

UNIBRASIL – FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL

Ana Paula Nunes Mendonça

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES:
DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

**CURITIBA
2013**

Ana Paula Nunes Mendonça

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES:
DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

**CURITIBA
2013**

Ana Paula Nunes Mendonça

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES:
DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador(a):

Prof.^(a) Paulo Ricardo Schier
Doutor

Professor 1º Membro da Banca

Professor 2º Membro da Banca

Curitiba, de fevereiro de 2013.

*Dedico esta dissertação ao meu amor,
incentivador dos meus sonhos e reinventor da minha vida.*

Agradeço

A Deus por tudo que se possa agradecer nesta vida.

Aos meus queridos pais, Francisco e Antônia, e aos meus irmãos, Ricardo e Raphael, por terem atado comigo os eternos laços de amor e cumplicidade.

Ao Prof. Paulo Ricardo Schier, referência intelectual, por pacientemente me dedicar especial atenção em todos os momentos de orientação.

Ao Prof. Wilson Ramos Filho, sábio e generoso, pelas profundas reflexões sobre a vida, o trabalho e o Direito do Trabalho.

Ao SESC/PR e aos meus colegas de trabalho, por apoiar a realização desta pesquisa e permitir a superação das minhas limitações intelectuais.

Aos meus colegas de mestrado, especialmente a Ana Carolina, por compartilhar as angústias e as alegrias da construção do conhecimento transformador.

“A vida só é possível reinventada.”

Cecília Meireles

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	i
RESUMO	ii
RIASSUNTO	iii
INTRODUÇÃO	1
1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
1.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS PARTICULARES	8
1.2 MODELOS TRADICIONAIS	10
1.2.1 Teoria da eficácia direta (Imediata)	11
1.2.2 Teoria da eficácia indireta (Mediata)	14
1.2.3 Teoria da convergência estatista e do <i>State Action</i>	18
1.3 MODELOS INTEGRADORES	22
1.3.1 Teoria integradora: o modelo de Robert Alexy	22
1.3.2 O modelo adequado de Virgílio Afonso da Silva	26
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA	32
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO ESSENCIAL, RESTRIÇÕES E EFICÁCIA	33
2.1.1 Suporte fático amplo e restrito de direitos fundamentais.....	36
2.1.2 Direito geral à igualdade.....	43
2.1.3 Direito fundamental ao trabalho digno.....	51
2.2 AUTONOMIA PRIVADA: PRINCÍPIO FORMAL DE DIREITO PRIVADO	62
3 DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO	68
3.1 DIREITO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO.....	68

3.2 FASE PRÉ-CONTRATUAL E DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO	91
3.2.1 Distinção entre fase pré-contratual e pré-contrato	92
3.2.2 Práticas discriminatórias na fase pré-contratual.....	94
3.2.3 Proteções antidiscriminatórias na fase pré-contratual.....	101
4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO DIREITO AO TRABALHO, À IGUALDADE E À AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	119
4.1 O MODELO ADEQUADO DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA NA RELAÇÃO DE EMPREGO	121
4.2 A TUTELA ESPECÍFICA – A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136

LISTA DE SIGLAS

Ago.	- Agosto
Art.	- Artigo
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	- Código de Processo Civil
Dez.	- Dezembro
FGTS	- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Jan.	- Janeiro
Nov.	- Novembro
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
Out.	- Outubro
PLR	- Participação nos Lucros e Resultado
Set.	- Setembro
SUS	- Sistema Único de Saúde
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

O tema da presente pesquisa é a análise da discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego, com o objetivo de averiguar quais são as diferenciações legítimas e ilegítimas feitas nos processos de recrutamento e seleção para celebração de contrato de trabalho, considerando a eficácia dos direitos fundamentais ao trabalho e ao tratamento isonômico do empregado, em face da liberdade contratual negativa do empregador. A resolução da problemática depende da compreensão da constitucionalização do Direito e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com o objetivo de averiguar se na relação entre particulares um deles pode recorrer aos direitos fundamentais, quando e de que modo poderá fazê-lo. Eleito um método constitucional para aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interprivadas, o estudo contempla considerações sobre o conteúdo essencial, as restrições e suporte fático do direito à igualdade e do direito ao trabalho e da autonomia privada. Na sequência, parte-se para as matizes do direito do trabalho, dissertando sobre o direito do trabalho na contemporaneidade, a definição das características da fase pré-contratual, as principais formas de discriminação e as proteções antidiscriminatórias existentes no ordenamento jurídico pátrio. Ato contínuo, a pesquisa contém reflexões sobre a vinculação do método constitucional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para reconhecimento das diferenciações lícitas e ilícitas realizados pelo empregador na fase pré-contratual da relação de emprego, cuja aplicabilidade demanda a inversão do ônus probatório.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações interprivadas. Contrato de trabalho. Discriminação. Fase pré-contratual. Método.

RIASSUNTO

Il tema di questa ricerca è lo studio della discriminazione nella fase pre-contrattuale nel rapporto di lavoro, con l'obiettivo di analizzare le distinzioni legittimi e illegittimi realizzati in reclutamento e selezione per l'aggiudicazione del contratto di lavoro, considerando l'efficacia di diritto fondamentale al lavoro e il trattamento egualitario del impiegato contro la libertà contrattuale negativa del datore di lavoro. La risoluzione del problema dipende dalla comprensione della costituzionalizzazione del diritto e dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, al fine di accertare se nel rapporto tra i singoli ci si può appellare ai diritti fondamentali, quando e come lo si fa. Eletto un metodo costituzionale per applicare i diritti fondamentali nei rapporti interprivadas, lo studio comprende l'esame del contenuto essenziale, le restrizioni e il supporto fattuale del diritto di uguaglianza, il diritto al lavoro e l'autonomia privata. In seguito, si scrive basato in diritto del lavoro, esponendo sul diritto del lavoro nella società contemporanea, la definizione delle caratteristiche della fase precontrattuale, le principali forme di discriminazione e di protezione contro la discriminazione nel ordinamento giuridico brasiliano. Subito dopo, la ricerca contiene riflessioni sull'applicazione del metodo dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali per il riconoscimento dei differenziazioni legali e illegali fatte per datore di lavoro nella fase precontrattuale del rapporto di lavoro, la cui applicabilità richiedono l'inversione dell'onere della prova.

Parole chiave: Diritti fondamentali. Rapporti tra i singoli. Contratto di lavoro. Discriminazione. Fase precontrattuale. Metodo.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema de estudo a discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego, com o objetivo de averiguar quais são as diferenciações legítimas e ilegítimas feitas nos processos de recrutamento e seleção para celebração de contrato de trabalho, considerando a eficácia do direito fundamental ao trabalho e ao tratamento isonômico do empregado, em face da liberdade contratual negativa do empregador.

Não se trata de um tema inédito. Entretanto, o debate sobre a matéria não está superado e pode ser aprofundado, inclusive, com o acréscimo de elementos teóricos do Direito Constitucional, já que costumeiramente o assunto é tratado exclusivamente sob as matizes teóricas do Direito do Trabalho.

A escolha por esse objeto de estudo justifica-se por verificar que na realidade fática empregadores praticam atos discriminatórios nos processos de recrutamento e seleção, quer seja velada ou publicamente, não obstante o propagado discurso de que nossa sociedade é plural e inclusiva e a existência de normas constitucionais e infraconstitucionais que enaltecem a igualdade e que vetam discriminações.

Conjectura-se que tais ações possam decorrer do entendimento equivocado de parte dos empregadores de que possuem uma autonomia privada que lhes garante o direito irrestrito à liberdade de não contratar os sujeitos portadores de determinados atributos físicos, com certa orientação sexual, convicções políticas ou religiosas divergentes das suas e com as quais supõem não consigam conviver. Ou, de outra parte, conjectura-se que o candidato à vaga de emprego sequer saiba da ocorrência da discriminação, ou se fica sabendo, por vezes, desconhece os seus direitos nessa fase anterior à celebração do contrato de trabalho ou os meios pelos quais estes poderiam ser tutelados. Por fim, conjectura-se também que empregadores agentes de condutas discriminatórias, cientes das limitações à autonomia privada, acreditem na ausência de responsabilização pelo cometimento de tais atos, quer em decorrência da não-atuação dos sindicatos dos empregados na defesa dos direitos coletivos, quer em decorrência do déficit de fiscais ou procuradores do trabalho para fiscalizar e averiguar tais situações, quer

em decorrência da precarização judicial, quando a jurisprudência afasta eventuais condenações e perpetua condutas discriminatórias no processo seletivo, sob o argumento processual de que o discriminado não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Fato é que a discriminação existe em relação a diversos fatores, mormente em relação a sexo, raça, cor, origem, estado civil, idade e contra o deficiente. E, concretiza-se sob diversas formas na fase pré-contratual na relação de emprego, quer seja por intermédio dos anúncios de recrutamento, da análise curricular, dos testes psicológicos, das dinâmicas de grupo, das entrevistas, dos exames médicos admissionais e das consultas a lista negras, aos bancos de proteção ao crédito e de antecedentes criminais.

