunto são escassas. Com isso, defende-se que o reconhecimento desse dever é uma exigência do sistema jurídico brasileiro.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> <sup>393</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.235.

<sup>394</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.233-236.

<sup>395</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.225.



Os direitos individuais à intimidade, vida privada, imagem, chamados de direitos da personalidade, necessitam na atualidade de tratamento mais cuidadoso e sistemático pela ciência do direito do trabalho, especialmente porque, nos domínios do vínculo empregatício, caracterizando por intensa subordinação jurídica, são os trabalhadores, na maioria das hipóteses, levados a transigir a respeito de tais direitos, razão suficiente para tornar injuntiva análise mais atenta por parte de todos aqueles que vivenciam os problemas afetos às relações de trabalho. Isso porque, muito embora a pessoa tenha obtido um posto de trabalho na unidade empresarial, ela continua com as suas convicções e preferências de ordem político-ideológica e, também, as de cunha espiritual.<sup>396</sup>

A proteção da expressão religiosa do indivíduo pode não trazer qualquer custo para outrem e nem afetar outros interesses protegidos pelo Direito. Entretanto pode acontecer da expressão religiosa de um indivíduo interferir com os direitos ou interesses dos outros. Por isso, considerando que de diversas maneiras os interesses religiosos de um indivíduo podem colidir com outros interesses legítimos, Aloisio Cristovam<sup>397</sup> apresenta três dificuldades para a proteção ao fenômeno religioso: O fato de haver religiões que não reconhecem alguns direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento estatal, tais como o direito a não ser discriminado em razão da etnia ou do sexo; a constatação de que os interesses de pessoas que pertencem a algum grupo frequentemente colidem com os interesses de pessoas que não o integram; e, por fim, a impossibilidade de que a proteção aos interesses religiosos se dê com base no julgamento pelo estado da correção de alguma específica concepção religiosa, pois não lhe cabe, por ser laico, determinar quais religiões ou crenças são verdadeiras ou falsas.

As diferentes religiões devem ser igualmente respeitadas, e a liberdade religiosa é, então, assegurada como um mecanismo necessário a manutenção da paz. Assim, a tolerância de diferentes interesses religiosos poderia ser vista pragmaticamente como uma ferramenta útil para prevenir a desintegração social, que pode se seguir à exclusão das minorias. Especificamente ao contexto laboral, a proteção dos interesses religiosos se justifica a fim de permitir às minorias religiosas o acesso aos

---

<sup>396</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.155.

<sup>397</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.53-54.

benefícios econômicos e sociais do trabalho, aumentando assim a inclusão social de grupos minoritários.<sup>398</sup>

Aloisio Cristovam dos Santos<sup>399</sup> indica alguns motivos pelos quais a liberdade religiosa deve ser protegida, quais sejam: a liberdade religiosa deve ser protegida porque ajuda a sustentar a diversidade em nosso mundo, já que contribui para a preservação e ampliação da variedade de manifestações culturais e tradições que podem ser vistas no meio das diferentes noções e povos, assegurando assim um nível de escolha de práticas culturais para as futuras gerações. Além disso, sustenta-se que a religião contribui para criar coesão social e para auxiliar os indivíduos a viverem de modo moralmente responsável. E, por último, a mais forte justificativa para a proteção do fenômeno religioso pode ser encontrada na autonomia e na dignidade dos seres humanos.

Entretanto, na Constituição, nenhum direito assume um conteúdo ilimitado, afinal todos eles fazem parte de uma totalidade normativa fundamental com a qual não se confundem. E, sendo assim, a liberdade religiosa como sendo um direito fundamental, estabelece com outros direitos uma relação de mútua definição de limites, de forma a permitir que todos os cidadãos e grupos gozem de um mesmo esquema de pretensões jurídicas.<sup>400</sup>

Um entendimento otimizador dos direitos fundamentais conduz a que as restrições sejam vistas como limites exógenos impostos pela necessidade da sua harmonização principal com o exercício do mesmo ou de outros direitos fundamentais, ou outros bens da comunidade e do estado a que a Constituição estende a sua proteção. Sob esse prisma, a liberdade religiosa exige a necessidade de uma concordância prática entre os direitos e bens em confronto, mesmo quando as medidas restritivas em causa revestem-se de caráter geral e abstrato.<sup>401</sup>

Então, para a resolução dos problemas concretos colocados em sede de liberdade religiosa, o recurso à ponderação dos direitos ou interesses conflitantes, como bem

---

<sup>398</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.56..

<sup>399</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.55-59.

<sup>400</sup> MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. – Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 278, nota nº914.

<sup>401</sup> MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. – Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 283.

explicado no ponto 4.2.2, propõe ênfase na análise da forma, do modo e da intensidade da interferência no direito por parte dos poderes públicos, da existência, ou não, de um direito ou interesse constitucionalmente protegido a justificar a restrição e, também, na existência de um meio alternativo menos restritivo para alcançar o fim da proteção desse direito ou interesse.

Assim, inclusive, outro argumento contra a necessidade de se reconhecer a existência de uma dever empresarial é o de que o exercício da liberdade religiosa no ambiente de trabalho já impõe tanto ao trabalhador quanto ao empregador o dever mútuo de respeito pelas crenças religiosas e convicções ideológicas um do outro, de modo que a acomodação dos interesses religiosos do empregado seria resolvida com a pura e simples ponderação. Contudo, é sabido que as partes do contrato de trabalho não estão em uma posição de igualdade, e a inferioridade socioeconômica do trabalhador o põe, em regra, em uma condição pouco favorável ao atendimento de suas necessidades religiosas.<sup>402</sup>

Conforme os ensinamentos de Aloisio, ao qual filia-se, o dever de acomodação não afasta a necessidade da ponderação dos interesses dos empregados e do empregador. E, para ele, inclusive, o reconhecimento de um dever patronal de acomodação das práticas religiosas dos empregados atende melhor ao princípio de proteção ao hipossuficiente.<sup>403</sup>

Deste modo, o relacionamento entre seres humanos, provoca inúmeros problemas de cunho relacional, dentre os quais pode ser destacado o relativo aos comportamentos ilegitimamente discriminatórios. Dentro desse viés, ressalta-se a diferença entre discriminação legítima e ilegítima.

O art. 3º, IV, da Constituição afirma que constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Ademais, o art. 5º, *caput*, revela que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

---

<sup>402</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.237.

<sup>403</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.237

Desta feita, podemos claramente trazer explanação de Manoel Jorge sobre o assunto. O autor, explica que estaremos diante de uma discriminação legítima quando o critério distintivo eleito para desequiparar às pessoas se encontrar plenamente justificado pela situação fática. Ao passo que, se por razões ditadas exclusivamente por idiossincrasias do empregador, nega a promoção ou impede a contratação da trabalhadora, estaremos diante de uma discriminação ilegítima, por não ser fundada em circunstâncias autorizativas do procedimento desequiparador.

#### **5.4.2 Casos práticos de aplicação da liberdade religiosa na relação de emprego diante do poder diretivo do empregador**

Como já mencionado alhures o ambiente de trabalho é extremamente favorável a agressões contra os direitos da personalidade do trabalhador, e por não dispor de um conjunto de normas infralegais aptas a regular de forma efetiva tais questões, ou seja, tendo em vista essa enorme omissão legislativa em nosso país, infere-se que a ordem jurídica constitucional emerge na atualidade como um dos mais importantes instrumentos a serem utilizados no sentido de embasar a superação dos conflitos envolvendo a liberdade religiosa nas relações trabalhistas. Por essas e outras razões o presente trabalho buscou soluções doutrinárias e jurisprudenciais que harmonizem o meio ambiente laboral.

Para que se tenha uma ideia do que nos propomos em termos de busca de maior compreensão da liberdade religiosa dos trabalhadores, frente ao poder diretivo do empregador, será trazido a seguir alguns questionamentos:

5.4.2.1 É possível num processo de seleção incluir pergunta sobre religião do candidato?

