

DIREITOS FUNDAMENTAIS X LIVRE INICIATIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES INTELLECTUAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, EM SINTONIA COM AS EXIGÊNCIAS DA LIVRE INICIATIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES RESOLUTÓRIAS DAS TENSÕES RESPECTIVAS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Alexandre Agra Belmonte

100

Doutor em Justiça e Sociedade pela Universidade Gama Filho, mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Gama Filho; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, vice-presidente da Academia Nacional de Direito Desportivo; professor do Curso de Direito do Centro Universitario IESB; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

1. Liberdade

São direitos fundamentais as prerrogativas fundadas na dignidade da pessoa humana, visando assegurar-lhe liberdade, igualdade e tratamento solidário, como instrumentos destinados a propiciar-lhe a participação ativa em sociedade e justas oportunidades para o alcance das aspirações e dos bens da vida.

Segundo Romita (2005, p. 36), são “aqueles que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoas humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.

Liberdade é o direito fundamental conferido à pessoa humana de pensar e agir segundo a própria determinação. É um direito que dá ao indivíduo o poder de locomover-se e circular livremente e de fazer as suas escolhas, expressar as suas opiniões, sentimentos e convicções e atuar, nos limites da lei (art.5º, II, CF). É, enfim, o poder de autodeterminação, sem o qual não é possível o alcance da dignidade.

A dignidade consiste no respeito às qualidades essenciais para propiciar a existência da pessoa humana como ser integral e essa existência integral só está ao seu alcance quando lhe é permitido o desenvolvimento, com liberdade, sem discriminação, em igualdade de oportunidades e com garantia de tratamento solidário e justo, da autonomia espiritual e da participação ativa no próprio destino e na vida em sociedade. Os direitos e garantias fundamentais previstos nos arts. 5º a 17 da CF/88 visam assegurá-la.

Um dos três lemas da Revolução Francesa, as liberdades constituem os direitos civis e políticos fundamentais de primeira geração, como prerrogativas oponíveis contra os abusos do poder do Estado.

Ocorre que grupos privados também exercem poder, favorecendo a verificação de abusos nas relações entre particulares e propiciando condutas lesivas à dignidade humana, pelo que verificou-se a necessidade dos direitos fundamentais atuarem não apenas em face do poder público do Estado, mas também nas relações privadas.

Ora, nas relações de trabalho o poder do empregador é, em relação ao trabalhador, fator de desequilíbrio.

Com efeito, o empregador tem o poder organizacional da atividade, de determinar o conteúdo e o modo da prestação subordinada de serviço, de produzir e impor regras de obediência (de funcionamento interno e de controle da prestação de serviços) e ainda pode aplicar sanções pelo descumprimento. Essa características, inerentes ao contrato de trabalho e ao ambiente em que ele se desenvolve, são suscetíveis de impor limitações às liberdades do trabalhador, gerando a sua hipossuficiência e propiciando abusos no exercício do poder diretivo.

Assim, além da garantia prestacional do Estado, de intervenção por meio da regulação de direitos sociais individuais e coletivos destinados à recomposição da igualdade de fato (arts. 7º a 11, da CF), também devem incidir ou nelas repercutir outros direitos fundamentais que permitam ao trabalhador, livre perante o Estado, almejar ser livre também perante o empregador (arts. 5º, I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII, XIV, XVI, XVII, XX, XXVII, XLII, 6º, 12, II, §2º, 170 e 220, *caput*, da CF).

Daí decorre que a liberdade é, portanto, um direito fundamental oponível tanto contra o Estado, como também, nas relações privadas de trabalho, contra o empregador.

Sabido que a liberdade é um direito fundamental; que deve repercutir nas relações privadas; e, que o trabalhador, como ser integral, tem esse direito garantido também nas relações de trabalho, indaga-se: a) que tipos de liberdade podem se manifestar no ambiente de trabalho? b) existe limitação para o exercício dessas liberdades? c) que restrições são inadmissíveis? d) como conciliar as exigências da livre iniciativa e as características do contrato de trabalho, que são fatores naturalmente limitadores da liberdade do empregado, com o direito fundamental ao exercício das liberdades?

2. Que tipos de liberdade podem se manifestar no ambiente de trabalho?

Além de outras:

- *a física da pessoa humana*, abrangente dos direitos de livre locomoção livre e de livre circulação (art.5º, XV e LIV, da CF);
- *de autodeterminação* (art.5º, II);
- *de consciência e crença e de convicção filosófica e política* (art.5º, VI e VIII);
- *de manifestação do pensamento e de expressão individual* (arts.5º, IV e IX);
- *de informação* (art.5º, XIV);
- *de associação, reunião e de expressão coletiva* (art.5º, XVI, XVII, XVIII, XX, 8º, caput e 9º)
- *de ação profissional* (art.5º, XIII);
- *de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem e sigilo da correspondência e comunicações* (art.5º, X e XI).