Partindo dessa constatação, em nenhum momento na presente pesquisa se questionará se a discriminação na fase pré-contratual existe, porque ela é notória e significativa, qualquer que seja o parâmetro adotado. Não se questionará se a discriminação é perversa, cruel para o indivíduo discriminado e prejudicial ao desenvolvimento social. Tampouco se defenderá uma posição reacionária de não reconhecimento de toda evolução histórica e legislativa sobre a matéria. Sabe-se que a discriminação existe e defende-se o seu combate.

Ocorre que, não raras vezes, o discurso jurídico da pluralidade e da não-discriminação no contrato de trabalho é amplamente difundido com o caráter ilícito que lhe é inerente, sem, entretanto, ponderar-se que há diferenciações na fase pré-contratual nas relações de emprego que são legítimas, querendo levar a crer que todas as diferenciações ocorridas nos processos de contratação são invariavelmente inconstitucionais. É neste cenário, que se justifica a presente pesquisa para análise e eleição de um método para identificar quais as diferenciações legítimas ou ilegítimas no processo de contratação de empregados, sendo que o principal questionamento que se pretende responder com este trabalho é: é inconstitucional e discriminatória toda conduta do empregador que importe estabelecer diferenciações e requisitos na fase pré-contratual da relação de emprego?

Essa reflexão decorre do fato de que existem discriminações absurdas com as quais todos concordam que a atitude é ilegal e inconstitucional. Entretanto, há alguns casos de restrições ao princípio da igualdade em que não se terá uma

unanimidade de posicionamentos, se a escolha de um empregado com um determinado perfil é ofensiva ao princípio da igualdade ou não.

Essa delimitação do tema à discriminação na fase pré-contratual implica a análise dos princípios constitucionais da igualdade, do direito ao trabalho e da autonomia privada no âmbito das relações interprivadas. Logo, o texto terá como ponto de partida o estudo da constitucionalização do Direito e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com o objetivo de averiguar se na relação entre particulares um deles pode recorrer aos direitos fundamentais, *quando e de que modo* poderá fazê-lo, obrigando a observância por outro particular, que também é, por sua vez, titular de direitos fundamentais. Assim, o primeiro capítulo destina-se a expor as diversas concepções doutrinárias sobre o modo como os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares, optando-se, dentre os modelos existentes, pelo caminho metodológico proposto por Virgílio Afonso da Silva, que para ser aplicado demanda tanto a compreensão dos princípios fundamentais, quanto da legislação infraconstitucional que rege a matéria.

Seguindo, pois, esse caminho argumentativo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o segundo capítulo do texto tem por fim apresentar considerações sobre o suporte fático do princípio geral da igualdade, do princípio fundamental do direito ao trabalho digno e do princípio da autonomia privada, por serem os princípios envolvidos na tensão existente entre os direitos fundamentais do empregado de não ser discriminado e de concorrer em igualdade de condições nos processos seletivos e o direito fundamental do empregador de escolher com quem contratar e celebrar contrato de trabalho.

Postas as considerações de matizes constitucionais, no terceiro capítulo trata-se de situar o direito capitalista do trabalho brasileiro na contemporaneidade, a partir do pensamento de Luc Boltanski e Ève Chiapello sobre os três espíritos do capitalismo e a partir das reflexões de Wilson Ramos Filho sobre as ideologias das doutrinas econômicas. Na sequência, posto o contexto em que se inserem as relações laborais, tratar-se-á da definição da fase pré-contratual da relação de emprego, das principais práticas discriminatórias ocorridas nos processos de recrutamento e seleção e das proteções antidiscriminatórias na fase pré-contratual no direito do trabalho, referenciando as normas dispostas na Constituição Federal,

na Lei Federal n.º 9.029/1995 e na Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho.

É no quarto capítulo que se tratará de unificar todas as informações postas nos capítulos antecedentes, definindo-se um método de análise das diferenciações lícitas e ilícitas na fase pré-contratual da relação de emprego, na tentativa de apresentar um meio de solucionar as tensões entre liberdade contratual negativa do empregador e o direito à igualdade e ao trabalho digno do empregado. A aplicação do método importará a inversão do ônus probatório, o que também será referenciado no capítulo.

As considerações finais contêm uma síntese das exposições teóricas feitas nos capítulos do trabalho e uma breve manifestação pessoal sobre o tema, visando, desse modo, a contribuir com a investigação sistemática, para o constante aperfeiçoamento do tema e combate à discriminação nos processos de recrutamento e seleção que antecedem à celebração do contrato de trabalho, pugnando pela concretude do direito geral à igualdade para a efetividade do princípio democrático.

1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo da constitucionalização do Direito, assim entendido como a irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos outros ramos do Direito, ainda é muito incipiente no Brasil¹. A doutrina e a jurisprudência constitucional pátria ainda tendem a concentrar a atenção nos efeitos dos direitos fundamentais na relação existente entre o cidadão e o Estado, tratando com menos intensidade os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também denominado de efeitos horizontais dos direitos fundamentais, já são estudados há muito tempo de forma sistemática na Alemanha², sendo também objeto de análise jurídica nos Estados Unidos³, na Áustria, na Suíça, na Espanha, na Itália, em Israel, na África do Sul e em Portugal, dentre outros⁴. A história recente mostrou que não é somente o Estado quem pode violar direitos fundamentais. Particulares, principalmente os detentores de poder socioeconômico, também podem violar direitos fundamentais, sob o manto da autonomia privada.

Historicamente, não obstante os direitos fundamentais, em sua maioria, tenham sido concebidos como garantias oponíveis ao Estado contra ingerências na esfera pessoal dos cidadãos, o fato é que com a alteração das relações sociais e com a consolidação do Estado Social de Direito, a visão de que os direitos fundamentais teriam somente o Estado como destinatário “provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre

¹ A constatação fora registrada por Ingo Wolfgang Sarlet em seu artigo intitulado Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 111-112.

² Na Alemanha, os estudos sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais remontam à década de 50 do Século XX, tendo repercussão na Jurisprudência Trabalhista e também na Jurisprudência Constitucional, com o famoso caso Lüth, em 1958. In: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

³ Nos Estados Unidos da América, denomina-se o debate sobre o assunto de “State Action Doctrine” e seu marco inicial foi a decisão da Suprema Corte no caso Shelley v. Kraemer, em 1948. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18 e p. 22.

é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.”⁵

Com essas mudanças sociais, o Estado, além do dever de respeitar os direitos fundamentais nas suas esferas pessoais, passou a ter também que promover e proteger tais direitos dos particulares contra atos de outras pessoas físicas ou jurídicas nas relações interprivadas.

E no caso dos particulares violarem direitos fundamentais, como as situações fáticas merecem ser tratadas? Especificamente com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil impõe a observância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? Em caso de resposta afirmativa, *como e em que medida* os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais?

As respostas aos questionamentos acima não são triviais como possam parecer e não podem ser respondidas somente com a pura transposição da teoria dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadão-Estado às relações particulares, principalmente porque na relação cidadão-Estado somente uma parte é titular dos direitos fundamentais, conquanto que na relação entre particulares, ambos são titulares desses direitos, o que implicará uma potencial colisão e restrição de direitos fundamentais.

Dito de outro modo, a problemática pode ser assim formulada: na relação entre particulares se um deles pode recorrer aos direitos fundamentais, *quando e de que modo* poderá fazê-lo, obrigando a observância por outro particular, que também é, por sua vez, titular de direitos fundamentais?

Anteriormente à exposição dos argumentos para as questões apresentadas, insta discorrer sobre algumas premissas importantes: a) a Constituição é uma Lei Fundamental, para o Estado e para a sociedade, sendo que a sua supremacia se impõe e se projeta para as relações verticais entre o Estado-indivíduo e também para as ditas relações horizontais interprivadas; b) o princípio da dignidade da pessoa humana é valor ético fundante e fundamental da República

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

Federativa do Brasil e c) os direitos fundamentais devem ser levados a sério, especialmente porque ocupam posição preferencial e são cláusulas pétreas.⁶

Ainda, em sede de introdução ao assunto, é importante destacar que não são todos os direitos fundamentais que irradiam seus efeitos entre particulares. Há uma zona de exclusão de direitos fundamentais, porque há direitos, que por sua natureza, têm como destinatários somente o Estado, sendo inoponíveis a particulares, como é o caso, p. ex, de direitos políticos, direitos de nacionalidade, de garantias processuais, de direitos de asilo e de não-extradução⁷. Essas normas, portanto, estão excluídas do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Há, entretanto, alguns dos direitos fundamentais que são bidirecionais, porque além de aplicabilidade na relação com o Estado, têm também os particulares como destinatários, como por exemplo: o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IV, CF), o direito de resposta (art. 5º, V, CF), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, CF), o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações (art. 5º, XII, CF) e os direitos dos trabalhadores (art. 7º *caput* e incisos, CF).

E, ainda, como alerta introdutório, registra-se que se usará no presente estudo, as expressões “vinculação dos particulares a direitos fundamentais” e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” como expressões equivalentes, com a ciência de que esta última tem sido rejeitada por parcela da doutrina, sob o argumento de que não há entre particulares, na maioria das relações estabelecidas, a relação de igualdade que o termo “eficácia horizontal” supõe existir e que ocorre geralmente uma relação de desigualdade similar àquela de eficácia vertical existente entre cidadão-Estado⁸. Entretanto, a horizontalidade define-se do ponto de vista jurídico-formal, em que os particulares, apesar das diferenças de poder, possuem o mesmo horizonte jurídico⁹, porque a) ambas as partes são titulares de direitos

⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 115.