Sobre esse assunto, ressalta-se que o que está em jogo é o interesse de que o trabalhador não seja preterido à vaga em função da sua opção religiosa, sendo desnecessário tecer maiores comentários sobre sua relevância, bastando referir que está em jogo aí a luta pela sobrevivência, e, de outro lado, o interesse da empresa,

fundado no princípio da boa-fé, que vincula ambos os atores da relação de trabalho, de que o candidato à vaga demonstre transparência quando tiver de informar ao contratante as suas qualificações pessoais e profissionais, não omitindo circunstâncias que possam de algum modo repercutir no desenvolvimento de sua atividade profissional.<sup>404</sup>

Muitas vezes o empregado, aceita qualquer determinação imposta pelo empregador para conquistar a vaga de emprego almejada. E o empregador, em contrapartida, no intuito de ter a melhor equipe de empregados, para que sua empresa se torne ainda mais competitiva no mercado globalizado, não observa os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, ferindo, muitas vezes, a dignidade da pessoa humana, extrapolando os meios utilizados no processo de seleção de pessoal.<sup>405</sup>

Alice Monteiro de Barros<sup>406</sup> sustenta que,

Desde a fase das negociações pré-contratuais, a boa-fé deverá presidir o comportamento das partes. Mesmo antes de o contrato ter sido concluído, as partes devem agir com retidão, conforme os valores éticos e sociais juridicamente protegidos e implícitos nas relações trabalhistas. A violação desse dever implica ressarcimento do dano emergente (gastos realizados) e do lucro cessante, que poderia ser obtido em outra contratação que não se realizou, dada a frustração da negociação anterior, sem prejuízo da compensação pelo dano moral acaso verificado.

Em face do notório estado de inferioridade em que se encontra a pessoa que aspira a um emprego, são igualmente notórias as oportunidades que o empregador tem, no processo de seleção, de violar a sua intimidade e privacidade. Muito embora, o que interessa ao empregador seja a prova de aptidão do empregado para ocupar o cargo oferecido, frequentemente se ultrapassa esta, realizando-se a prova da personalidade.<sup>407</sup>

Alice Monteiro de Barros afirma que há uma conexão entre o princípio da não-discriminação com a garantia dos direitos de personalidade, e tal princípio atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando

---

<sup>404</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.253.

<sup>405</sup> RIOS, Sílvia Carine Tramontin. **A invasão do direito à intimidade e a vida privada do trabalhador na fase pré-contratual**. Disponível em: <[www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br)> Acesso em: 29 mai. 2015.

<sup>406</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.184.

<sup>407</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Apud GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.82.

da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego.<sup>408</sup> É proibido ao empregador fazer qualquer pergunta de foro íntimo, como opção sexual, convicção política ou religiosa, ou privado, como situação familiar, atividades recreativas, etc., que possam dar ensejo a qualquer tipo de discriminação.<sup>409</sup>

Para Moreira, diante da falta de previsão específica sobre esta matéria, o empregador pode, unicamente, averiguar sobre aspectos conexos com a capacidade do candidato, sobre sua aptidão profissional, ficando-lhe vedada todas as indagações sobre aspectos pessoais que não sejam relevantes para a constituição ou desenvolvimento da relação de trabalho.<sup>410</sup>

Em sentido convergente, Aloisio Cristovam<sup>411</sup>, afirma que é possível, que a inclusão na entrevista de recrutamento de uma pergunta sobre a opção religiosa do candidato ao emprego encontre uma justificação racional, fundada nos critérios objetivos da natureza do serviço ou da atividade empresarial. Exemplificando, o autor identifica que o cargo oferecido pode reclamar uma qualificação diferenciada, relacionada com uma específica formação religiosa, como pode ocorrer com uma empresa que pretenda contratar um capelão para assistir espiritualmente aos empregados que professam determinada fé religiosa, de modo que não baste ao candidato a emprego ser um Bacharel em Teologia, mas alguém cuja doutrina se identifique com a do grupo que se beneficiará de sua atividade profissional.

A Convenção no 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, reconhece que qualquer empregador pode valorar, investigar e organizar todas as qualidades ou características pessoais quando sejam necessárias e imprescindíveis para a correta execução da prestação laboral. A distinção baseia-se em um critério objetivo, ou seja, a natureza contratual.<sup>412</sup>

---

<sup>408</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.54.

<sup>409</sup> SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.130.

<sup>410</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.152.

<sup>411</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.255-256.

<sup>412</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.152.

Não há registro na jurisprudência nacional de algum processo em que o tema tenha sido objeto de apreciação.<sup>413</sup> Contudo, por todo o exposto, ressalta-se que quaisquer que sejam os métodos adotados para seleções de candidatos à vaga de trabalho, a contratação de emprego deve-se limitar a avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções para qual ele será contratado.

5.4.2.2 Sob o fundamento da liberdade de crença, é possível admitir que empregados façam proselitismo de determinado segmento religiosos no âmbito interno da empresa?

Sabe-se que a liberdade de crença concede ao indivíduo a garantia de crer ou não crer em coisa alguma, além de permitir-lhe divulgar a sua crença ou descrença. Com isto, abre-se a legítima oportunidade para que o fiel aja no sentido de cooptar mais e mais adeptos para sua religião.

Entende-se por proselitismo, o conjunto de comportamentos dirigidos de dentro da comunidade dos crentes para fora dela, com a finalidade de convidar outros a aderirem à mesma.<sup>414</sup>

Para Aloisio Cristovam, de todos os conflitos que podem se apresentar no ambiente de trabalho tendo como pano de fundo o fator religiosos, pode-se dizer que os motivados pelo proselitismo são aqueles que trazem maiores desafios, na medida em que tal prática traduz ao mesmo tempo uma afirmação da identidade do crente e uma concretização da liberdade de manifestação do pensamento, é a mais resistida de todas as posições jurídicas que compõem a liberdade religiosa.<sup>415</sup>

A liberdade de crença, como já exposto anteriormente, outorga ao indivíduo a garantia de crer ou não crer em coisa alguma, além de permitir-lhe divulgar a sua crença ou descrença.

---

<sup>413</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.256.

<sup>414</sup> MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. – Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p.225.

<sup>415</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.272.

Ao tratar do proselitismo religioso na execução do contrato de trabalho, Aloisio Cristovam, rejeita por inconstitucional a possibilidade de vedação absoluta do proselitismo religioso no ambiente de trabalho, salvo os casos em que o empregador seja uma igreja ou culto e certas organizações confessionais, e mesmo assim, apenas quando a prática contraria a profissão de fé de tais instituições, pois são as situações em concreto da relação de emprego que determinarão quando se está diante de um exercício desproporcional do direito ou não.<sup>416</sup>

Em contraponto Manoel Jorge<sup>417</sup>, relata um caso que aconteceu numa empresa na Bahia, onde a empregada fora dispensada por justa causa em virtude de insistentemente tentar converter os colegas de trabalho para o seu segmento religioso, visto que chegou mesmo a acompanhar um deles até o banheiro.

A empregada, discordando da motivação para a dispensa, ingressou com a reclamação trabalhista postulando o pagamento das parcelas rescisórias que entendia lhe serem devidas. Afirma ainda o autor, que no dia da audiência inaugural, a juíza do trabalho deu-se por impedida e determinou a remessa dos autos a outro magistrado, porque a trabalhadora tentou convertê-la em mesa de audiência.

Diante do caso, o autor defende que por situações dessa natureza e com lastro na característica da intolerância conformadora da liberdade de crença que não admitidos o exercício da garantia no ambiente de trabalho.

Segundo Manoel Jorge:

A empresa é o local onde se dirigem os trabalhadores com o propósito de realização profissional e material, mas é indiscutível se tratar de comunidade altamente heterogênea, mais ainda quando formada por diversas categorias. Ademais, para ele a heterogeneidade latente no corpo de trabalhadores abre seríssimo precedente se se possibilitar a empregado fazer proselitismo de uma religião dentro da empresa, já que muitos colegas podem eventualmente ter feito uma opção – ou mesmo não ter consumado escolha alguma, o que é que é garantido pela Constituição, como vimos -, criando, assim, constrangimentos com imprevisíveis consequências, quer em virtude de a defesa de concepção religiosa perante quem já abraçou outro segmento significar grave ofensa à liberdade de crença, quer porque o

---

<sup>416</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.290.

<sup>417</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.160-161.



trabalhador agnóstico pode não aceitar de modo passivo a investida do crente.<sup>418</sup>

Além disso, para o autor, o proselitismo de uma religião dentro de uma empresa, leva à ofensa de interesses transindividuais dos trabalhadores, os quais são: a liberdade de crença e também o meio ambiente do trabalho. Isso porque, as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos causam profundo mal-estar, principalmente quando provém de superior hierárquico. Sendo assim, diante dessa situação, Manoel Jorge defende que, abre-se ao empregado a faculdade de extinguir por justa causa a relação contratual de todos os que se utilizam de tal prática, em face da incontinência de conduta (art.482,b,da CLT) ou o sindicato profissional ou o Ministério Público poderá conduzir a questão ao Poder Judiciário, preiteando a adequação da(s) conduta(s) do(s) empregado(s) que incorre(m) no equívoco diante da transgressão a interesse individual indisponível dos trabalhadores.<sup>419</sup>

Divergindo desse entendimento, Aloísio Cristovam<sup>420</sup>, defende que o empregado pode incorrer em proselitismo religioso abusivo ou não.