O empregador não pode impedir o trabalhador de sair da empresa ou de comunicar-se externamente com quem quer que seja; de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, exceto em virtude de lei e do contrato, respeitados a moral e bons costumes; de ter e exercer as suas convicções pessoais e crenças; de exteriorizar o pensamento e livremente expressar-se; de ser informado e informar-se; de se associar, reunir-se e fazer greve; de escolher e exercer livremente trabalho ou profissão.

Outrossim, o empregador não pode agir de forma a invadir a intimidade, vida privada e correspondência do trabalhador ou violar a sua honra e imagem.

Verifica-se, portanto, que além dos direitos sociais específicos dos trabalhadores, previstos nos artigos 7º a 11, da CLT, há direitos igualmente fundamentais, aplicáveis à pessoa humana em geral, que também repercutem nas relações de trabalho.

Como objeto do estudo proposto, vamos nos ater às liberdades de consciência e crença e de manifestação do pensamento e de expressão, que compõem a liberdade de pensamento em sentido amplo e verificar a sua incidência e efeitos no ambiente de trabalho.

3. Liberdade de pensamento

A liberdade de pensamento em sentido amplo abrange o livre pensamento, que é o seu caráter interno ou subjetivo, e a exteriorização do pensamento, que é o seu aspecto externo ou objetivo. Diz respeito tanto ao poder do indivíduo de fazer as escolhas internas de consciência e crença, como ao de fazer atuar essas escolhas por meio de cultos e liturgias, de reuniões de cunho político, religioso e sindical com as respectivas ideologias, de manifestar opiniões, emitir juízos de valor, de expressar o conteúdo de sua atividade de criação (intelectual artística e científica) e de comunicar-se.

Contudo, o trabalhador é livre para manifestar as suas convicções e crenças também no ambiente de trabalho ou o contrato de trabalho lhe impõe limitações – e até que ponto- a esse direito fundamental?

Em outras palavras, se o trabalhador é um ser integral, ao qual a Constituição garante, como cidadão, o direito de formar as suas convicções e crenças e de exteriorizar o seu pensamento, há limites para o seu exercício no ambiente de trabalho?

Para se ter uma ideia da dimensão dos problemas que podem ocorrer no cotidiano das empresas, apresentamos as seguintes indagações:

-É ofensiva à liberdade ideológica do trabalhador a dispensa de um empregado de uma fundação destinada a ajudar imigrantes, que fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país?

-É atentatória da liberdade de expressão do trabalhador a dispensa de um professor de religião de uma escola católica, por ter a diretoria descoberto que, conversando com os alunos no intervalo das aulas, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos? E se se tratasse de um professor de matemática?

-É atentatória da liberdade de expressão a dispensa de um professor, por ter a direção da escola onde trabalha descoberto que é autor de um livro erótico?

-É atentatória da liberdade de crença a despedida, por justa causa, de um professor de uma escola judaica, por ter resolvido pregar em sala de aula o antisemitismo?

-Poderia um trabalhador que usa barba com um dos mandamentos de sua religião alegar discriminação religiosa ou restrição indevida de sua liberdade de religião e postular indenização por danos morais, porque a sua admissão em vaga para trabalhar na cozinha de um restaurante foi negada por ter se recusado a retirá-la (apesar de alertado para o fato

de que assim exigiam as normas sanitárias e de higiene vigentes naquele estabelecimento)?

-Pode um trabalhador, invocando a liberdade de consciência, se recusar a atender um passageiro de uma companhia aérea, sob a justificativa de ter integrado a ditadura militar ou de ter sido um de seus torturadores?

De igual sorte, poderia um garçom recusar-se a continuar atendendo uma mesa em que o cliente por duas vezes a ele se dirigiu de forma agressiva ou ofensiva? Ou, sendo judeu, recusar-se a continuar atendendo uma mesa em que os integrantes estão abertamente a defender ideais nazistas, entre eles a morte de judeus?

Os católicos observam o domingo como dia de guarda, enquanto os judeus e os adventistas do sétimo dia entendem que esse dia recai no sábado e os muçulmanos que a sexta-feira é dia santo. Que procedimento deve o empregador adotar diante do interesse de cada fiel, de que o descanso semanal recaia no dia correspondente à sua crença?

-Pode o empregador convocar os empregados à participação obrigatória em culto ou festa da Natal?