⁸ *Ibidem* p. 114.

⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58.

fundamentais, b) os particulares são titulares da autonomia privada¹⁰ e valem-se dela para autodeterminar-se e autovincular-se e c) os particulares não podem dispor de violência legal¹¹ para impor-se, porque essa é uma competência exclusiva do Estado.

Rememora-se, por fim, que esse capítulo inicial cinge-se ao estudo dos efeitos das normas constitucionais nas relações interprivadas, com vistas a sua incidência nas relações de trabalho, mormente nos casos de discriminação na fase pré-contratual e, ao final do estudo, se descera a algum nível de concretização, buscando correlacionar esse aporte teórico para casos de aplicação prática de vinculação de particulares a direitos fundamentais na fase pré-contratual da relação de emprego, considerando a eficácia do direito fundamental ao tratamento isonômico do empregado, em face da liberdade contratual negativa do empregador.

1.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS PARTICULARES

Como supra anunciado, o estudo sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é complexo e controverso e não pode ser simplificado com a pura transposição da teoria dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadão-Estado às relações particulares. Sendo assim, o objetivo do presente capítulo é justamente descrever as concepções doutrinárias sobre a forma, o modo, o alcance e a extensão da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, tecendo considerações sobre as teorias da a)

¹⁰ A autonomia privada dos particulares é posta aqui como uma característica geral das relações interprivadas, sendo que a questão sobre a autonomia real ou aparente do empregado e o poder de auto determinar-se na fase pré-contratual será objeto de maiores considerações nos capítulos seguintes da presente dissertação.

¹¹ A impossibilidade de dispor de violência legal também é posta aqui como um elemento das relações entre particulares, de forma ampla e independente das assimetrias de poder, para distingui-las das relações entre cidadão/Estado, nas quais o Estado detém o monopólio da força. Não se ignora, entretanto, o posicionamento teórico daqueles que defendem que o direito potestativo de resolução do contrato pelo empregador caracteriza-se por um ato de violência. Entretanto, como o objeto de estudo é a fase pré-contratual, neste momento, a liberdade contratual negativa do empregador pode ser utilizada ilícitamente em um caso concreto, mas não se caracterizaria por um ato de violência como o da despedida, o que também será exposto no terceiro capítulo da presente dissertação.

eficácia direta (imediata), b) da eficácia indireta (mediata), c) da convergência estatista e do *State Action* e d) do modelo integrador (defendido por Alexy). Vencido esse passo inicial da exposição de modelos, apresentar-se-á o modelo adequado defendido por Virgílio Afonso da Silva, que fora eleito como meio para a discussão substancial sobre o tema do presente estudo.

De início, consigne-se que a Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 5º, § 1º que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, ou seja, que têm capacidade de produzir efeitos plenamente. É certo que, ainda que o texto não contenha disposição expressa sobre a vinculação do poder público¹², essa aplicabilidade imediata normativa vincula o poder público, tanto o Poder Executivo para agir ou omitir-se nas suas políticas públicas, quanto do Poder Legislativo na produção normativa e também do Poder Judiciário na interpretação desses direitos para solução de lides. Pensar diferente seria negar que “esta vinculação existe e é, como já frisado, decorrência direta da própria eficácia das normas que os consagram, assim como uma vinculação dos poderes constituídos já se impõe em face do princípio da supremacia da Constituição e da distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos.”¹³

Diferentemente é o caso da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, cuja Constituição Federal do Brasil nada dispõe sobre o assunto e não se pode inferir a eficácia imediata como ocorre na vinculação com o Estado. Diversamente do Brasil, ocorre em Portugal, por exemplo, cuja Constituição possui uma regra textual sobre essas vinculações no seu art. 18.1 com o seguinte teor: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Ocorre que, mesmo nesse caso da Constituição Portuguesa em que há suporte textual normativo explícito sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, supera-se tão somente a questão da vinculação ou não dos particulares, mas persiste a dúvida

¹² Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva explica que: “a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão ‘aplicação imediata’ não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada sobre direitos fundamentais.” *In: A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: _____ (org.) A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 140.

sobre a amplitude desta aplicabilidade. E “se até mesmo no direito lusitano, a despeito da expressa previsão de uma vinculação das entidades privadas, não se registra um consenso quanto à sua forma e intensidade, o que não dizer na ordem jurídica pátria, onde tal tema, para além da inexistência de dispositivo similar, sequer tem recebido – salvo algumas exceções – a merecida atenção pela doutrina e pela jurisprudência?”¹⁴

Entretanto, destaque-se que no presente estudo os direitos fundamentais referenciados também estão no âmbito social-trabalhista e muitos deles constam expressamente do art. 7º da Constituição Brasileira, o que diminui, nesse caso, a discussão do se haveria ou não eficácia horizontal dos direitos fundamentais nessas relações interprivadas. Entretanto, incide também na relação empregatícia, em todas as suas fases, outros direitos fundamentais além daqueles expressos no art. 7º da CF, mormente aqueles expressos no rol do art. 5º da CF, o que demanda a reflexão sobre a aplicabilidade de tais direitos nas relações de emprego. Permanece, de todo modo, a discussão de *como* ou *de que modo* se resolve a tensão entre o direito a igualdade e não-discriminação do empregado e o direito a liberdade e não-contratação do empregador.

Para compreensão dos modelos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais faz-se necessário partir do pressuposto de que os efeitos podem ocorrer de duas formas distintas: a) na produção legislativa e b) nas relações jurídicas entre os particulares. A partir disso, vejam-se os fundamentos construídos pelas diversas teorias que sustentam (in)diretamente ou negam quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

1.2 MODELOS TRADICIONAIS

Apresentar-se-á nesse subcapítulo as vertentes dos modelos tradicionais sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tecendo os principais

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 120.

argumentos e as principais críticas da teoria da eficácia direta (imediate); da teoria da eficácia indireta (mediata) e da teoria da convergência estatista e do *State Action*, como premissa para compreensão do modelo integrador que seguirá de método para análise do problema da presente pesquisa.

1.2.1 Teoria da eficácia direta (Imediata)

A teoria da eficácia direta foi pioneiramente defendida por Hans Carl Nipperdey, aplicada no Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, com a concepção de que os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta às relações interprivadas, com efeitos absolutos, isto é, sem a intermediação do Estado por meio de produção legislativa ou sem a necessidade de que o intérprete faça artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais irradiem efeitos nas relações entre particulares¹⁵. Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos dos cidadãos se oporem tanto aos poderes público, quanto aos particulares, sem que, neste último caso, esteja dependente de uma regulação legislativa ou de uma interpretação jurídica.

Segundo Nipperdey, o efeito jurídico de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é um efeito normativo direito, capaz de promover a modificação das normas de direito privado existentes, independentemente de se tratar de regra ou cláusula geral:

O efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direito, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos, de cláusulas gerais ou normas jurídicas

¹⁵ Virgílio Afonso da Silva sustenta que “Nipperdey foi o autor que pioneiramente, e com maior ênfase, defendeu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Segundo ele, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. Mas, mais do que isso, esse efeito absoluto dos direitos fundamentais faz com que sejam também desnecessárias artimanhas interpretativas para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator.” In: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.¹⁶

Essa concepção fundamenta-se no princípio da unidade da ordem jurídica e do postulado da força normativa da Constituição, que impõe que os valores inerentes aos direitos fundamentais devem reger todas as relações jurídicas, incluindo as relações entre particulares, não se cogitando uma zona de exclusão desses valores no Direito Privado. Sobre esse argumento, insta transcrever excerto do texto de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.¹⁷

Se historicamente a concepção da teoria direta dos direitos fundamentais foi gerida na Alemanha por Nipperdey, ela se desenvolve mais recentemente e com novos contornos na Itália, no Portugal e na Espanha, possuindo diferentes matizes teóricas: forte, intermediária ou fraca, como ponderado por Wilson Steinmetz.¹⁸ Segundo a concepção dita “forte” da teoria, os direitos fundamentais se aplicam de forma geral, plena e indiferenciada nas relações interprivadas. Já consoante a concepção dita “fraca” da teoria, os direitos fundamentais vinculam os particulares, mormente quando as relações interprivadas forem marcadas pela desigualdade fática pela supremacia econômica ou social de um dos partícipes. E, a concepção intermediária da teoria entende que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é imediata, mas não seria ilimitada, incondicionada e indiferenciada.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 530.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 121-122.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 166-169.

De todo modo, em síntese, os defensores da concepção histórica da teoria da eficácia direta, na sua versão clássica ou 'forte', pugnam pela aplicabilidade direta dos fundamentais nas relações entre particulares de igual forma que se aplicam imediatamente nas relações jurídicas entre cidadão-Estado. "Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados."¹⁹

Diversas são as críticas e objeções à teoria da eficácia imediata, que iniciam com a inexistência de norma constitucional expressa que discipline essa aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e perpassa a afronta ao princípio da segurança jurídica e aos princípios democráticos e da separação de poderes, "já que a decisão sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é de competência do legislador e não do juiz."²⁰ Nesse sentido, entendem os adeptos da teoria da eficácia indireta, em confronto com a concepção de vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, que, como na relação entre particulares ambas as partes são destinatárias de direitos fundamentais, a tarefa precípua de equilibrar os interesses seria do legislador infraconstitucional e somente de forma supletiva caberia a intervenção do juiz, que deveria se limitar a interpretar o direito infraconstitucional e permitir a "entrada" dos direitos fundamentais pelo uso dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito Privado.