Será considerada não abusiva quando o proselitismo religioso for realizado durante os intervalos intrajornada, mesmo que realizada no espaço físico da empresa, não pode ser, de início, considerada abusiva e, assim, prescinde da permissão do empregador.<sup>421</sup>

Ademais, explica que o ato em si de fazer proselitismo no ambiente de trabalho não torna a prática ilegítima, mas tal ação pode se tornar ilegítima se interferir na qualidade e na quantidade do trabalho de um colega, e, por conseguinte, causando prejuízo à empresa. Afinal os aos proselitistas devem sempre respeitar o direito de quem é alvo do proselitismo de afirmar a sua fé (ou falta de) e recusar-se a ouvir o discurso.<sup>422</sup> Além disso, o proselitismo realizado com discrição, pode, também, ser tido como não abusivo, e, inclusive, algumas formas podem ser bem silenciosas,

<sup>418</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.161.

<sup>419</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.161.

<sup>420</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.290-291..

<sup>421</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.297.

<sup>422</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.298

como por exemplo, o caso da utilização pelo empregado de buttons ou mesmo de camisetas com estampas que veiculem mensagens religiosas.

Em contrapartida, Aloísio ensina que, em regra, o empregado é contratado para serviços e a prática de proselitismo em momento no qual deveria estar trabalhando constitui descumprimento de dever contratual, capaz de ensejar a punição disciplinar e mesmo a justa causa resilitória do contrato de trabalho. Em casos como esse, o tratamento dado à atividade proselitista é igual a qualquer outra atividade desenvolvida com prejuízo da execução dos serviços contratualmente ajustados.

Indica ainda o autor que se o empregado utiliza o tempo à disposição do empregador para a prática de proselitismo religioso em vez de executar os serviços contratualmente ajustados, ou se o empregado, embora execute os trabalhos a que se propôs, mas faça-o de forma negligente, por estar com a sua atenção focada para a realização do objetivo religioso, salvo permissão especial que o empregador lhe conceda, não há qualquer dúvida de que incorre em falta contratual. No contrato de trabalho é importante lembrar, que a prestação dos serviços é a principal obrigação contratual do empregado.<sup>423</sup>

Ressalta-se que a realização do proselitismo ainda que seja com a permissão do empregador e fora da jornada de trabalho, será abusivo se afetar negativamente a rotina do trabalho e criar constrangimento para os colegas ou para os clientes da empresa. Assim, em qualquer circunstancia, considera-se que o proselitismo deve ser sempre exercitado sob a consideração de que há dois direitos que merecem igual respeito, que, por sua vez, são: o direito de quem, impelido por sua própria fé, exercita essa prática, e, de outro lado, o direito de quem é alvo do proselitismo de manter a sua fé (ou falta de).<sup>424</sup>

Se o proselitismo abusivo se dá com o conhecimento do empregador, seja pela sua permissão expressa ou com seu silêncio conivente, é inegável que o empregado que é submetido ao constrangimento moral decorrente da ação de seu colega que é submetido ao constrangimento moral decorrente à coibição do abuso, poderá também responsabilizá-la diretamente pelos danos sofridos. Afinal, como já tratados alhures, defende-se que está na esfera do poder disciplinar do empregador (uma

---

<sup>423</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.292.

<sup>424</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.296.

das manifestações do poder diretivo) reprimir quaisquer constrangimentos que um empregado cause a outro no ambiente de trabalho.

Por fim, Aloísio conclui que a vedação ao proselitismo do empregado em certos momentos e circunstâncias será razoável e, portanto, legítima, não incidindo, portanto, o dever patronal de acomodar a prática. De outro modo, há momentos com fortes razões para que essa expressão religiosa seja acomodada no ambiente de trabalho.<sup>425</sup>

Pela análise de todos os argumentos trazidos, filia-se ao entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, o qual não admite a possibilidade de o profissional persuadir colegas de trabalho ao ingresso em segmento religioso. E tal impossibilidade persiste tanto no local da empresa, durante o horário de trabalho, quanto no intervalo intrajornada.

Sabe-se que a liberdade de crença outorga ao indivíduo a garantia de crer ou não crer em coisa alguma, além de permitir-lhe divulgar a sua crença ou descrença. Todavia, o crente tem a certeza inabalável de que está em posse da verdade e, ao fazer proselitismo, muito provável que se tornará intolerante, já que a escolha religiosa e a tolerância são duas realidades que se excluem mutuamente. É exatamente com lastro na característica intolerância conformadora da liberdade de crença que se entende da maneira exposta acima, não permitindo o proselitismo religioso no local da empresa, durante o horário de trabalho, e, também no intervalo intrajornada, visando uma boa convivência no ambiente de trabalho.

Nesse tom, assegura-se que as relações de emprego têm objetivos preponderantes como o financeiro e econômico, tanto pela parte da empresa quanto da parte dos empregados, afinal é dessa relação que se obtém as condições mínimas de subsistência. É justamente em razão desse objetivo maior que é obter a sua subsistência, afinal é através do labor que as pessoas na sociedade atual adquirem o seu salário mesmo que esse seja mínimo, que defende-se nessa pesquisa que o empregador pode exercer o poder diretivo e/ou disciplinar diante de situações de proselitismo nas relações de emprego.

---

<sup>425</sup> SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.299.

Lembra-se que o poder diretivo foi concedido ao empregador como meio para que ele pudesse direcionar seus empregados a alcançar os objetivos propostos pela empresa, visto que é ele (empregador) nessa relação de emprego, que assume os riscos da atividade desenvolvida.

O poder do empregador, nem é absoluto, ou seja, esses devem ser exercitados sempre dentro dos limites. Esses limites, por sua vez, são internos (contrato de trabalho, regulamento de empresa e a atuação concreta de órgãos de co-gestão), mas, sobretudo, externos (lei, moral, a convenção coletiva, acordo coletivo, a sentença normativa, o laudo arbitral).

Assim, o poder diretivo do empregador encontra limites dentro de sua própria finalidade, não devendo ser usado com excesso, ou para outros fins. Isto é, deve sempre ter como objetivos regular a prestação de trabalho e a garantia de sua continuidade. Daí por que seu limite técnico é a segurança na regular marcha da atividade empresária.<sup>426</sup>

Desse modo, o exercício do poder disciplinar é limitado pela noção de justiça, pelo bom senso, e não é absoluto, pois o contrato de trabalho é de natureza sinalagmática, gerando direitos e obrigações recíprocas e, em decorrência, o empregador também deve respeitar a dignidade do empregado e suas convicções religiosas, visto que a Carta Magna garante a liberdade de religião.<sup>427</sup>

Contudo, o que busca-se neste estudo é que o direito fundamental à liberdade religiosa tenha eficácia nas relações trabalhistas, acontece que ao assegurar esse direito deve-se lembrar que a liberdade religiosa implica em você acreditar em uma religião, outra pessoa ser fiel de outra e, um terceiro, simplesmente optar por não acreditar na existência de Deus. E assim sendo, como já exposto, a empresa é o local para onde se dirigem os trabalhadores com o propósito de realização profissional e material, e é indiscutível que se trata de comunidade altamente heterogênea, mais ainda quando formada por diversas categorias profissionais. Por isso cabe ao empregador, através do seu poder diretivo – que deve ser exercido

---

<sup>426</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996, p.147.

<sup>427</sup> Rêgo Jr., João Batista do Rêgo. Discriminação por motivos religiosos. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28944/discriminacao-por-motivos-religiosos#ixzz3cavueki0>> Acessado em: 09/06/2015.

sem abuso – defender os direitos fundamentais de todos envolvidos na relação de emprego.

Sendo assim, uma vez ocorrida a circunstância, abre-se ao empregador a faculdade de extinguir por justa causa a relação contratual de todos os que se utilizam de tal prática, face à incontinência de conduta (art. 482, b, CLT).

Defende-se, então, que a busca do sucesso e do dinheiro deve existir nas relação de labor, mas observando os direitos fundamentais dos outros que participam dessa relação, afinal de nada adianta os direitos fundamentais serem tutelados pela Constituição se na prática eles não forem respeitados. Desse modo, considera-se que a situação de no ambiente de trabalho existir a tentativa de se conseguir adeptos é uma ofensa à interesses transindividuais dos trabalhadores, no caso a liberdade de crença e também o meio ambiente do trabalho. Isso porque as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos causam profundo mal-estar, mais ainda quando provêm de superior hierárquico, por isso é que entende-se por ser proibido o proselitismo religioso no local da empresa, durante o horário de trabalho, e, também no intervalo intrajornada, visando uma boa convivência no ambiente de trabalho, e isso é um dever do empregador, já que este é o representante da empresa, e, também por ser quem ocupa uma posição de maior hierarquia nas relações de emprego.