As entidades de tendência se caracterizam por estarem dirigidas à difusão ou promoção de certa ideologia. Imaginemos então as seguintes hipóteses:

a) a de um apresentador de horário nobre de um canal de televisão, encarregado de disseminar a doutrina evangélica, que resolve, publicamente, assumir a sua condição de homossexual e passa a viver com um companheiro. Ele pode ser despedido por contrariar a orientação religiosa do empregador?

b) a de um vigilante da entidade detentora da concessão do canal de televisão e de um jardineiro de uma capela católica, que assumem a condição de homossexual e igualmente passam, cada qual, a viver com um companheiro.

Eles podem ser despedidos por contrariarem a orientação religiosa do empregador?

- Atenta contra a liberdade política a despedida de trabalhador que se manifesta contra o candidato que o empregador apoia no interesse do seu empreendimento ?

-Pode o jornalista empregado se recusar a veicular notícia capaz de lesar a sua consciência profissional e prejudicar a sua dignidade?

-Pode o jornalista empregado postular a rescisão indireta do contrato em caso de mudança radical da linha editorial do empregador, que passa a perseguir escândalos e notícias sensacionalistas?

-O empregado tem o direito de receber no trabalho correspondência enviada pela entidade sindical, o de abri-la e de tomar conhecimento do conteúdo durante o expediente ou a vedação fere a liberdade sindical, que é uma liberdade de expressão coletiva?

O direito à informação diz respeito ao direito de transmitir e colher informações e de ser mantido informado. Distingue-se da liberdade de expressão, relacionada ao direito de exteriorizar pensamentos, crenças, idéias, opiniões e juízos de valor. Indaga-se então o que está o empregador obrigado a informar ao empregado, o que cabe a este espontaneamente informar e o que o empregador não pode exigir que o empregado informe?

-Atenta contra a vida privada e liberdade sexual o rompimento do contrato de trabalho mantido com a apresentadora de um programa infantil, que resolve participar de um filme pornográfico ou que, frequentadora assídua da noite, constantemente se envolve em brigas e escândalos?

As hipóteses acima apresentadas colocam em confronto, de um lado, a liberdade de pensamento em seus mais variados aspectos e, de outro, o poder diretivo do empregador, decorrente da liberdade de iniciativa e do estado de subordinação caracterizador do contrato de trabalho. Ambos são direitos fundamentais, pelo que indaga-se: -qual deve prevalecer?

Como a legislação brasileira é omissa em relação à matéria e os conflitos a ela relacionados se avolumam, verifica-se a atualidade e importância do tema proposto, qual seja, a investigação do espaço que tem o trabalhador para manifestar as suas convicções, até que ponto pode livremente transferi-las para o serviço executado, sem interferir no direito alheio e qual o limite das sondagens que o empregador pode fazer para a verificação do perfil do trabalhador e de sua adequação para o cargo que pretende preencher.

2. Livre iniciativa, poder diretivo e seus limites

Nos termos do art. 170, *caput*, da CF, a ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é fundada, entre outros, nos valores sociais do trabalho humano e na livre iniciativa.

A livre iniciativa compreende a liberdade de empresa, ou seja, a de criar, organizar e definir o objeto de atividade econômica direcionada ao acesso ao mercado. Envolve o trabalho humano e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa na execução desse trabalho.

Como o trabalho é o veículo de inserção do trabalhador no sistema econômico e de distribuição de renda, para o fim de propiciar-lhe o acesso aos bens da vida deve ser respeitado o seu valor social. Essa valorização é que permitirá, com igualdade de oportunidades, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I, CF), que objetiva erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III, CF).

O trabalho não é, contudo, apenas o veículo de atendimento das necessidades de existência do ser humano. É também forma dele alcançar a realização. Por meio do trabalho o ser humano se mantém e desenvolve as potencialidades, agindo e participando da sociedade, na busca uma vida plena e aberta a oportunidades. Assim, é preciso assegurar que o trabalho se desenvolva em condições dignas (FREITAS JÚNIOR, 2006, p. 104).

Tem-se, portanto, que se o valor é um atributo destinado a dar dignidade ao ser humano e o trabalho é um valor, o valor social do trabalho deve corresponder a tudo aquilo que qualifica o trabalho como meio de subsistência, de progresso material, espiritual e de realização do ser humano como parte do grupo social que integra.

Logo, se os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho são destinados ao alcance, com liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade, do desenvolvimento espiritual da pessoa humana e do seu progresso material, necessitam ser integrados pelos direitos e garantias fundamentais que assegurem a sua concretização, entre eles, a liberdade.

Assim, no exercício dos direitos de liberdade, o trabalhador pode, livremente, ter as suas convicções e crenças, votar no político de sua preferência, relacionar-se

intimamente com as pessoas do seu agrado, manter correspondência com quem desejar, associar-se a sindicato, frequentar as reuniões correspondentes, votar e ser votado.