Entretanto, com maior destaque, a doutrina crítica à essa teoria destaca que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais com as concepções da teoria direta, ofende a identidade do direito privado, porque o conceito chave do direito regente das relações interprivadas, o da autonomia privada²¹, estaria em risco.²² E,

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86.

²⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 173.

²¹ Esse capítulo introdutório tem por fim fixar as bases teóricas sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, expondo as teorias clássicas e os modelos integradores, para eleger um método que regerá a análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais na fase pré-contratual das relações de emprego. No terceiro capítulo, far-se-á a especificação sobre a autonomia privada nas relações de trabalho.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

ainda, que as relações jurídicas entre particulares necessitam de clareza de regras, o que não se poderia obter com a eficácia imediata dos princípios fundamentais.

Konrad Hesse ao defender a sobrevivência da autonomia privada como princípio básico do direito privado e como baluarte da liberdade assevera que:

*(...) la visión de lo que permanece y debe ser conservado en el Derecho Civil tradicional, aquello que constituye el Derecho Privado como sector jurídico propio e irrenunciable, en particular su significado para la preservación y la garantía de la personalidad Del hombre, para su autodeterminación y su responsabilidad propia; esto es, aquellos elementos que han hecho Del Derecho Privado el baluarte de la libertad.*²³

Ademais, ao desenvolver seu raciocínio, Hesse adverte que a eficácia direta dos direitos fundamentais aos particulares, ao colocar em risco o princípio fundamental da autonomia privada, vetando a possibilidade de renúncias das pessoas àquelas normas, ofenderia as suas individualidades e personalidades.

Esses principais argumentos esgrimidos contra as concepções da teoria da eficácia direta são refutados pelos juristas brasileiros Ingo Wolfgang Sarlet e Virgílio Afonso da Silva, pelas razões que seguem descritas adiante nesse artigo e com as quais se filia.

1.2.2 Teoria da eficácia indireta (Mediata)

A teoria da eficácia indireta foi pioneiramente defendida por Günther Dürig, sob o argumento de que os valores sociais expressos nos direitos fundamentais geram reflexos em todo o ordenamento jurídico, mas não podem ser aplicados de forma absoluta nas relações interprivadas como sugerem os defensores da teoria da eficácia direta, porque compete ao legislador “realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.”²⁴

²³ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, S A. 1995. p. 74.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição*

Os fundamentos da concepção da eficácia indireta foram aplicados no célebre caso alemão de Lüth²⁵ julgado pelo Tribunal Constitucional alemão (1958) e essa teoria tem sido aceita majoritariamente pela doutrina e jurisprudência que versa sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Para os defensores dessa concepção de eficácia horizontal, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores e são oponíveis nas relações interprivadas, mas, para tanto, demandam a intermediação legislativa. Cabe precipuamente ao legislador o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais e, na hipótese de não existir normas expressas, os efeitos também serão irradiados, por força da integração (conforme a Constituição) e da interpretação das cláusulas gerais (p. ex. ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, dentre outros) e dos conceitos jurídicos indeterminados no caso concreto.

Essa concepção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais sustenta-se também pelo conceito de liberdade²⁶ expresso nas constituições democráticas ocidentais e por ser esse também um valor intrínseco e fundante do direito privado, que fica comprometido na teoria da eficácia imediata. Para os juristas da eficácia mediata, faz-se necessário manter o direito geral de liberdade da pessoa,

concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 123.

²⁵ 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.

²⁶ Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva transcreve a afirmação de Günter Dürig “os indivíduos podem decidir livremente entre si, sem precisar levar em consideração os deveres e as proibições de direitos fundamentais direcionados ao Estado, sobre se e como farão uso de sua liberdade e de sua igualdade.” *In: SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 76.

de numa relação privada, para que ela possa, inclusive, abster-se de determinado direito fundamental²⁷, como explica Virgílio Afonso da Silva:

O ponto de partida do modelo dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado. Segundo Dürig, esse direito geral de liberdade inclui também a liberdade, de que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil, de ‘evitar’ as disposições de direitos fundamentais que, para a ação estatal, são incontornáveis. Sem essa liberdade de contornar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a liberdade contratual ficaria comprometida.²⁸

Segundo os teóricos da teoria da eficácia indireta, nas relações entre particulares não há direitos subjetivos constitucionais, mas há incidência dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípios ou como sistema de valores ou uma ordem objetiva de valores. Para eles, desse modo, preserva-se a autonomia privada como princípio fundamental de direito geral, decorrente do direito geral de liberdade; assegura-se a identidade do Direito Privado; permite que as relações interprivadas sejam regidas por regras de direito privado mais claras e precisas do que as normas de direito constitucional e evita-se o panconstitucionalismo do ordenamento jurídico.

Não se ignora que o mérito da teoria da eficácia mediata é a preservação da liberdade dos indivíduos de fazer escolhas nas relações interprivadas, o que importaria, inclusive, a possibilidade de se renunciar a direito fundamental. A questão que emerge é se haveria como se tratar do conceito de igualdade e liberdade nas relações sociais contemporâneas, que são altamente complexas, mormente nas relações de emprego, que são caracterizadas pela subordinação.

²⁷ Esse capítulo introdutório destina-se a tratar da questão da eficácia horizontal, em tese, sem aplicação direta na problemática do presente estudo, o que se pretende fazer no quarto capítulo. Entretanto, alerte-se, desde já, que para os defensores da teoria da eficácia mediata de direito fundamental, as questões conflituosas das discriminações na fase pré-contratual na relação empregatícia, resolver-se-ia com a aplicação dos dispositivos expressos da Lei 9029/1995. Adiante-se também para esclarecer desde já que a interpretação do excerto que dispõe sobre a renúncia a determinado direito fundamental na fase pré-contratual da relação empregatícia não se refere à possibilidade de negociação de direitos trabalhistas irrenunciáveis, tais como gratificação natalina, 13º salário ou duração do trabalho e, sim, refere-se à renúncia a algum direito fundamental subjetivo do candidato que cede o seu direito de imagem, por exemplo, ao autorizar que sua entrevista ou a dinâmica de grupo da qual participe seja gravada.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

Para Pieroth e Schlink, o exercício da liberdade pressupõe uma situação de simetria real, o que está cada vez mais ameaçado “não só pelo poder do Estado, mas também pelo poder econômico e social privado”. Entretanto, para eles, o próprio poder está assegurado pelos direitos fundamentais, e, “de resto, o legislador democrático está legitimado para conformar também assimetricamente as relações sociais nos limites da Constituição, desde que por essa forma não crie privilégios ou deixe o cidadão desprotegido e indefeso.”²⁹

Como supra mencionado, as concepções da eficácia indireta são majoritariamente aceitas pela doutrina e jurisprudência onde o estudo da vinculação aos particulares ocorre de forma sistemática, sendo esse o modelo aceito pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Federal do Trabalho Alemão. Não é por isso, entretanto, que o modelo não seja objeto de críticas.

Em relação à premissa da teoria da eficácia mediata de que os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem objetiva de valores, que surtem efeitos nas relações entre particulares por intermédio de cláusulas gerais, juristas como Habermas, Hesse, Forsthoff e Schmitt criticam justamente a ideia de ordem de valores instituída pelos direitos fundamentais, pelas seguintes razões sintetizadas³⁰. Habermas entende que essa concepção equivaleria a equivocada substituição dos juízos deônticos (dever ser) intrínseco ao Direito para juízos axiológicos (o que é bom), porque os valores não seguem o código binário (lícito/ilícito) típico das normas jurídicas e, com isso, não impõem deveres incondicionais e inequívocos aos seus destinatários. Por sua vez, Forsthoff e Schmitt, entendem que concepção “ordem de valores” para os direitos fundamentais implicaria uma tirania dos direitos fundamentais, porque estes determinariam todas as relações jurídicas, quer sejam triviais ou relevantes. Nesse sentido, Hesse defende que o direito privado é um ramo autônomo, não obstante exista uma unidade do ordenamento jurídico.

A par dessa crítica da base da teoria da eficácia mediata, outra linha crítica merece destaque: a da insuficiência das cláusulas gerais. Segundo esse entendimento, haveria uma proteção ineficaz dos direitos fundamentais se estes

²⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 84-85.

somente pudessem irradiar seus efeitos por meio de cláusulas gerais, porque são poucas essas “portas de entrada”.

Cite-se que a teoria da eficácia indireta fora revisada criticamente por autores como Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, que acrescentaram novas razões à teoria, aproximando-a em parte à teoria da eficácia direta. A essa concepção denominou-se *teoria dos deveres de proteção*, que tem como pressupostos teóricos ideias já constantes da teoria da eficácia mediata, mormente porque se defende que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, mas essa proteção ocorreria de forma mediata pelo legislador, a princípio, e pelos órgãos do Poder Judiciário, subsidiariamente.