#### 5.4.2.3. Os empregados adventistas do sétimo dia e o direito de guardar os dias de sábado para o culto

Apenas a título de esclarecimento, os adeptos da religião Adventista do Sétimo Dia guardam o período compreendido entre as 18:00h da sexta-feira e as 18:00h do sábado, reservando este espaço de tempo para devoção e liturgia religiosas.

Entretanto, é sabido que muitas empresas têm atividade normal durante tais dias, o que acontece com frequência naquelas submetidas a turnos ininterruptos de revezamento, assim como, bares, restaurantes e lojas entre outras que funcionam em horário comercial.

Segundo Manoel Jorge, neste caso há um aparente conflito entre a propriedade privada/poder diretivo empresarial e a liberdade de religião. E, diante de casos como esse, ressalta-se a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação para desvendar a melhor solução para a hipótese. Entretanto, para ele, é através da técnica de ponderação que se encontra a solução mais indicada, pois com ela não se sacrifica um interesse constitucionalmente tutelado em proveito exclusivo daquele que lhe contrapõe.<sup>428</sup>

Esses conflitos entre o poder diretivo empresarial e a liberdade de religião é algo que vem acontecendo muito nas relações de emprego, e diante do silêncio legislativo especificamente sobre esse assunto, a jurisprudência brasileira, como exemplo a do TRT, vem também se utilizando da técnica de ponderação para encontrar a solução mais adequada, vejamos:

EMENTA: MOTORISTA DE ÔNIBUS ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TRABALHO AOS SÁBADOS. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. RAZOABILIDADE. É razoável e, portanto, legítima a ponderação de interesses que observa o direito constitucionalmente garantido de liberdade de culto ou religiosa, determinando que a reclamada não escale o empregado, motorista de ônibus e adventista do sétimo dia, para trabalhar das 18h de sexta-feira às 18h de sábado, enquanto permite a sua escalação em todos os domingos, se necessário for, para o cumprimento total da carga horária, evitando, assim, prejuízos à atividade empresarial. (TRT - RO 0000536-66.2011.5.18.0012, 18., Rel. Daniel Viana Júnior, DEJT 05/07/2012)

Nessa mesma linha de raciocínio decide o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DIREITO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA -CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS -LIBERDADE DE EXPRESSÃO - LIBERDADE DE CRENÇA -ESTADO LAICO - TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES -Em razão do princípio da unidade da Constituição, o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, promoveriam soluções contrárias à demanda,

---

<sup>428</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.164.

deve lançar mão da técnica da ponderação de valores, de modo a aplicar aquele que preserve o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido. Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MPMG e Município para o recolhimento de livro distribuído aos alunos da rede municipal de ensino, sob o argumento do mesmo discriminar determinada crença. Mitigação do direito do autor em detrimento do direito à liberdade de crença religiosa e o princípio da laicidade do Estado. Conclusão razoável e menos gravosa, na medida em que se beneficia uma ampla gama de pessoas que se sentiram lesadas pelo ato de distribuição da obra literária. (TJMG -AC 1.0024.06.073260-9/001 (1) - 5ª C.Cív. - Relª Desª Maria Elza -DJMG 12.07.2007)

Havendo colisão entre dois direitos, conclui-se que não é possível privilegiar-se de modo absoluto o direito individual a liberdade religiosa do trabalhado, e, nem assegurar-se o exercício ilimitado do poder diretivo do empregador, o que desconsideraria a função social da empresa.

Nesta senda, afirma Manoel Jorge e Silva Neto, que a luz do princípio da cedência recíproca, cada norma-princípio deve ceder em parte para viabilizar a indispensável harmonização do sistema constitucional.<sup>429</sup>

O autor propõe o raciocínio tópico-problemático, para se conseguir essa harmonização, uma vez que por meio desse raciocínio permite-se o exercício do direito individual a liberdade religiosa do trabalhador através da compensação de jornada. Assim, a duração diária do trabalho poderia ser aumentada em duas horas, permitindo-se a ausência do obreiro no período guardado para devoção religiosa e liturgia. Entretanto, pode ser que haja resistência empresarial a concessão da folga relativa ao período de guarda, e, diante desses casos, o interprete deve examinar se as condições empresariais efetivamente impedem a compensação solicitada pelo trabalhador.<sup>430</sup>

Na realidade, a atuação das empresas por falta de uma regulação específica sobre o assunto, e por quase nenhuma fiscalização, fica a mercê dos empregadores, e, por

---

<sup>429</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.166.

<sup>430</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.167.

isso, resta ao empregado recorrer ao judiciário para correr atrás dos seus direitos, ou até mesmo, por um equilíbrio entre os direitos, como mencionado acima, uma vez que é pela ponderação que vamos encontrar a melhor solução para que não haja o sacrifício de um interesse constitucionalmente tutelado em proveito exclusivo de outro que lhe contrapõe. E, na prática é assim que tem acontecido:

JUSTA CAUSA. FALTAS. EMPREGADO ADVENTISTA. A justa causa, por ser essa a pena máxima aplicada ao empregado, deve ser soberanamente comprovada e cercada de todos os seus requisitos, porquanto, além de impedir que o empregado receba a totalidade das verbas contratuais, pode macular a sua vida profissional, social e familiar. No caso dos autos, a ré imputou a desídia ao autor, pelo suposto comportamento faltoso, o que não conseguiu demonstrar, já que a empregadora concordou, desde o início do contrato, com a condição pessoal do reclamante no sentido de não laborar a partir das 17h da sexta-feira até às 17h do sábado, inclusive com a emissão de parecer de setor interno da companhia de limpeza neste sentido, em conformidade com os preceitos religiosos do autor. Também não consta no edital, tampouco no contrato, a estipulação de que o trabalhador laborasse especificamente no período aludido, até porque a ré possui dezoito mil funcionários, o que denota a inexistência de maiores problemas quanto à escala dos empregados. O comportamento empresarial, portanto, vai de encontro com o artigo 5º, inciso VIII, da CRFB e com a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença. DANO MORAL. A indenização por danos morais foi elevada a modalidade de garantia constitucional em face da violação dos direitos fundamentais de intimidade, de respeito à vida privada, à honra e à imagem (Art. 5º, inciso X, CRFB), assegurando a manifestação do pensamento e reparando todos os agravos à pessoa humana (Art. 5º, incisos IV e V CRFB), com singular tutela aqueles que ocorrem nas relações de trabalho, mercedores de uma justiça especializada para conhecê-los e apreciá-los (Art. 114, inciso VI, CRFB). Recurso não provido. (TRT-1 - RO: 4403520115010041 RJ , Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Data de Julgamento: 29/10/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2013-01-18)

Diante do contexto demonstrado em todo o trabalho, percebe-se que mesmo com a preocupação do Legislador Constituinte em tratar em nossa *Constituição federal* de direitos fundamentais como o direito à liberdade religiosa, nota-se que os mesmos carecem de regulamentação para que efetivamente sua eficácia merecida seja experimentada.



O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a prestação alternativa não deve ser posta de lado em face da ausência (lacuna jurídica) de norma reguladora infraconstitucional. O entendimento jurisprudencial e decisões administrativas, são de que as instituições ou organismos que encontrem o desejo de um cidadão em que este texto constitucional deva ser aplicado no tocante à liberdade de consciência religiosa, é que o mesmo seja interpretado de forma a fazer com que a prestação alternativa seja fixada a fim de sanar esta lacuna.<sup>431</sup>

Todavia, o deslinde da questão será outra, se, for possível a compensação e, mesmo assim, o empregador venha a recusá-la. Conforme os ensinamentos de Manoel Jorge, diante da presente hipótese, existirão duas soluções de cunho judicial:

i) “O empregado ingressa com ação trabalhista contra o empregador, argumentando a existência de rescisão indireta do contrato de trabalho, fundamentando-a no tratamento com rigor excessivo, ditado no art. 483, alínea c, da Consolidação das Leis do Trabalho”;

ii) “O empregado formula denuncia ao Ministério publico do Trabalho (que poderá ser anônima, conforme Precedente aprovado pelo CSMPT), com o que o órgão devera iniciar investigação e, na hipótese de o empregador não subscrever termo de ajustamento de conduta, devera o *Parquet* ingressar com ação civil publica, com pedido especifico de tutela inibitória e/ou preceito cominatório, a fim de impedir o empresário de prosseguir com o comportamento francamente ofensivo a clausula constitucional da não-discriminação e ao direito individual a liberdade religiosa do laborista”.<sup>432</sup>

Vive-se, hoje, diante de relações de emprego que em razão da fragilidade do trabalhador, se verificam inúmeros abusos a sua liberdade religiosa. Diante de tal afirmação pergunta-se: é possível o empregador despedir o empregado diante de sua crença?