Ocorre que se os direitos fundamentais visam proteger o homem em sua integralidade, abrangendo, em sede de liberdade de pensamento, o respeito às suas convicções e crenças, atos, opiniões e juízos de valor, nem todas as posturas e atividades adequadas à vida privada do trabalhador são condizentes com a vida pública, na qual está inserida a atividade profissional. Em outras palavras, podem não se ajustar à boa-fé e lealdade contratuais.

Com efeito, o empregado tem o direito de externar as suas convicções e opiniões pessoais, mas não lhe cabe fazê-lo perante o cliente em relação a uma mercadoria na qual atua na condição de vendedor, dizendo, por exemplo, que é uma droga, dá defeitos constantes e que a oferecida pela empresa concorrente é mais barata e de melhor qualidade.

O trabalhador tem o direito de ter as suas crenças e aderir às liturgias. Mas não o de ostensivamente usar colares de umbanda em um colégio católico.

O empregado é livre para manter relacionamento íntimo com colega de trabalho. Mas não o de ser visto se esfregando com o parceiro nos banheiros e escadas do ambiente de trabalho.

O jogador de futebol é livre para ter a sua vida privada, mas nem por isto lhe é autorizado ficar assiduamente até altas horas da madrugada em boates ou ingerindo bebida alcoólica, de forma a prejudicar o seu rendimento no trabalho, como atleta em relação ao qual se exige vigor físico e alto rendimento.

Tem-se, portanto, que quando o empregado se vincula ao empregador por meio de um contrato de trabalho, ele se submete ao seu poder diretivo e a restrições inerentes ao conjunto de prerrogativas dirigidas à administração da estrutura, em relação à qual está vinculado.

O poder diretivo, que compreende aspectos organizacionais, disciplinares, regulamentares e de controle, e assim divide-se em *poder de organização*, *poder regulamentar*, *poder de controle ou fiscalização* e *poder disciplinar*, atua, na execução do contrato de trabalho, como fator limitador do exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, entre eles, as liberdades.

Mas quais são os limites do poder diretivo do empregador?

Na execução do contrato, principalmente em virtude do estado de subordinação em que o trabalho é realizado, não há dúvidas de que o poder de comando, quando indevidamente utilizado, é veículo propício ao cometimento de abusos, que podem atingir aspectos morais e patrimoniais do trabalhador.

Tem-se, portanto, que o poder diretivo e o correlato estado de subordinação representam potencial risco ao desenvolvimento da personalidade do trabalhador e, conseqüentemente, à sua dignidade.

Daí resulta que o poder diretivo tem por limite os direitos fundamentais do trabalhador, posto que a respectiva ofensa termina por atingir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, entendido este como o meio econômico necessário à percepção dos bens da vida e de realização.

Enfim, se os direitos fundamentais do trabalhador são limitados pelo poder diretivo, verifica-se que estes também não podem ser exercidos sem limitação.

Indaga-se, por consequência, quais são esses limites e como fazer o ajuste ou harmonização entre o poder diretivo, decorrente da liberdade de iniciativa e as liberdades do trabalhador, em que estão inseridos todos os aspectos da liberdade de pensamento.

4. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na interpretação das tensões entre direitos fundamentais e sua delimitação

Como então resolver a questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho, ou seja, da compatibilização da liberdade de empresa com os direitos fundamentais do trabalhador, se tais direitos não são hierarquizados?

Na otimização das regras e princípios constitucionais, costumam ser utilizados dois princípios: o alemão da proporcionalidade e o estadunidense da razoabilidade, que atuam de modo distinto.

A proporcionalidade, que surgiu no Estado liberal como reação ao Estado absolutista num sistema romano-germânico e, portanto, escrito de Direito (*civil law*), como freio aos desmandos do monarca, para limitação dos excessos, busca da adequação ou pertinência, necessidade ou exigibilidade de um direito, na ponderação comparativa de interesses ou direitos.

O subprincípio da ponderação (ou da proporcionalidade em sentido estrito) enseja, quando incidente mais de um direito fundamental sobre o caso concreto, o balanceamento, de maneira que, ajustados em peso e importância, continuem a reger o caso concreto. O sopesamento de fins a serem alcançados e de bens e interesses protegidos diante da situação concreta é que determinará que princípio, segundo os valores vigentes, deve atuar com mais intensidade para a resolução da tensão.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito aos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto na verificação da adequação e necessidade, recorre-se às possibilidades fáticas.