Para os defensores da teoria dos deveres de proteção, o Estado estaria obrigado a uma atuação positiva, intervindo preventiva ou repressivamente nas relações privadas ao se verificar a agressão a direitos fundamentais, já que ele é o detentor do monopólio da aplicação da força e da solução dos litígios entre os particulares. E, segundo os teóricos, essa teoria tem a “vantagem de viabilizar um tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado, partindo do reconhecimento de uma competência normativa dos sujeitos privados, admitindo o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados.”³¹

1.2.3 Teoria da convergência estatista e do *State Action*

As teorias da convergência estatista e do *State Action* não são equivalentes, mas têm em comum o fato de negarem a relevância da discussão sobre a eficácia (in)direta ao defenderem que, mesmo nas relações privadas, a proteção será sempre concedida pelo Estado, quer pela regulamentação pelo legislador infraconstitucional, quer pela interpretação concedida pelo Poder Judiciário.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 127.

A concepção doutrinária intitulada de convergência estatista fora pioneiramente defendida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, ao negar a relevância da discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por acreditar que se trata de um problema aparente, já que sempre haverá atuação estatal nas relações interprivadas. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet explica:

(...) Jürgen Schwabe (...) sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um 'problema aparente'.³²

Segundo Schwabe, quando o Estado cria e impõe um sistema de direito privado, ele participa das violações cometidas por um cidadão que viola direitos fundamentais de outro particular. Dito de outro modo, a lesão a direitos fundamentais provocada por particulares decorre ou de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal, com a premissa de que “Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite.”³³

Para os adeptos dessa teoria, o Estado exerceria a função defensiva dos direitos fundamentais ao regulá-las na hipótese de relação interprivada, pelo que não haveria que se falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Resolve-se a questão com a concepção de direitos de defesa ante o Estado.

Já a teoria do *State Action*, de matriz estadunidense, fundamenta-se na teoria liberal de que somente o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais, os quais somente poderiam ser invocados ou opostos na hipótese de ação estatal (*State Action*), estando as ações interprivadas excluídas do controle das garantias fundamentais.

Para esses teóricos, como os direitos fundamentais somente vinculariam o Estado, não podendo ser opostos a outros particulares, estes somente poderiam

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133.

³³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176.

estar protegidos pelos valores das garantias fundamentais se houvesse uma lei, como bem explicita o Juiz Woods *apud* Steinmetz: “a única forma pela qual uma pessoa privada pode privar a outra da igual proteção das leis é por meio da prática de alguma ofensa contra as leis que protegem os direitos individuais.”³⁴

Ocorre que a recente jurisprudência estadunidense já relativizou essa interpretação clássica, aceitando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na hipótese de: a) um particular exercer função estatal típica; b) quando existem aspectos comuns suficientes para se imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta do particular.³⁵

No Brasil, essa teoria embora não seja sustentada de modo explícito, já que o problema da eficácia horizontal não é tratado de forma sistemática, o fato é que a jurisprudência pátria expõe argumentos em julgados de mandado de segurança e de *habeas corpus*, que se aproximam dessa teoria estadunidense. Isso ocorre no mandado de segurança, quando por equiparação aos agentes públicos aceita-se a sua impetração contra agentes privados que tenha cometido alguma ilegalidade ou ato que configure abuso de poder, no caso de diretores de escolas particulares, para exemplificar. O mesmo ocorre no caso do *habeas corpus*, quando particulares são equiparados a agentes privados, no caso de hospitais que não liberam pacientes, por falta de pagamento pelos serviços médicos prestados.³⁶

As críticas tecidas a essas teorias dirigem-se às premissas da teoria estatista, por verificar que elas se confrontam tanto com a teoria da eficácia direta quanto da eficácia indireta, quer porque a) ao propor uma eficácia direta das normas fundamentais nas relações entre particulares, ela se opõe à teoria da eficácia indireta; b) ao deslocar o problema para o âmbito das relações entre indivíduos para o Estado, ela se opõe à teoria da eficácia direta e, ainda, c) ao tratar os direitos fundamentais exclusivamente como direitos de defesa, como limites do poder do

³⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 178.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 134.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103.

Estado, ele nega a relevância da discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁷

Ainda, a concepção estatista que defende que na relação interprivada os direitos fundamentais são exclusivamente direitos de defesa ante ao Estado, importaria em última análise a irresponsabilidade privada, já que toda responsabilidade recairia sobre o Estado.

No que toca à teoria da *State Action*, vale citar a crítica que se faz a sua concepção eminentemente liberal, que não encontra “referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático.”³⁸

Por fim, vale citar a síntese de Ingo Wolfgang Sarlet sobre as concepções das teorias da convergência estatista e do *State Action*, argumentando no sentido de que a irrelevância da discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não se sustenta pelas seguintes razões: a) não há como entender que qualquer atuação dos indivíduos decorra de uma autorização ou não-proibição do Estado, porque a liberdade sempre persistirá, mesmo que não seja absoluta; b) não há como entender que toda lesão provinda de um particular decorra de uma delegação estatal; c) não há como entender que os conflitos particulares submetidos ao Poder Judiciário verse sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque se nesse caso se está diante da vinculação do poder público³⁹. Em síntese e nas palavras do crítico:

Não se deve esquecer que – pelo menos – no âmbito das relações negociais, os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (Legislador), mas sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito

³⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176.

³⁸ *Ibidem*. p. 181

³⁹ Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet cita a advertência de Bleckmann que insta transcrever: “(...) há que se distinguir as hipóteses nas quais se está diante de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como se verifica quando uma determinada cláusula contratual (avençada por particulares) fere algum direito fundamental de uma das partes, das situações nas quais o Juiz (ou Tribunal), ao aplicar as normas jurídicas e interpretar o contrato, acaba fazendo-o de forma contrária ao conteúdo das normas de direitos fundamentais, hipóteses na qual se estará diante de uma agressão por parte do Juiz (Estado).” SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 137.

geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulamentação e proteção por parte do legislador.⁴⁰

Postas as principais considerações e críticas sobre as concepções doutrinárias tradicionais a respeito da eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, passa-se a expor os principais argumentos das teorias que buscam integrar aspectos das diversas das concepções doutrinárias tradicionais ora apresentadas.

1.3 MODELOS INTEGRADORES

Apresentar-se-á nesse subcapítulo como modelos integradores sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais as teorias defendidas por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva.

1.3.1 Teoria integradora: o modelo de Robert Alexy

Ao analisar a influência das normas de direitos fundamentais na relação entre cidadãos, Robert Alexy defendeu pioneiramente a teoria dita integradora, fazendo-o para o contexto da Constituição da Alemanha, sob o argumento de que as teorias da eficácia direta, indireta e da convergência estatista não se excluem, podendo ser aproveitados aspectos de cada uma dessas concepções, integrando-os de modo a construir uma dogmática unitária sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais⁴¹.

Na concepção de Alexy, “duas construções jurídicas são equivalentes em resultado quando todo resultado que puder ser obtido com base em uma delas

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 138.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 528-542.

puder também ser obtido com base na outra⁴², pelo que defende a reunião de elemento de todas as teorias tradicionais da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para dar conta da complexidade do fenômeno.

Robert Alexy entende que há um pressuposto falso nas teorias de eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o de pretenderem isoladamente serem completas, renegando a outra teoria. Para o autor, as três construções teóricas possuem características fundamentais para a solução do problema e nenhuma delas se sobrepõe às demais:

Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três concepções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa.⁴³

Partindo dessa premissa, Alexy analisa os principais aspectos de cada uma das três teorias tradicionais para concluir que as diferentes concepções têm extensões diversas. A teoria dos efeitos indiretos teria como destinatário o juiz, a teoria da convergência estatista teria o juiz e o legislador como destinatários e a teoria da eficácia direta teria, primariamente, o juiz como destinatário. E, por isso, destaca que sua teoria tem como enfoque o aspecto ligado ao Judiciário e a jurisdição.

Posto isto, o modelo de Alexy para a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais apresenta-se em três níveis, sem gradação, com relação de mútua implicação entre eles. Um nível que diz respeito aos deveres do Estado (teoria da eficácia mediata); um que diz respeito dos direitos ante o Estado (teoria da convergência estatista) e o da relação entre particulares (teoria da eficácia imediata). E, ao final, do ponto de vista do resultado, resultam na eficácia direta, quando se analisam os problemas sob a ótica do Poder Judiciário.

O primeiro nível da teoria de Alexy, que diz respeito aos deveres estatal, propõe a aplicação do pressuposto da teoria da eficácia indireta para sustentar o

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 531.