Nesse sentido, a Lei 9.029/95 constitui-se em considerável avanço de nossa legislação, uma vez que determina penalidades que se constituem tanto em

<sup>431</sup> BARRETO, Stenio de Freitas. **Direito e Liberdade Religiosa à Luz da Constituição Brasileira – Uma interpretação crítica**. Disponível em: < <https://direitoereligiao.wordpress.com/2010/01/09/artigo-direito-e-liberdade-religiosa-a-luz-da-constituicao-brasileira-uma-interpretacao-critica/>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

<sup>432</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, p.167.

pecuniárias quanto em obrigação de fazer. Veja-se que já o artigo 1º da Lei traz uma ordem imperativa, determinando que:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Em outras palavras, não se trata de uma faculdade, mas sim de proibição. O empregador não pode, ainda que queira, adotar práticas que possuam natureza discriminatória, quaisquer que sejam.

É nesse mesmo sentido que decidem os tribunais brasileiros, como por exemplo, no caso que será exposto em seguida onde se reconheceu a despedida discriminatória e concedida danos morais a empregado, demitido sob a invocação de abandono de empregado, após o empregador exigir o cumprimento de escala de trabalho que incluía jornada aos sábados, mesmo havendo registro na ficha cadastral do empregado, desde sua admissão, informando pertencer à confissão judaica:

**TRABALHADOR PODE SE RECUSAR A TRABALHAR AOS SÁBADOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS.** Empresa demitiu empregado judeu por justa causa em razão de este ter se recusado a trabalhar nos sábados. A sentença condenou a empresa no pagamento das verbas devidas por demissão sem justa causa, além de indenização por danos morais. (Elaborado por Carlos Zahlouth Júnior, Juiz do Trabalho Titular da 10ª Vara do Trabalho de Belém/TRT 8, Processo nº 1217-2006-010-08-00-4, 30/10/2006.)

Quando o funcionário já tem uma restrição de horários por motivos religiosos antes de ser contratado, e, estando isso contatado no contrato de trabalho e, não há dúvida que não pode o empregador demitir o empregado por tais motivos.

Entretanto se for ocultado pelo funcionário, para alguns serve como razão para demissão para outros não. A questão ainda é mais conflituosa, para trabalhadores que se converteram durante a vigência do contrato de trabalho. Sobre o assunto, há decisões que classificam a dispensa do funcionário como atitude discriminatória, em decorrência do livre exercício dos cultos religiosos previsto na Constituição. Outros

juízes, porém, tratam a falta de um funcionário em dias não acordados no contrato como falta injustificada geradora da demissão por justa causa.<sup>433</sup>

Desse modo, diante da falta de regras específicas sobre o tema, percebe-se que há muita violação dos direitos individuais dos empregados nas relações de emprego.

Acontece que, como já exposto durante todo o trabalho, o empregado quando passa a ser empregado, ele não deixa de ter seus pensamentos, gostos, crenças e religiões, por conta disso é necessário reforçar que a Declaração da Organização das Nações Unidas de 25 de novembro de 1981, concernente à eliminação de discriminação relativa a crenças religiosas, refere-se também a liberdade de guarda de dias de repouso e a celebração de festas relacionadas com a religião ou credo (art. 6º)<sup>434</sup>, isto é, na hipótese de a religião do empregador requerer dia de guarda e esses coincidir com o horário de trabalho, configura-se uma forma de afirmação da liberdade religiosa.

A convenção n.111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu artigo 1º, define a discriminação no ambiente de trabalho:

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social e tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Ademais, como já falado, a Lei n. 9.020 de 13 de abril de 1995, introduziu formalmente na legislação o direito a readmissão no emprego, instituiu sanções administrativas ao empregador e proibiu de maneira expressa a adoção de práticas discriminatória no emprego. No entanto, ainda são raras as decisões judiciais a respeito de discriminação no Brasil.

Por toda a tese defendida na presente pesquisa, se critérios de idade, sexo, religião constituírem fator de ocorrências discriminatórias, estas podem ser legítimas ou ilegítimas, dependendo do critério justificado pela situação em contexto. Logo, a pessoa que pretende o emprego tem o direito de não manifestar sua crença religiosa se for indagado sobre isso na entrevista pessoal, como abordado no tópico 5.3.2.1,

---

<sup>433</sup> VASCONCELLOS, Marcos de. Religião é ponto cego em tribunais trabalhistas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/religiao-funcionario-ponto-cego-tribunais-trabalhistas>> Acessado em: 09 de jun. 2015.

<sup>434</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou convicção, Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 36/55, de 25 de novembro de 1981.

porque a prática da religião não pode constituir empecilho para o ingresso no mercado de trabalho.

Então, a religião não pode ser obstáculo para o acesso ao trabalho, entretanto o trabalhador não poderá exigir que a empresa altere seu sistema. No caso de candidato ter restrições para trabalhar em algum dia da semana devido às suas convicções religiosas, ele deve informar a impossibilidade de alteração, de modo a dar oportunidade de o trabalhador decidir se aceita ou não a proposta.

Se a alteração do dia de guarda for uma novidade, a empresa deve respeitar a religião e a liberdade de crença do trabalhador<sup>435</sup>. O empregado pode se ausentar do trabalho, avisando antecipadamente ao empregador, desde que compense ausência em data a ser estipulada e se este não aceitar o pedido, como já mencionado, poderá o trabalhador requerer judicialmente a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por entender, então, que a liberdade religiosa não é absoluta, devido aos princípios da isonomia de tratamento dos empregados às restrições de organização do sistema da empresa. Por isso, afirma-se que a recusa a trabalhar no dia de guarda é legítima caso tenha sido estabelecido contratualmente, caso contrário, o empregado ficará sujeito às adequações para compensação estabelecidas nas disposições contratuais. E, por fim, fica a critério do empregado pedir demissão caso não exista acordo com a empresa.

Por todo o exposto, defende-se que não é possível em havendo incompatibilidade com o poder diretivo e a liberdade religiosa, o empregador demitir o empregado por motivo de crença, e se assim o fizer, tal demissão deverá ser enquadrada como ilegítima.

## **6 CONCLUSÃO**

Enfim, é com grande satisfação que se finaliza o presente trabalho, através do qual se faz possível chegar a algumas conclusões:

---

<sup>435</sup> LAMARCA, Antônio. Manual das Justas causas. Ed. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 1977, p.462.

Na relação de emprego o empregado não é visto apenas como empregado, mas também como pessoa. Assim sendo, o empregado, sendo em essência homem, é sujeito de direitos inerentes à sua condição humana. Esses direitos são assegurados pela Constituição Federal brasileiro, e entre eles, temos os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais ao longo de sua história foram evoluindo e como consequência disso percebeu-se a existência de dimensões desses direitos, que, por sua vez, são: os direitos de primeira geração - os direitos civis e políticos, frisados pela ausência de intervenção estatal no que se referia a questões individuais. Os direitos fundamentais de segunda geração - direitos sociais ou à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à saúde, lazer e moradia. A terceira geração de direitos – os de interesse difuso que tem por destinatários indivíduos indeterminados, ou seja, protegem não o homem isoladamente, mas sim a coletividade como ocorre com o meio ambiente ecologicamente equilibrado -. Enfim, demonstrou-se o direito das minorias que visam atender às demandas da coletividade em prol do respeito das minorias, que são o direito de quarta geração.

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, e é através deles que se tem a possibilidade de garantir a efetividade do estado democrático de direito, uma vez que, esses direitos são a base do estado. A tutela dado aos direitos fundamentais é ampla e, além disso, vislumbra-se, a dignidade da pessoa humana como grande alicerce o ordenamento jurídico brasileiro, já que a pessoa é vista como fundamento e fim da sociedade e do estado.

A fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, sendo resultado daquilo positivado no texto constitucional. Já a fundamentalidade material decorre da existência de decisões fundamentais sobre a estrutura básica do estado e da sociedade, ou seja é a correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana.

O art. 5º, parágrafo 1º, da CF/88 traz como regra a aplicabilidade direta ou imediata das normas de direitos fundamentais. Ou seja, nas relações em que os direitos fundamentais participam, sua incidência é imediata, sem que haja a necessidade de

um procedimento ou legislação para que isso aconteça.