A razoabilidade, que surgiu de tensões sociais num sistema anglo saxão ou não escrito de Direito (*common law*), sem a intenção de limitar o poder soberano, busca o exercício racional, moderado, comedido do próprio direito, ou seja, sem compará-lo a outro. Em termos de equidade, impõe a harmonização da norma geral com os casos individuais, de modo a compatibilizar as normas gerais e abstratas com as individualidades do caso concreto. Sob o ponto de vista da congruência, exige sintonia entre as normas e as suas condições externas de aplicação.

O sistema brasileiro aceita ambos, concomitantemente. Como exemplo, o parágrafo único do art.944, do Código Civil brasileiro, que determina a aplicação do princípio da proporcionalidade na aferição do dano em sua extensão, mas igualmente impõe a aplicação do princípio da razoabilidade para o ajuste equitativo da indenização se verificada a desproporção diante das circunstâncias do caso concreto.

Em resumo, em ocorrendo colisão entre normas (princípios e regras) constitucionais quanto aos bens juridicamente protegidos, no caso, entre o poder diretivo decorrente da livre iniciativa e os direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, a doutrina propõe a observância dos princípios da unidade da Constituição (interpretação da Constituição como sistema integrado de valores, princípios e regras jurídicas), da concordância prática ou harmonização (compatibilização ou ponderação dos valores para a maximização da observância e minimização das restrições, de modo que não se atribua prevalência absoluta de um sobre outro) e da proporcionalidade (necessidade ou exigibilidade, adequação dos meios e ponderação de interesses segundo o peso ou importância dos princípios no caso concreto) ou razoabilidade.

Utilizadas essas noções, torna-se preciso investigar, levando-se em conta a unidade da Constituição, se o ato patronal, por exemplo, de coibir uma manifestação de trabalhadores; de proibir o uso de certa vestimenta no ambiente de trabalho; ou, de repreender o professor quanto à sua conduta em sala de aula, na ponderação dos valores que informam os princípios e regras constitucionais dos bens jurídicos em tensão, foi adequado, necessário e proporcional. Em sentido inverso, se a liberdade de expressão e de manifestação do trabalhador foi abusiva ou exercida nos limites do razoável.

Ora, o trabalhador tem o direito, com base no princípio da livre iniciativa, de abrir o próprio negócio, mas não tem o de concorrer com o empregador, sem a sua autorização, o que faz pressupor o abuso no exercício dessa liberdade, com fundamento na concorrência desleal.

O trabalhador tem o direito de ter as suas crenças e de aderir às liturgias correspondentes, mas não o de usar colares de umbanda durante o expediente em um colégio católico.

Faz parte da liberdade o direito que tem o trabalhador de associar-se ou não a sindicato, comparecer às reuniões, votar e ser votado e manifestar as suas convicções a respeito ou sobre outros assuntos, mas não lhe é permitido fazer discursos e campanhas durante o expediente e realizar atos de policiamento ideológico.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Os limites ao exercício das liberdades dependem, nas relações de trabalho, do ajuste entre os direitos fundamentais aplicáveis aos trabalhadores, previstos na Constituição e os demais direitos fundamentais, entre eles o poder diretivo, decorrente do princípio da livre iniciativa.

5. Critérios para o estabelecimento de limites da liberdade de pensamento do trabalhador

Verificamos que os limites à liberdade de pensamento e seus componentes –no caso, as liberdades de consciência, crença, de manifestação do pensamento, de expressão, de comunicação e de informação- dependem do ajuste entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, previstos na Constituição e os direitos e liberdades igualmente assegurados pelo ordenamento, entre eles o poder diretivo, decorrente da liberdade de iniciativa, igualmente de natureza fundamental.

Por um lado, o exercício, pelo trabalhador, de seus direitos fundamentais não pode atentar contra a realização da finalidade principal da empresa e nem gerar o descumprimento do contrato de trabalho, estabelecido com base na boa-fé e na lealdade.

Por outro, o poder diretivo, decorrente da livre iniciativa, não pode ofender a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Do exposto, resulta que as tensões entre direitos fundamentais dos trabalhadores e liberdade de iniciativa devem ser analisadas em concreto. As prestações das partes, inerentes ao contrato e sua funcionalidade, estão sujeitas à interpretação e aplicação do direito, de modo a obter-se a concordância prática, resultante da Constituição como unidade. A máxima efetividade dos valores constitucionais ou sua otimização, leva à ponderação dos interesses em questão, na busca da harmonização da ampla liberdade com a mais ampla autonomia negocial. E essa efetividade deve ser obtida por meio do princípio da proporcionalidade, que conjuga, a um só tempo, necessidade, adequação e vedação ao excesso.

Mas é possível estabelecer critérios para resolver essa tensão?