⁴³ *Ibidem*. p. 533.

dever do Estado de observar os direitos fundamentais como princípios objetivos na prática legislativa e jurisprudencial, de tal sorte que as relações interprivadas sejam regulamentadas pelos direitos fundamentais. Para demonstrar a presença desses argumentos no caso Lüth, Alexy transcreve os trechos do excerto da decisão que dispõem que:

Em virtude de mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações do direito privado que daí decorrem.⁴⁴

O segundo nível da teoria versa sobre os direitos em face do Estado, defendendo-se o postulado da teoria da convergência estatista para propor o direito do particular insurgir-se contra uma decisão judicial que viole seus direitos fundamentais quando não os considera na argumentação e na medida do exigível⁴⁵. Para comprovar a aplicabilidade dos argumentos desta teoria no caso Lüth, Alexy transcreve os trechos do excerto da decisão que assim dispõe:

Se ele [o juiz civil] não respeitar esses critérios, e se a sua decisão se basear na desconsideração dessa influência constitucional nas normas de direito civil, então, ele viola apenas o direito constitucional objetivo, na medida em que ignora o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva); como titular de um poder estatal, ele viola também, por meio de sua decisão, o direito fundamental, a cujo respeito, inclusive por parte do Poder Judiciário, o cidadão tem um direito de natureza constitucional.⁴⁶

O terceiro nível relaciona-se aos efeitos das relações jurídicas entre privados de forma direta. Essa relação entre cidadão/cidadão não decorre da aplicabilidade simultânea dos mesmos direitos fundamentais existentes entre cidadão/Estado, tampouco contém a intensidade de efeitos destas relações. Deriva do fato de que “há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 534.

⁴⁵ Neste sentido, Alexy explica que essa leitura da teoria não “confere ao indivíduo um direito a que todos os resultados da atividade jurisdicional sejam, em todos os aspectos, conforme aos direitos fundamentais, nem um direito a que eles sejam pura e simplesmente corretos; ela confere tão-somente um direito a que os princípios de direitos fundamentais favoráveis à sua posição sejam levados em consideração na medida do exigível.” *In*: *Ibidem*. p. 538.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 534-535.

e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões.”⁴⁷ E, uma vez que se define desta forma efeito direto, observa-se as decorrências nas demais teorias tradicionais, pelo que defende que, ao final, os efeitos serão sempre diretos.

Essa equivalência do resultado decorreria do fato de que as três teorias tradicionais não fazem a pura transposição da teoria dos direitos fundamentais aplicadas na relação entre cidadão/Estado. Todas partem da premissa de que na relação interprivada ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e que, por isso, há que se fazer uma gradação da eficácia, que, por seu turno, pode ser definida pela ponderação. “Para todas elas a medida do efeito dos direitos sopesamento.”⁴⁸ A diferença é que a teoria da eficácia indireta propugna para que a ponderação seja realizada pelas normas postas infraconstitucionais.

Assim, pela teoria integradora defendida por Robert Alexy, os três níveis (das três teorias) referem-se a um aspecto sobre a mesma coisa e conduzem a idêntico resultado final: da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Nenhum deles se sobrepõe ao outro e cada um deles deve ser eleito, considerando a sua funcionalidade e argumentação no caso concreto. “Decidir qual dele será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência.”⁴⁹

Essa teoria integradora defendida por Robert Alexy para aplicação no contexto da Constituição da Alemanha é utilizada como ponto de partida por Virgílio Afonso da Silva para a apresentação de seu modelo diferenciado e aplicável no contexto da Constituição Brasileira⁵⁰.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 539.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 532.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 540.

⁵⁰ Virgílio Afonso da Silva explica que “O ponto de partida para a criação de um modelo adequado é o chamado modelo em três níveis, desenvolvido por Robert Alexy. Mas, diante do que foi dito nos tópicos anteriores e dadas as diferenças entre o sistema constitucional alemão e o brasileiro, não é possível simplesmente querer transplantar um modelo desenvolvido com base em um sistema para um outro sistema sem a devida atenção.” In: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143-144.

1.3.2 O Modelo adequado de Virgílio Afonso Da Silva

Virgílio Afonso da Silva propõe uma teoria de eficácia horizontal de direitos fundamentais por ele intitulada de “modelo adequado”⁵¹, cujo ponto de partida para a construção de suas ideias é o modelo de três níveis defendido por Robert Alexy, com as devidas adaptações para que a teoria seja compatível com a realidade brasileira. Ao assim se posicionar, diverge em parte dos principais juristas brasileiros que estudam o tema, como Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz, que defendem a teoria da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações interpriadas⁵².

Virgílio Afonso da Silva alerta que modelos distintos não necessariamente levam a diferentes resultados como consequências de suas premissas, citando os estudos de Starck e Alexy nesse sentido. Dito de outro modo, o autor atenta para o fato de que a teoria da eficácia direta e da eficácia indireta são equivalentes quando se observa que o resultado das tensões nas relações interpriadas é a necessária conciliação dos direitos fundamentais e da autonomia individual. Nesse mesmo sentido, foi a conclusão obtida por Franz Bydlinski sobre a convergência de resultados das teorias da eficácia (in)direta dos direitos fundamentais.⁵³

Posta essa justificativa para utilização da conciliação de elementos de várias teorias, como o faz Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva alerta que diverge deste jurista por uma razão. Alexy sustenta que a opção por cada um das teorias dos níveis de seu modelo integrador seria um problema de conveniência e oportunidade na argumentação jurídica. Virgílio entende que, além disso, há que se

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 134.

⁵² Virgílio Afonso da Silva explica que não entende o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como os citados autores, porque estes defendem um único modelo (da eficácia direta) sem flexibilidade e que este seria incapaz de solucionar as diferentes configurações dos problemas interpriados. *In: Ibidem*. p. 134.

⁵³ “Com isso, Bydlinski chega à conclusão de que Nipperdey, principal defensor do modelo de aplicabilidade direta, e Dürig, principal defensor do modelo de efeitos indiretos, concordam no ponto mais importante: ainda que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas e, nesse sentido, vinculem os indivíduos nessas relações, é certo que esses efeitos não podem ser absolutos, senão a autonomia privada desapareceria por completo. Nesse sentido, é preciso conciliar os direitos fundamentais, de um lado, e a liberdade individual, especialmente a autonomia privada, de outro. Na conciliação desses dois campos antagônicos, ambos – o direito fundamental em questão e a autonomia privada – terão que ser relativizados.” *In: Ibidem*. p. 143.

considerar o material normativo, porque seria este o condicionador da opção pelos níveis. Ou seja, a escolha pela aplicação dos pressupostos teóricos da eficácia direta ou indireta não dependeria apenas da argumentação, “mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares.”⁵⁴

Desse ponto de partida, o modelo adequado de Virgílio Afonso da Silva se constitui sob os seguintes pilares. O primeiro: direitos fundamentais são princípios e, sendo assim, são mandamentos de otimização, pelo que extrapolam o limite da relação entre indivíduo-Estado para irradiar efeitos nas relações interprivadas. São “normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”⁵⁵ O segundo pilar da teoria guarda relação direta com o conceito de otimização dos princípios fundamentais, cujos efeitos ficam vinculados às condições fáticas e jurídicas existentes e, portanto, vinculados às normas de direito privado ou de direito infraconstitucional em geral.⁵⁶

Com base nesse raciocínio, ao sustentar que os princípios fundamentais como mandamentos de otimização com efeitos condicionados também às condições jurídicas existentes, o autor defende que as normas dispostas na legislação infraconstitucional têm geralmente estrutura de regras, o que impediria *prima facie* a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Os direitos fundamentais chegariam às relações particulares por intermédio do direito privado, o que “exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais.”⁵⁷

Não obstante esse entendimento, o autor destaca que há diversas situações, para as quais não há mediação legislativa ou essa atividade se mostra insuficiente a solucionar o caso concreto, as quais reclamam a aplicação direta dos direitos fundamentais para se fornecer uma solução adequada ao problema. Ressalta que nesses casos é que se encontra a complexidade da tensão entre

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 146.

⁵⁶ Com esses fundamentos, sustenta o autor que seu modelo afastaria as principais críticas feitas à teoria da eficácia indireta (ordem objetiva de valores) e à teoria da eficácia direta (identidade do direito privado). *In: Ibidem*. p. 146-147.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 147.

autonomia privada e direitos fundamentais e, para solucionar, recorre ao conceito de princípios formais.

O autor destaca que princípios formais são normas de validade, não normas de conduta. São os princípios formais que “fornecem razões para obediência a uma norma, independentemente do conteúdo desta última.”⁵⁸ Cita como principal exemplo o princípio da competência decisória do legislador, cujas decisões devem ser respeitadas na maior medida possível, conforme as condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, independentemente de serem materialmente boas. Assevera que esse princípio formal da competência decisória do legislador garante uma liberdade de ação e de decisão, sem a qual ficaria adstrito a ser um concretizador de direitos humanos. Com função equivalente a essa, Virgílio Afonso da Silva refere-se à autonomia privada, defendendo-a como princípio formal que dá validade aos atos de manifestação de vontade dos particulares, mesmo quando há restrição de direitos fundamentais de uma ou de ambas as partes contratantes.