A liberdade religiosa é considerada um direito fundamental de primeira geração, que também pode ser considerado um direito civil fundamental que trás em seu bojo uma proteção negativa por parte do estado. Esta, por sua vez, é tutelada juridicamente pela própria constituição federal no seu preâmbulo e, também, no seu artigo 5º, inciso IV, VII, VIII; e no 19, inciso I. o capítulo das forças armadas, que no artigo 143, paragrafo 1º e 2º, atribui serviço alternativo (ao militar obrigatório), compreendendo-se o imperativo de consciência como consequência da crença religiosa ao mesmo tempo em que isentam eclesiásticos, em tempos de paz, do serviço militar obrigatório. Ao fim, cabe demonstrar que no capítulo referente à ordem social, artigo 210, parágrafo 1º atinente à educação e no capítulo da Família, se preserva o referido princípio da liberdade religiosa, quando dispõe sobre casamento religioso com efeito civil, artigo 226, parágrafo 2º da Constituição Federal.

O direito a liberdade religiosa também é ilustrado como princípio fundamental na constituição federal de 1988, e, sendo assim, deve receber máxima efetividade, respeitando-se as questões fáticas e jurídicas.

A liberdade, em sentido amplo, é a possibilidade que o ser humano tem de ir atrás da sua felicidade, seja por atitudes, palavras ou pensamentos, mas sempre tendo em mente que a sua liberdade termina quando começa a liberdade do outro que vive na mesma sociedade que você.

O direito a liberdade religiosa tem como pressuposto o tratamento isonômico a todos os cidadãos, independentemente de suas crenças religiosas, visando uma igualdade que não necessita da uniformização das convicções religiosas, pois uma igualdade pode nascer de um ambiente plural de crenças e de opiniões religiosas. Então, convém afirmar que o Princípio da Igualdade em matéria religiosa adotado pelo Estado brasileiro, compõe o direito à liberdade religiosa.

A liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como direito subjetivo e como vetor objetivo. Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o título respectivo: direito subjetivos individuais, que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com as devidas particularidades,

especialmente no seu exercício); e direitos subjetivos das pessoas jurídicas, titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: princípios, deveres de proteção e garantias institucionais.

Dentro da liberdade religiosa nós temos a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de manifestação religiosa. Esse entendimento também aparece expressamente na constituição federal de 1988, amparando de forma taxativa e direta, a proteção ao direito individual à liberdade religiosa e aos seus desdobramentos, em seu artigo 5º, inciso VI.

Os direitos fundamentais têm uma perspectiva subjetiva e, também, objetiva. No plano subjetivo o direito fundamental está ligado ao aspecto individualista, no plano objetivo, os direitos fundamentais são vistos sob um prisma comunitário que geram efeitos para todo o ordenamento jurídico, ampliando seu significado e seu campo de atuação.

A doutrina da *state action*, nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, partindo da concepção de que somente o Estado pode ser sujeito passivo desses direitos, de modo a serem os direitos fundamentais apenas direitos de defesa diante do Estado. Entretanto, através da *public function theory*, nos EUA, essa doutrina foi relativizada, de modo que o sujeito de direito privado que pratica atividade de natureza estatal fica sujeito às limitações impostas pelos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas defende que esses direitos seriam uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm que ser interpretadas ao seu lume, ou seja, os direitos fundamentais serviriam apenas como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. Em relação ao Judiciário, restam-lhe duas principais tarefas. A primeira delas consiste na interpretação das normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais, de modo a refletir uma interpretação segundo a Constituição, e a outra é preencher as cláusulas

gerais criadas pelo legislador, bem como os conceitos jurídicos indeterminados com os valores que decorrem ou alicerçam as normas de direito fundamental.

A teoria da eficácia direta e imediata defende que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, de modo a não carecerem de mediação legislativa para serem aplicados. Justifica-se tal conduta devido à constatação de que as ofensas aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros particulares. O direito português e o espanhol admitem essa teoria. No Brasil, houve manifestação do STF no sentido de admitir a utilização da eficácia direta, pelo recente julgado Recurso Extraordinário 201819, no qual se concluiu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Entendeu-se que essa teoria parece ser o modelo mais adequado para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, mas ela não é irrestrita e aplicável em todas as situações. Cabe superar os obstáculos da aplicação prática dessa teoria mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de se evitar o achatamento da autonomia privada, e, sobretudo, afastar a insegurança jurídica por meio de uma aplicação justa e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Pela teoria dos deveres de proteção concebe-se que o Estado tem o dever de proteção em relação aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado não deve apenas se abster de lesionar tais direitos, mas, deve também, agir positivamente visando resguardar esses direitos contra todas as formas de violações, provindas até mesmo de entes particulares. Essa teoria baseia-se na ideia de que cabe ao Legislativo, e não ao Judiciário, a realização de uma “ponderação” entre autonomia privada e direitos fundamentais.

No âmbito da interação entre direitos fundamentais e relações privadas, existem outras teorias para justificar a incidência desses direitos nos conflitos particulares. A primeira delas, formulada por Jürgen Schwabe, funda-se na ideia de que toda lesão a direito fundamental de um particular pode ser imputada ao Estado, pois este ou permitiu o ato, através de uma lei, ou não proibiu, pela ausência de legislação. A outra teoria é sustentada por Robert Alexy, chamada de “teoria integradora”, onde se reúnem três correntes aparentemente divergentes: teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, teoria da eficácia direta e



imediate e a teoria dos deveres de proteção estatais. Essa teoria de Alexy, é enquadrada na teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, pois cada nível de eficácia defendido pelo autor se refere a um aspecto da mesma coisa, conduzindo a um mesmo resultado, quer seja, a eficácia imediata.

É válido destacar, que esse trabalho filia-se com aqueles que defendem pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, eficácia essa, que se entende por ser direta, vez que traz mais vinculação mais efetivas desses direitos tão importantes, que são os direitos fundamentais.

O modelo constitucional brasileiro afastou-se daquela visão liberal de Estado e do seu corolário de que os direitos fundamentais somente são violados por entes estatais. Entretanto, não há no texto constitucional brasileiro nada que indique a vinculação direta aos direitos fundamentais apenas por parte dos Poderes públicos, com exceção, é claro, de alguns direitos que se destinam necessariamente ao Estado, como os direitos do preso, por exemplo. Partindo dessa premissa, a jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais individuais consagrados na Constituição diretamente na resolução de litígios privados, embora não se aprofunde, na maioria das vezes, na discussão sobre as teorias jurídicas acerca da forma de vinculação dos particulares a tais direitos. Ou seja, jurisprudência pátria, mesmo não se pronunciando, em regra, expressamente sobre a matéria, prefere pela aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, ainda que não seja firme o posicionamento acerca da vinculação a tais preceitos— se direta ou indireta.

A própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais, haja vista que o País ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. A subordinação jurídica do empregado é inerente ao contrato de emprego. Desta feita, muitas vezes há um abuso por parte do empregador do seu direito de direção da prestação dos serviços, e eles (empregador) impõem condições de trabalho que representam uma ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador.

Em um contrato de trabalho é notória a desigualdade das partes: o trabalhador necessita vender sua força de trabalho ao empregador, que dirige a prestação pessoal dos serviços, impondo as condições em que o labor será desenvolvido. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que tem a opção de substituir

o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Ele se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego. O que a experiência histórica demonstrou é que há uma sujeição da parte mais fraca, no caso, o trabalhador. Desse modo, o Direito do Trabalho tem por princípio tratar os desiguais de forma desigual, impondo benefícios em favor do empregado, como forma de equilibrar a relação jurídica.

A inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego seria uma forma de diminuir ou até tentar acabar com as desigualdades promovidas no ordenamento brasileiro, principalmente no tocante às injustiças sociais cometidas contra o trabalhador. Afinal, o trabalhador é sujeito de direitos trabalhistas, e ao virar trabalhador não deixa a sua condição de cidadão. Outra justificativa para a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego é a existência de subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certas faculdades para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego

A seara trabalhista brasileira, a despeito de ser um ambiente extremamente favorável a agressões contra os direitos da personalidade do trabalhador, não dispõe de um conjunto de normas infralegais aptas a regular de forma efetiva tais questões. Destarte, tendo em vista essa enorme omissão legislativa no Brasil, imperioso se faz o manejo da teoria da *eficácia imediata* dos direitos fundamentais entre os particulares integrantes da relação de emprego, como medida de reconhecimento, proteção e efetividade das liberdades públicas da pessoa do trabalhador.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais prevista nos contratos de trabalho precisa ser vista pelo Poder Judiciário. Na prática, para resolver quais bens deverão prevalecer sobre os demais, os magistrados devem utilizar a técnica da ponderação de interesses, a fim de investigar, caso a caso, a partir de critérios previamente estipulados. É através desse mecanismo que se dá segurança jurídica aos jurisdicionados, tornando as decisões mais justas, principalmente, equilibrando o exercício das liberdades constitucionais, que por sua vez, deve ser compatível com o necessário e o razoável nas relações privadas de trabalho. Assim, acredita-se que para solucionar a desigualdade presente no contrato de trabalho a vinculação direta é a solução mais admissível.