Fábio Rodrigues Gomes³⁸, sustenta que sim e propõe critérios que, aplicados às relações trabalhistas, serviriam para a verificação da legitimidade da conduta patronal diante da tentativa de limitação do direito fundamental. São eles:

- a) a identificação do direito fundamental sob restrição (pelo ato patronal);
- b) a delimitação da finalidade da limitação do direito fundamental (motivo);
- c) verificação da adequação ou pertinência entre a limitação ao exercício do direito fundamental em análise e a atividade do trabalhador (coerência, em tese, da limitação imposta);
- d) a identificação, no caso avaliado, do grau de coerência entre a limitação e a atividade do trabalhador na empresa:
 - d.1) se forte ou mais intensa, a análise da extensão do ato sob o postulado da proibição do excesso (razoabilidade);
 - d.2) se fraca ou menos intensa, a ponderação dos bens em confronto, para o estabelecimento de uma relação de preferência, segundo o peso e importância (proporcionalidade).

³⁸ Cf. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol.71, nº3, set/dez 2005, Brasília, pp.47-77.

Aplicando os critérios metodológicos acima apresentados, verificamos ser possível estabelecer soluções para as mais diversas hipóteses, a saber:

Caso 1: a diretoria de uma escola católica resolve despedir, por justa causa, um professor de religião ao descobrir que no decorrer do ano letivo, o docente, indagado pelos alunos, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos.

Identifica-se a liberdade de expressão (e de cátedra) como o direito fundamental sob limitação.

Verifica-se que há justificativa para a limitação: evitar que os alunos tomem contato com ideologia diferente da ensinada pela escola, sob o pressuposto de que a escolha da escola com a ideologia por ela ensinada foi, presumidamente, o motivo determinante para que os pais dos alunos, por vontade coletiva, ali os matriculassem.

Há, portanto, coerência entre a limitação para que o professor não divulgue doutrinas ideológicas distintas da ensinada pela escola e a atividade profissional por ele exercida. Essa coerência seria fraca, se se tratasse de um professor de matemática, que não é o profissional encarregado de divulgar a doutrina ideológica, não lhe sendo vedado, quando indagado e sabedor de tratar-se de uma instituição de tendência, moderadamente manifestar a sua convicção pessoal. Mas seria forte se partisse de professor de religião, encarregado do ensino da doutrina ideológica da instituição ligada à igreja católica.

Em se tratando de professor de matemática, na ponderação entre a liberdade de expressão e a autonomia privada da escola católica, a conduta patronal, embora adequada à promoção do fim almejado (impedir a divulgação de ideias contrárias às suas no interior do estabelecimento) e necessária (por não existir meio alternativo igualmente eficaz na promoção do fim pretendido), o ato patronal teria se mostrado desproporcional, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador não justificaria o grau de limitação imputado à liberdade constitucional do empregado, que teria exteriorizado ideologia distinta em sala de aula não como objeto de seus ensinamentos, mas puramente de acordo com as suas convicções e crenças pessoais.

Solução distinta se aplicaria ao professor de religião nas mesmas condições. A sua atitude atentaria contra a boa fé e lealdade inerentes ao contrato, inviabilizando a sua continuidade e levando à despedida por justa causa como resposta proporcional e adequada à conduta.

Caso 2: emissora de TV resolve despedir, por justa causa, uma apresentadora de programa infantil de TV que em meio ao contrato resolve participar de um filme pornográfico.

Aqui também identifica-se a liberdade de expressão como o direito fundamental sob limitação.

Verifica-se que há justificativa para a limitação: evitar que os telespectadores infantis tomem contato com conduta distinta do padrão comum, capaz de influenciar a sua formação moral.

É lícita a participação em filmes pornográficos, como também é lícito apresentar programa infantil de televisão. Mas o exercício das duas atividades pela mesma pessoa é incompatível.

Há, portanto, coerência entre a limitação para que apresentadora tenha conduta privada compatível com a atividade profissional por ela exercida na empresa. E essa coerência é forte.

Com efeito, na ponderação entre a liberdade de expressão e a autonomia privada da concessionária, a conduta patronal de despedir a apresentadora por justa causa revelou-se adequada à promoção do fim almejado e, portanto, proporcional, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador justificou o grau de limitação imputado à liberdade constitucional da empregada.

Sendo forte o grau de coerência, porque os atos relatados da vida privada repercutem no contrato de trabalho, com influência na formação moral dos telespectadores infantis, verifica-se que a resposta patronal foi adequada, necessária e proporcional à conduta.

Caso 3: uma fundação destinada a ajudar imigrantes resolve despedir, por justa causa, um empregado que fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país?