Com essa teoria, a questão que emerge é o meio pelo qual os princípios formais, mormente a autonomia privada, que importa para o caso, relacionam-se com os princípios materiais - os direitos fundamentais. Para o autor, a tensão se resolve com a seguinte interação entre princípio formal e material:

Enquanto os direitos fundamentais, como princípios materiais ou substanciais, tendem a limitar a autonomia privada, o conceito de princípio formal pretende desempenhar exatamente a função oposta, ou seja, garantir o respeito a essa autonomia mesmo nos casos em que há direitos fundamentais envolvidos. Neste ponto é fundamental recorrer ao conceito de competência: enquanto direitos fundamentais são razões para não-competências, princípios formais são razões para competências.⁵⁹

Assim, se tanto o princípio formal da autonomia da vontade quanto os princípios materiais (princípios fundamentais) são princípios e, por conseguinte, mandamentos de otimização realizáveis na maior medida possível, nos limites das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, o que prevaleceria no caso concreto: o ato das partes fundando na autonomia da vontade ou a proteção do direito

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 150.

fundamental restringido com tal ato? Tem-se comumente utilizado como critério para solucionar cada caso concreto o sopesamento entre os princípios.

Não é esse, entretanto, o método eleito por Virgílio Afonso da Silva para enfrentar o problema. Para o autor, não é possível nas relações interprivadas o raciocínio aplicado no caso de colisão de direitos fundamentais, cuja teoria impõe que “quanto maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide” e pelo qual se analisa a legitimidade da restrição ao direito fundamental com a importância da realização do outro princípio fundamental. Essa teoria não se sustenta nas relações interprivadas, porque não é possível fazer comparação e sopesamento entre princípios diferentes: formal (autonomia privada) e materiais (direitos fundamentais). Ademais, a análise nesses casos se consubstancia na definição de “situações em que a autonomia privada deve ser respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado”. Nessa linha de raciocínio, posiciona-se exemplificativamente Daniel Sarmiento ao defender que tanto maior será a proteção a restrição de direitos fundamentais quanto maior for a desigualdade fática entre os particulares. O critério utilizado é somente o grau de desigualdade das partes.

Para o autor esse raciocínio, embora correto, não é o raciocínio do sopesamento, porque naquele critério de valoração da autonomia privada, não se tem uma conexão direta entre graus de realização ou de restrição a direitos fundamentais de um lado, nem de graus de realização ou de restrição a autonomia privada, de outro lado. Ao reconhecer que não se trata de sopesamento, Virgílio Afonso da Silva não afasta a importância do critério mencionado, bem como a fixação de outros parâmetros para se definir a relevância da autonomia privada nas relações entre particulares. Ao contrário, define tal atividade como fundamental para a resolução da questão, convergindo com o posicionamento de Daniel Sarmiento que assim entende:

É muito importante traçar parâmetros e *standards* para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica, e

estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública das decisões jurisdicionais proferidas neste campo.⁶⁰

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva destaca e discorre sobre os seguintes critérios possíveis para delimitação do peso da autonomia privada em face das restrições a direitos fundamentais: a) a assimetria entre as partes envolvidas; b) a autonomia real e a autonomia aparente; c) a precedência *prima facie* e a intensidade da restrição a direitos; d) a autonomia privada e a regra da proporcionalidade; e) conteúdo essencial da autonomia e dos direitos fundamentais.

A assimetria entre as partes envolvidas é um dos parâmetros mais comumente utilizado para justificar a desvalorização da autonomia privada e também é defendido por Virgílio Afonso da Silva sempre que se inferir do caso concreto relações não-igualitárias e uma desigualdade fática entre os particulares que, para ele, não precisa ser necessariamente material, mas sim uma desigualdade de posições no interior de uma relação jurídica. Para o autor, há que se fazer a análise concreta de cada caso para aferir o grau real de autonomia privada das partes, para que “sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.”⁶¹ Tem-se, então, que o fato decisivo para análise de casos de eficácia horizontal de direitos fundamentais é o grau real de autonomia das partes, com ausência de pressões internas e externas e existência de equilíbrio durante toda a relação contratual.

Na hipótese de se estar diante de uma relação interprivada, em que haja equilíbrio entre os contratantes e uma manifestação de autonomia real, em respeito ao princípio formal da autonomia da vontade, o pressuposto de análise deve ser a procedência *prima facie* da autonomia privada sobre os direitos fundamentais restringidos. Como a precedência é *prima facie*, é passível de reversão, o que ocorrerá consoante a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação, segundo a regra de que “o peso do princípio formal expressado pela

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 302-303.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158.

autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade de restrição aos direitos fundamentais envolvidos.”⁶²

Em relação ao critério comumente adotado de aplicação de regra de proporcionalidade por aqueles doutrinadores que entendem que a solução para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é adoção das regras inerentes à colisão e restrição de direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva reitera seu entendimento de que esse não seria o melhor entendimento, pela impossibilidade de sopesamento entre princípios material e formal e pelo fato do sopesamento ser somente um dos instrumentos inerentes à regra da proporcionalidade, que, por seu turno, exige anteriormente ao sopesamento a análise da adequação (é adequada quando tem aptidão a fomentar a realização de uma finalidade) e da necessidade (é necessária se não houver outra medida que seja, ao mesmo tempo, menos restritiva de direitos e tão eficiente quanto a medida adotada). Virgílio Afonso da Silva sustenta que nas relações interprivadas, tanto a análise da adequação quanto a análise da necessidade, encontram barreiras na liberdade e na autonomia das partes disporem os termos contratuais. Assim sendo, se as análises prévias de adequação e necessidade não podem ser realizadas nas relações interprivadas, impede-se a análise de sopesamento. Para o autor, a defesa da aplicação da regra da proporcionalidade equivale a “eliminação da autonomia privada nos casos concretos, culminando, muitas vezes, com uma dominação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.”⁶³

Para delimitação do peso da autonomia privada em face das restrições a direitos fundamentais, emerge a necessidade de delimitar o conteúdo essencial da autonomia privada e dos direitos fundamentais. De todo modo, para Virgílio Afonso da Silva o núcleo essencial da autonomia privada não pode ser garantido às custas do desrespeito aos direitos fundamentais, de tal sorte que a autonomia privada não terá seu núcleo essencial atingido quando, por exemplo, uma diferenciação for ilegítima por se aproximar do desrespeito à dignidade da pessoa humana.

É justamente sobre essa análise do conteúdo essencial da autonomia privada, do direito ao trabalho e do direito à igualdade e à não-discriminação na fase

⁶² Ibidem. p. 160.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.

pré-contratual que se discorrerá com mais detalhe no próximo capítulo do presente trabalho.

Posto isto, como conclusão desse primeiro capítulo, que teve por finalidade esclarecer que a constitucionalização do direito importa a irradiação dos direitos fundamentais em todo ordenamento jurídico, inclusive nas relações interprivadas, viu-se que especificamente no âmbito social-trabalhista, no Brasil, a problemática da vinculação ou não de empregados e empregadores a direitos fundamentais é menos problemática do que nas demais relações interprivadas, face ao disposto no art. 7º da Constituição Federal que vincula expressamente tais partes. Entretanto, viu-se que, mesmo nessas relações laborais, permanece a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais contidos no art. 5º da CF entre empregados e empregados, se ocorreria direta ou indiretamente. Para compreender essa problemática, viu-se que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não ocorre da mesma forma como ocorre na relação entre indivíduo-Estado e, a despeito de todas as teorias que buscam isoladamente dar uma resposta ao problema, elegeu-se no presente estudo como modelo mais adequado para se dar conta da complexidade do fenômeno, o modelo sustentado por Virgílio Afonso da Silva, no qual se concilia na mesma construção teórica fundamentos para eficácia indireta ou direta, a depender do caso concreto e do material normativo existente sobre o tema. É essa ferramenta de trabalho que guiará o presente estudo e que servirá de aporte para análise doutrinária e jurisprudencial da tensão entre o direito a igualdade do empregado e o direito a liberdade de não-contratação do empregador, na fase pré-contratual do contrato de trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA

Para compreensão da problemática da presente dissertação e seguindo o caminho argumentativo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exposto por Virgílio Afonso da Silva, o propósito deste capítulo é o de apresentar considerações sobre o conteúdo essencial da autonomia privada e sobre os direitos fundamentais da igualdade e do direito ao trabalho, para verificar *se e quando* na

fase pré-contratual do contrato de trabalho a diferenciação seria ou não legítima ou, a contrário senso, se e *quando* os limites impostos pelos direitos fundamentais à autonomia privada são ou não legítimos.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO ESSENCIAL, RESTRIÇÕES E EFICÁCIA

Os direitos fundamentais referem-se a diferentes domínios da vida, podendo ser amplos ou restritos. O estudo, a compreensão e a aplicação dos direitos fundamentais em um caso concreto implica o conhecimento de diversos assuntos que se inter-relacionam, incluindo a definição do que os direitos fundamentais protegem, a relação entre os direitos fundamentais protegidos e suas restrições e, ainda, a necessária fundamentação para a proteção e a restrição de direitos fundamentais.

Para tanto, faz-se necessário compreender qual é o conceito e extensão do suporte fático de tais direitos fundamentais, o que se revela importante independente da forma de aplicação de tais direitos, quer seja sob a forma de subsunção, sopesamento, concretização ou outra forma argumentativa:

A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.”⁶⁴

Frise-se que a técnica de solução de casos práticos que demandam o exercício de direitos fundamentais quer na relação entre cidadão/cidadão e cidadão/Estado demanda o conhecimento de âmbito de proteção, o que também fora objeto de destaque por Pieroth e Schlink:

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 68.