O direito fundamental à liberdade religiosa pode ser encaixado como de primeira dimensão, que, são os indispensáveis a todos os homens, são direitos que ostentam uma pretensão universalista e abstrata. Ou seja, são as liberdades individuais como a liberdade de culto e reunião, a de consciência, à inviolabilidade de domicílio, entre outros.

O direito individual à liberdade religiosa, não é apenas à prerrogativa conferida ao indivíduo de acreditar na existência de uma divindade e professar a fé respectiva, pois este direito consiste, também, em conceber o direito individual à liberdade religiosa como tripartite é mais correto. Tal direito fundamental abraça a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Desse modo, entende-se por liberdade de Crença, à livre opção religiosa do indivíduo que é assegurada pela CF/88 no ser. Art. 5º, inciso VI. A liberdade de culto consiste na possibilidade de participar ou não, individual ou coletivamente, nos referidos atos de cultos, imunes a quaisquer pressões estatais. Ao fim, a liberdade de organização religiosa, que é o direito de os grupos religiosos estabelecerem o seu modo de constituição e de funcionamento autonomamente, o que engloba, por exemplo, a forma de recrutamento e desligamento de membros, a forma de pela qual o poder é distribuído internamente, a forma de autofinanciamento e a forma de auto-regulamentação.

A proteção constitucional à liberdade religiosa não exclui conflitos ainda latentes na contemporaneidade. É preciso dominar os princípios orientadores da interpretação das normas constitucionais, pois nas relações humanas, focando-se no ambiente de trabalho, o exercício da liberdade religiosa (liberdade de culto, de organização religiosa, com ênfase na liberdade de crença) e seus desdobramentos, deve ser assegurado devido à tamanha importância que lhe foi dada pelo constituinte. Entretanto, esse exercício deve ser ponderado com o intuito de resguardar outros direitos inerentes ao indivíduo.

Esse problema se torna grande, pela ausência de literatura jurídica tratando do assunto em discussão, uma vez que como não se discute muito sobre as consequências do exercício da liberdade religiosa nas relações de emprego, e como deve ser o tratamento desse tema pelo judiciário, esses (os juízes) ao se depararem com tais situações ficam livres para decidir no sentido que lhe for conveniente já que não há uma preocupação pela jurisprudência e doutrina brasileira por tratar de tal

tema, mesmo esse sendo extremamente importante e ocorrer com frequência na seara trabalhista.

O poder diretivo advém da relação jurídica de emprego como consequência do exercício do labor. Ademais, é sabido que esse poder se completa com a subordinação, de modo que, onde existir a relação de emprego, existirá de um lado o empregador investido com o poder diretivo e outro lado o empregado subordinado a sua prestação de serviço ao empregador. Frisa-se que o empregador detém tais poderes (diretivo, fiscalizatório, regulamentar entre outros) para ter a possibilidade de dirigir a prestação de serviço, pois é ele que assume o risco da atividade econômica. O poder diretivo do empregador não é um poder absoluto, pois deve sofrer limitações ante os direitos da personalidade dos empregados, limitações estas que são trazidas pelo próprio ordenamento jurídico que confere tais poderes.

O mundo do trabalho não consegue subtrair-se totalmente à influência da religião, e nem ao menos separar a religião totalmente do trabalho, e, por isso, se faz imprescindível a tutela jurídica de interesses religiosos no ambiente de trabalho, visando encontrar um meio de convivência entre esse dois que seja ponderada e pacífica. Ocorre que há um grande vazio no contexto da efetivação do direito individual à liberdade religiosa. Falta um tratamento mais cuidadoso e sistemático pela ciência do direito do trabalho, especialmente porque nos domínios do vínculo empregatício, caracterizado por uma intensa subordinação jurídica, são os trabalhadores, na maioria das hipóteses, levados a transgredir a respeito de tais direitos

Do ordenamento jurídico brasileiro não é possível deduzir o reconhecimento ao empregador à faculdade de suprimir a liberdade religiosa de seu empregadores. Ao contrário, compreendendo que a asseguaração da expressão religiosa do trabalhador promove a sua dignidade e afirma a sua cidadania na empresa, além de refletir a ideologia constitucional no que concerne ao valor atribuído à religião e à função social da propriedade, a resposta constitucionalmente adequada ao problema passa necessariamente pela busca da máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado.

As diferentes religiões devem ser igualmente respeitadas, e a liberdade religiosa é, então, assegurada como um mecanismo necessário a manutenção da paz. Assim, a tolerâncias de diferentes interesses religiosos poderia ser vista pragmaticamente

como uma ferramenta útil para prevenir a desintegração social, que pode se seguir à exclusão das minorias. Especificamente ao contexto laboral, a proteção dos interesses religiosos se justifica a fim de permitir às minorias religiosas o acesso aos benefícios econômicos e sociais do trabalho, aumentando assim a inclusão social de grupos minoritários.

A liberdade religiosa deve ser protegida, pois: a liberdade religiosa deve ser protegida porque ajuda a sustentar a diversidade em nosso mundo, já que contribui para a preservação e ampliação da variedade de manifestações culturais e tradições que podem ser vistas no meio das diferentes nações e povos, assegurando assim um nível de escolha de práticas culturais para as futuras gerações. Além disso, sustenta-se que a religião contribui para criar coesão social e para auxiliar os indivíduos a viverem de modo moralmente responsável. E, por último, a mais forte justificativa para a proteção do fenômeno religioso pode ser encontrada na autonomia e na dignidade dos seres humanos.

O estudo de casos, realizado nesta pesquisa, revelou que o ambiente de trabalho propicia o recrudescimento da intolerância velada e, pior, da violação ao direito de liberdade religiosa do trabalhador.

E a partir do estudo de casos que se enquadra a noção de assédio moral por motivos religiosos. Um caso típico é o proselitismo religioso efetivado no ambiente de trabalho, prática a que esta pesquisa considera vedada tanto por parte do empregado, quanto por ato do empregador.

A autonomia da vontade e a liberdade de religião denotam a necessidade de se buscar bases racionais para solucionar os conflitos surgidos entre estes e outros princípios, cujos titulares são indivíduos que se relacionam entre si. E este o contexto onde a eficácia horizontal dos direitos fundamentais mostra-se adequada como forma de solução para as eventuais restrições advindas desta seara.

O que fundamenta racionalmente a aplicação das teorias da eficácia horizontal, principalmente a eficácia direta, e a técnica de ponderação de interesses, a qual impõe o mínimo de prejuízo a um princípio, na mesma proporção em que se tenta realizar ao máximo o outro princípio colidente.

Ressalta-se que quaisquer que sejam os métodos adotados para seleções de candidatos à vaga de trabalho, a contratação de emprego deve-se limitar a avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções para qual ele será contratado.

As relações de emprego têm objetivos preponderantes como o financeiro e econômico, tanto pela parte da empresa quanto da parte dos empregados, afinal é dessa relação que se obtém as condições mínimas de subsistência. É justamente em razão desse objetivo maior que é obter a sua subsistência, afinal é através do labor que as pessoas na sociedade atual adquirem o seu salário mesmo que esse seja mínimo, que defende-se nessa pesquisa que o empregador pode exercer o poder diretivo e/ou disciplinar diante de situações de proselitismo nas relações de emprego.

Também pela análise dos casos, considera-se que a situação de no ambiente de trabalho existir a tentativa de se conseguir adeptos é uma ofensa à interesses transindividuais dos trabalhadores, no caso a liberdade de crença e também o meio ambiente do trabalho. Isso porque as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos causam profundo mal-estar, mais ainda quando provêm de superior hierárquico, por isso é que entende-se por ser proibido o proselitismo religioso no local da empresa, durante o horário de trabalho, e, também no intervalo intrajornada, visando uma boa convivência no ambiente de trabalho, e isso é um dever do empregador, já que este é o representante da empresa, e, também por ser quem ocupa uma posição de maior hierarquia nas relações de emprego.