Nesta hipótese identifica-se a liberdade ideológica como o direito fundamental restringido pelo empregador e como justificativa para a limitação a necessidade de evitar o desacordo ideológico interno a respeito do cerne da atividade desempenhada pela fundação (defesa de imigrantes).

Sendo o empregador uma organização de tendência, há forte relação de coerência entre a restrição do direito fundamental e a atividade profissional exercida pelo

empregado. Conclui-se que existe uma limitação imanente e legítima anteposta à liberdade ideológica do empregado, eis que é inerente ao exercício de sua atividade profissional na organização de tendência a compatibilidade ou comunhão com o pensamento político do empregador, sendo lícita a dispensa do trabalhador.³⁹

Utilizando essas noções, podemos responder a duas outras indagações inicialmente feitas, ou seja: a) se um professor de uma escola judaica que, por ter resolvido pregar em sala de aula o antisemitismo, pode ser despedido por justa causa; b) se um professor de uma escola pode ser despedido, por justa causa, pela direção por ter descoberto que é autor de um livro erótico.

No primeiro caso, estaríamos diante de hipótese em que a escola tem determinada orientação e os pais dos alunos a escolhem exatamente para que essa tendência oriente a formação dos alunos. É, pois, plenamente cabível a limitação ao direito fundamental de livre expressão, pelo que a conduta do trabalhador, sabedor dessa tendência e do dever implícito de respeito a ela no ambiente de trabalho afronta a orientação patronal, levando assim à licitude da despedida, sendo o afastamento do professor medida coerente, adequada e proporcional à cessação da divulgação de ideias contrárias ao objetivo da instituição.

Já na outra hipótese, não se justificaria que o professor, que não utiliza o livro ou as ideias nele contidas como material de ensino, fosse despedido pelo que escreveu. É incabível a restrição ao direito fundamental de liberdade de expressão, que não tem relação com a atividade profissional do trabalhador e nem repercute em seu trabalho. Para evitar essa interferência, muitos autores preferem escrever certos livros utilizando pseudônimo.

Tem-se, portanto, que a liberdade de pensamento no ambiente de trabalho não é absoluta e ilimitada, devendo ajustar-se à lealdade e boa-fé inerentes ao contrato de trabalho, observadas as suas peculiaridades, à finalidade principal da empresa e aos demais direitos fundamentais.

³⁹ Cf. *Ob.cit.*, p.63, 66 e 68.

6. Resolução das demais questões inicialmente postas

Pode um trabalhador invocar a liberdade de consciência para justificar ter-se negado a atender um passageiro de uma companhia aérea Argentina, que integrou a ditadura militar?

-Pode, desde que solicite a outro trabalhador que faça o atendimento ou repasse o problema à supervisão, para a resolução da questão. Tal procedimento permitirá harmonizar a liberdade de iniciativa, posto que a venda de passagens permite a realização do objeto social da empresa e o lucro necessário ao pagamento dos salários dos empregados, sem ferir a liberdade de consciência do trabalhador.

Que procedimento deve o empregador adotar diante do interesse do fiel de que o descanso semanal recaia no dia correspondente à crença do trabalhador?

-Desde que o descanso em outro dia da semana não comprometa o normal funcionamento da empresa, como propõe o Código do Trabalho português como regra geral, não há problema.

Pode o empregador convocar os empregados à participação obrigatória em culto ou festa da Natal? –Evidentemente, não. O Estado brasileiro é laico e essa orientação deve ser estendida às empresas, atentando contra a liberdade religiosa determinação em contrário.

Pode ser despedido por contrariar a orientação religiosa do empregador, um apresentador de horário nobre de um canal de televisão, encarregado de disseminar a doutrina evangélica, que resolve, publicamente, assumir a sua condição de homossexual e passa a viver com um companheiro?

Pelas mesmas razões, pode ser despedido um vigilante da entidade detentora da concessão do canal de televisão ou um jardineiro de uma capela católica, que assumem a condição de homossexual e igualmente passam, cada qual, a viver com um companheiro?

Ora, entre as entidades destinadas à satisfação de interesses extrapatrimoniais, estão as entidades ideológicas ou de tendência, assim entendidas as que pressupõem a adesão a uma determinada ideologia ou concepção de vida, do homem ou do mundo, como ocorre com as dirigidas ao alcance de fins políticos, religiosos, confessionais, de

caridade, educativos, artísticos e similares, como as associações antiaborto ou pró-imigração.

As entidades de tendência se caracterizam por estarem dirigidas à difusão ou promoção de certa ideologia que, com base no pluralismo político e social, constituem expressão do exercício de direitos fundamentais. A manifestação da ideologia que caracteriza as entidades de tendência resulta da liberdade de expressão.