A religião não pode ser obstáculo para o acesso ao trabalho, entretanto o trabalhador não poderá exigir que a empresa altere seu sistema. No caso de candidato ter restrições para trabalhar em algum dia da semana devido às suas convicções religiosas, ele deve informar a impossibilidade de alteração, de modo a dar oportunidade de o trabalhador decidir se aceita ou não a proposta. Se a alteração do dia de guarda for uma novidade, a empresa deve respeitar a religião e a liberdade de crença do trabalhador. O empregado pode se ausentar do trabalho, avisando antecipadamente ao empregador, desde que compense ausência em data a ser estipulada e se este não aceitar o pedido, como já mencionado, poderá o trabalhador requerer judicialmente a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por entender que a liberdade religiosa não é absoluta, devido aos princípios da isonomia de tratamento dos empregados às restrições de organização do sistema da empresa. Por isso, afirma-se que a recusa a trabalhar no dia de guarda é legítima caso tenha sido estabelecido contratualmente, caso contrario, o empregado ficará sujeito às adequações para compensação estabelecidas nas disposições contratuais. E, por fim, fica a critério de o empregado pedir demissão caso não exista acordo com a empresa.

Por fim, entende-se que não é possível em havendo incompatibilidade com o poder diretivo e a liberdade religiosa, o empregador demitir o empregado por motivo de crença, e se assim o fizer, tal demissão deverá ser enquadrada como ilegítima.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

\_\_\_\_\_. Apud GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.82.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf)>. Acessado em: 06/05/15.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** 1996.

BARRETO, Stenio de Freitas. **Direito e Liberdade Religiosa à Luz da Constituição Brasileira – Uma interpretação crítica**. Disponível em: < <https://direitoereligiao.wordpress.com/2010/01/09/artigo-direito-e-liberdade-religiosa-a-luz-da-constituicao-brasileira-uma-interpretacao-critica/>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2.. São Paulo: Saraiva.1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997

BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1934.

**BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 811608 I RS RECURSO ESPECIAL 2006/0012352 -8**, Ministro Relator Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgamento em 15/05/07. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930399/recurso-especial-resp-811608-rs-2006-0012352-8/relatorio-e-voto-1409602> >. Acesso em: 07 jun. 2015.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.2215 – Proc. 45874-1021**. Recorrente: SPD automóveis Ltda. Recorrido: Andrade Cunha Limeira Ltda. Relator: Min. Mário Henrique Gomes Fragoso. Brasília, DJ 22 nov. 1999. Disponível em: < [www.stj.jus.br/fgr/p34.vs.ft/apc.223158](http://www.stj.jus.br/fgr/p34.vs.ft/apc.223158) >. Acesso em: 25 mar. 2010.

**BRASIL. Tribunal Superior Trabalhista. Recurso de Revista 17359020125090028**. Ministro-Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data da Publicação: DEJT 20/02/2015. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168422076/recurso-de-revista-rr-17359020125090028> Acessado 04/05/20.

**BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo nº Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101** Ministra Redatora: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 05.08.2011, Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-10550032.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACxIAAO&dataPublicacao=05/08/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-10550032.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACxIAAO&dataPublicacao=05/08/2011&query=eficácia%20horizontal%20direitos%20fundamentais)>. Acesso em: 04 maio. 2015.

**BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo n. Recurso de Revista 458400-06.2003.5.09.0019**, Ministro-Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 18.03.2011. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficácia%20horizontal%20direitos%20fundamentais)>. Acesso em: 04 maio. 2015.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de Janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

**BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário n. 158215-4**, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. De Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra : Coimbra, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. **Liberdade Religiosa como Direito Fundamental**. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p.186.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm , 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais** . 2. ed ., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1998.

GEDIEL, José Antônio Perez. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade do trabalhador**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. *Org.* Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARVEY, John H. & ALENIKOFF, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul: West Group, 1999, pp. 793-800. Apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GÓES, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008.

GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SARMENTO, Daniel; PEREIRA, Cláudio (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**.17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008.

LAMARCA, Antônio. **Manual das Justas causas**. Ed. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 1977.

LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Texto extraído do Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 de junho de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>. Acesso em: 15 ago. 2008.

MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. – Coimbra: EditoraCoimbra, 1996.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Dissertação de mestrado. – Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010.

MANTOVANI JR., Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. **O direito à intimidade do empregado e à possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador.** *Revista LTr - Legislação do Trabalho.* São Paulo, 73, 07, p. 818/828, jul. 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Ravena Seida Tavares de. A liberdade religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência. **Proteção à liberdade de culto: o sacrifício de animais promovido pelas religiões de matriz africana e a sua conformidade com a legislação pátria.** 2012. Artigo. (Curso de Graduação de Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os direitos Fundamentais e seu Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** *Revista Juridica Virtual.* Brasília, vol.02, n.13, junho de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/ver\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/ver_14/direitos_fund.htm). Acesso em: 20 de março de 2015.

MENDES, G; COELHO, I; GONET BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direitos Constitucional,** Tomo IV, 2. Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.

**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, O. Declaração Universal dos Direitos Humanos.Comunicação & Educação,** Brasil, v. 1, n. 3, 2008.Disponível em: <http://200.144.189.42/ojs/index.php/comeduc/article/view/4250>. Acessado em 03 jun. 2015.

Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas.** Salvador: Juspodivm, 2008.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_roberto\\_freire\\_pimenta.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf) acessado 04 de maio de 2015.

RÊGO JÚNIOR, João Batista do. **Discriminação por motivos religiosos.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28944/discriminacao-por-motivos-religiosos#ixzz3cavueki0>> Acessado em: 09/06/2015.

RIBEIRO, Rafael. A tutela à liberdade religiosa no Estado da Bahia: a histórica (in)visibilidade seletiva e sua influência axiológico-normativa na hermenêutica constitucional. *In.* SILVA NETO, Manoel Jorge e (Coord.). **A liberdade religiosa em questão,** 2014.

RIOS, Silvia Carine Tramontin. **A invasão do direito à intimidade e a vida privada do trabalhador na fase pré-contratual.** Disponível em: <[www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br)> Acesso em: 29 mai. 2015.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** 5..ed. São Paulo: LTr, 2014.

SAICHES, Recaséns *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008.

SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloísio dos. **A liberdade de Organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. -São Paulo: Mackenzie, 2007.

\_\_\_\_\_. **LIBERDADE RELIGIOSA, IGUALDADE, TOLERÂNCIA E PROSELITISMO RELIGIOSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, disponível em:  
<[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/educacao\\_julho2008/.../con1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/educacao_julho2008/.../con1.doc)>. Acessado em: 21/10/14.

\_\_\_\_\_. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SARLET, Wolfgang Ingo, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v.1 , 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 22 de Março de 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

SILVA, Maiana Guimarães de Souza e. A liberdade religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência. **A liberdade religiosa em questão**. 2012. Artigo. (Curso de Graduação de Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional** – 6. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p.29. Disponível em:  
<[http://dstic.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/vaz\\_contedo\\_essencial.pdf](http://dstic.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/vaz_contedo_essencial.pdf)>, em: 24. Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional.**- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

SILVA, Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. **Relação de trabalho – em busca de um critério científico para a definição das relações de trabalho abrangidas pela nova competência da justiça especializada.** Disponível em:  
<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125424/Rev26Art4.pdf/01c923c7-9536-47e2-9b4a454a370de845>. Acesso em: 14 maio. 2015.

SILVA, Edfre Rudyard da.; TIFALDI, Thiago. Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito *In*: LAZARI, Rafael José Nadim de.; BERNARDI, Renato.; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **A religião nas forças armadas e auxiliares.** ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa.** Coimbra: Coimbra, 1984.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** Malheiros Editores, 2004.

SIMM, Zeno. **Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo: Revista LTr, volume 69.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento civil-constitucional Brasileiro in** Temas de Direito Civil. *Coord.* Gustavo Tepedino. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** *In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. *org.* Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares.* *In* **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** *org.* Daniel Sarmiento Ro de Janeiro: Editora Lumen Juris, 200a.

VASCONCELLOS, Marcos de. **Religião é ponto cego em tribunais trabalhistas.** Disponível em:  
 <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/religiao-funcionario-ponto-cego-tribunais-trabalhistas>>  
 Acessado em: 09 de jun. 2015.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador.** São Paulo: LTr, 1996.

VIDA, Samuel Santana. **Sacrifício animal em rituais religiosos: liberdade de culto versus direito animal (Parte 1).** Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, BA, v.2,n.2.,p217, jan 2007.

VIEHWEG, Theodor. *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa.** Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2008.

Weingartner Neto, Jayme, **Liberdade Religiosa na Constituição** – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva 2011.