Ocorre que o regime de privilégio das entidades de tendência em relação à vinculação de trabalhadores à sua ideologia não se aplica a todos os cargos ou funções.

O empregador somente poderá limitar a liberdade de expressão do trabalhador exercente de função que tenha correspondência direta com os fins da entidade e cuja atuação discrepante da ideologia do empregador não cause, por esse motivo, danos à imagem da entidade ou ao seu normal funcionamento. Ou seja, nas hipóteses em que as tarefas se encontram ideologicamente ligadas à missão da entidade de tendência, o trabalhador assume o compromisso de respeitar a orientação ideológica no desempenho de suas funções.

Nas hipóteses apreciadas, quanto à segunda, embora a entidade para o qual trabalha desenvolva atividade com caráter ideológico, o posto é neutro, eis que as tarefas desempenhadas pelos trabalhadores não têm conteúdo ideológico ou representativo do empregador, pelo que, *a priori*, não causam perturbação que justifique a despedida.

Quanto à primeira hipótese, a entidade é de natureza ideológica e o posto é de tendência, por desempenhar o trabalhador tarefa de alto conteúdo ideológico, pelo que a sua conduta, independentemente do mérito ou do respeito que se deve ter quanto à orientação sexual de cada pessoa, contraria e põe em risco a ideologia da instituição.

Pode o jornalista empregado se recusar a veicular notícia capaz de lesar a sua consciência profissional e prejudicar a sua dignidade? -sim, com fundamento na cláusula de consciência.

Pode o jornalista empregado postular a rescisão indireta do contrato em caso de mudança radical da linha editorial do empregador, que passa a perseguir escândalos e notícias sensacionalistas?

-Pode. A sua contratação deu-se numa linha editorial correspondente à sua imagem como profissional. A mudança de linha pode comprometer a sua respeitabilidade e consciência.

O empregado tem o direito de receber no trabalho correspondência enviada pela entidade sindical, o de abri-la e de tomar conhecimento do conteúdo durante o expediente? –pode, desde que não comprometa o seu desempenho ou atrapalhe as suas obrigações normais. O que não lhe cabe panfletar ou fazer discursos durante o expediente.

O que está o empregador obrigado a informar ao empregado, o que cabe a este espontaneamente informar e o que o empregador não pode exigir que o empregado informe? - tudo aquilo que tenha relação com o contrato de trabalho.

Considerações finais

O exercício da liberdade de pensamento, no ambiente de trabalho, tem por limites o poder diretivo, a boa-fé e lealdade contratuais.

Por sua vez, o exercício da livre iniciativa, concretizada no poder diretivo tem por limite os direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a liberdade de pensamento, para a concretização do respeito à dignidade e valor social do trabalho.

Assim, é imprescindível harmonizar, em concreto, as tensões entre esses direitos fundamentais para o estabelecimento dos ajustes que concretizem, a um só tempo, a livre iniciativa e exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Para possibilitar esse ajuste, critérios científicos podem e devem auxiliar na resolução das tensões, para evitar-se o arbítrio.

Por outro lado, os atos patronais devem ter justificativa e as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição), o que leva à busca de critérios que devem ser demonstrados como caminho para a solução das tensões no ambiente de trabalho. E que servirão de paradigma para casos futuros

Na nossa compreensão, os critérios propostos neste artigo, utilizados com base na aplicação conjunta dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, permitem, com segurança, a avaliação e resolução das tensões, demonstrando o caminho utilizado para a prevalência ora das exigências da livre iniciativa, ora dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Ricardo de Paula. Vida Pessoal do Empregado, Liberdade de Expressão e Direitos Fundamentais do Trabalhador – considerações sobre a experiência do direito francês, *in Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, out-dez.2001, RT, São Paulo.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ASSIS, Rui. **Legislação laboral**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: LTr.
- FAVA, Marcos Neves. Dilema – Liberdade de Expressão e Proteção à Honra e à Intimidade, na Perspectiva da Tutela Internacional dos Direitos Humanos. *In Revista LTR 72*, nº 05, Maio de 2008.
- FERNANDES, Maria Malta. **Os limites à subordinação jurídica do trabalhador** – em especial ao dever de obediência. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH, 2006.
- GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego: Algumas Propostas Metodológicas para a Incidência das Normas Constitucionais na Esfera Juslaboral. *In Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol.71, nº3, set/dez 2005, Brasília.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Princípio da Dignidade Humana”, *in Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Renovar, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- TRABULO, Márcia; NASCIMENTO, Esmeralda. **O Dever de Informação no Direito do Trabalho** – Obrigações Legais do Empregador. Porto: Fronteira do Caos, 2007.