A resolução de casos práticos inicia-se com a definição do respectivo âmbito de proteção. Saber em que direito fundamental o particular se pode basear, quando pretende prevenir ingerências do Estado numa conduta, ou quando também deseja a proteção do Estado para sua conduta, é questão que depende do âmbito de proteção em que cai a sua conduta.⁶⁵

Não obstante a importância de se compreender o conceito de suporte fático para a correta aplicação dos direitos fundamentais, o tema é pouco conhecido no direito constitucional brasileiro. Virgílio Afonso da Silva imputa esse fato a duas variáveis: a) o fato histórico das Constituições Brasileiras preocuparem-se mais com a organização estatal do que com os direitos fundamentais; b) o fato do método de trabalho analítico ser menos comum no direito constitucional brasileiro, sendo o conceito de suporte fático utilizado mais comumente no ordenamento jurídico pátrio no direito penal (tipo) e no direito tributário (fato gerador ou hipótese de incidência).

O modelo de suporte fático sustentado por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva e ora utilizado como método de pesquisa, parte do pressuposto abstrato de suporte fático, “ou seja, o conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência”⁶⁶, compondo-se pela soma de dois elementos: a) âmbito de proteção (o que é protegido) e b) intervenção estatal (contra o quê?), e, ainda, pela ausência de fundamentação constitucional para a intervenção. Esses elementos de suporte fático adequados servem tanto para o trato das chamadas liberdades públicas quanto para o trato dos direitos sociais, consistindo a diferença nos conceitos de proteção, intervenção estatal e fundamentação constitucional.

Pieroth e Schlink explicam que o âmbito de proteção refere-se ao domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, podendo ser identificado também como âmbito normativo ou âmbito de regulação:

Este é o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Por vezes, também se lhe chama âmbito normativo do direito fundamental, isto é, o domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção. Quando falamos de âmbito de regulação, tem-se em vista não o âmbito de

⁶⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 67.

proteção, mas o domínio da vida a que se aplica o direito fundamental e em que só ele vem determinar o âmbito de proteção.⁶⁷

Observa-se que o conceito de âmbito de proteção refere-se “àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições.”⁶⁸ Posto isto e retomando o conceito acima de suporte fático defendido por Alexy e Virgílio Afonso da Silva, observa-se que o conceito de âmbito de proteção é um dos seus aspectos, que se completa com os aspectos da intervenção estatal, cuja extensão do conceito (amplo ou restrito) influencia no resultado do suporte fático do direito fundamental.

Assim, emerge outra questão: a da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais. Como se define o âmbito de proteção e o campo da intervenção estatal de cada direito fundamental? Para responder a esse questionamento, Virgílio Afonso da Silva explica que há duas respostas básicas possíveis. Ou entende-se o suporte fático no sentido mais amplo possível, incluindo toda ação, fato, estado ou posição jurídica que contenha qualquer característica do âmbito da vida de direito fundamental (suporte fático amplo) ou busca-se fazer uma triagem e exclusão *a priori* de algumas condutas do âmbito de proteção de direitos fundamentais (suporte fático restrito).⁶⁹

Os argumentos daqueles que sustentam a teoria do suporte fático amplo e, em contrapartida, a teoria do suporte fático restrito para as normas de direito fundamental são apresentados no subcapítulo abaixo, apontando-se ao final as razões pelas quais se entende que a teoria do suporte fático amplo é a teoria estrutural da interpretação dos direitos fundamentais.

⁶⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 302.

⁶⁹ Nesses termos, tem-se “(...) Ou se inclui nesse âmbito toda ação, fato, estado ou posição jurídica que tenham qualquer característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático ou do âmbito da vida de um determinado direito fundamental; ou é necessária alguma forma de triagem prévia, que exclua algumas condutas sabidamente proibidas dessa proteção.” *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 73.

2.1.1 Suporte fático amplo e restrito de direitos fundamentais

As teorias vinculadas ao suporte fático restrito baseiam-se na exclusão *a priori* de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais, sem a necessidade de argumentação constitucional, bastando juízos de conveniência e oportunidade. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “a característica principal (...) é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.”⁷⁰ Assim, os defensores da teoria do suporte fático restrito trabalham com o dever de fundamentar previamente o que está e o que não está no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e qual é a extensão de intervenção estatal. Desse modo, os defensores de tal teoria, descartam a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais.

As teorias que propugnam pela exclusão de antemão das condutas do âmbito de proteção de direitos fundamentais baseia-se em algumas estratégias, sendo mais relevantes três dessas teorias: a da interpretação histórico-sistemática, a da delimitação do âmbito da norma, como definido por Friedrich Müller e a teoria da fixação de prioridade das liberdades básicas, como definido por John Rawls.⁷¹

Em síntese, a interpretação histórico-sistemática como uma estratégia de delimitação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, refere-se ao meio pelo qual se analisa o contexto histórico-cultural da inserção da garantia fundamental na Constituição Federal aliado à análise das relações entre as diversas normas constitucionais. Desse modo não haveria colisão entre direitos fundamentais, “já que a análise do surgimento do texto constitucional ou da inserção de um dispositivo em

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

⁷¹ São várias as estratégias e os conceitos a que os autores recorrem para definir o conteúdo do suporte fático restrito, ou seja, para excluir de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais. Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição das ideia de colisão entre direitos fundamentais. As estratégias mais importantes são: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Muller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. P. 82-83.

determinado contexto seria suficiente para excluir a ação, o estado ou a posição jurídica em questão de uma eventual proteção.”⁷²

Por seu turno, os defensores da teoria da delimitação do âmbito da norma sustentam que a tarefa principal da dogmática dos direitos fundamentais é elaborar uma precisa delimitação da amplitude fática de cada um desses direitos, inclusive porque “nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada”⁷³. Friedrich Müller é um dos principais autores desse entendimento, defendendo a ideia de limite e delimitação, fundada no conceito de especificidade e refutando a possibilidade de restrição de direito fundamental:

Na delimitação do conteúdo do direito fundamental e de seus limites – o que nada mais é que a delimitação de seu âmbito de proteção -, um conceito decisivo na teoria de Müller é a *especificidade*. (...) Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que, nesse sentido, possa ser substituída por outra é uma ação não-específica, e, portanto, não protegida pelo direito fundamental. Assim, proibir uma tal ação não é restringir o exercício do direito.⁷⁴

Friedrich Müller entende que cada direito fundamental contém uma garantia que lhe é imposta por seus limites materiais, decorrentes da sua qualidade jurídica, sendo, portanto, a questão dogmática primária a definição da extensão do âmbito da norma e “de forma alguma a maneira pela qual um direito fundamental pode ser restringido.”⁷⁵ Para Müller, o âmbito normativo de cada direito fundamental constituir-se-ia apenas das modalidades materialmente específicas, sendo que o conceito de “específico” definido como “(...) uma forma de exercício quando se pode demonstrar que a ela não falta a conexão material com a estrutura do âmbito normativo do direito fundamental (a ser antes dogmaticamente desenvolvida).”⁷⁶

Em linhas gerais, a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls, como outra estratégia de delimitação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ocorre de três formas

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 85-86.

⁷³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Trad. por Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 244 e seguintes.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 88.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Friedrich Müller. Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 51-69.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 51-69.

diferentes: a) com a redução do número de liberdades fundamentais⁷⁷; b) com a pressuposição de carácter absoluto das liberdades quando em conflito com outros direitos ou com interesses coletivos, incluindo-se aí os direitos sociais, já que esses não fazem parte de qualquer das categorias de direitos elencados por Rawls e c) com a exclusão de determinadas variáveis do suporte fático desses direitos⁷⁸.

Não se utilizará nenhuma das vertentes da teoria do suporte fático restrito para interpretação de direitos fundamentais, por acreditar que a redução *a priori* do âmbito de proteção de direitos fundamentais pode significar uma garantia menos eficaz dos direitos fundamentais, já que estes podem ser restringidos com menos fundamentação constitucional. Virgílio Afonso da Silva explica que as teorias vinculadas ao suporte fático restrito excluem da exigência de fundamentação atos que restringem direitos:

É fácil perceber, portanto, que um modelo que se baseia na redução *a priori* do âmbito de proteção de direitos fundamentais – um conceito que aparentava ser exclusivamente teórico-analítico – tende a significar também uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos.⁷⁹

Robert Alexy também aponta como debilidade das teorias do suporte fático restrito a “não fundamentação da exclusão definitiva da proteção do direito fundamental como um jogo de razões e contra-razões, ou seja, como o resultado de um sopesamento entre princípios.”⁸⁰ Assim, opta-se pela aplicação do método de suporte fático amplo, pela necessidade de argumentação constitucional para se afastar o exercício do direito fundamental em um caso concreto.

⁷⁷ Virgílio Afonso da Silva sustenta que “Para Rawls, fazem parte do rol de liberdades fundamentais apenas as liberdades de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação, as liberdades decorrentes da integridade das pessoas e os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito.” *In: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* Malheiros Editores. p. 90.

⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva explica que “Rawls vale-se da distinção entre regulamentação e restrição. Segundo ele, para que as liberdades fundamentais possam ser combinadas em um sistema e adaptadas a certas condições sociais necessárias para o seu exercício duradouro, é preciso que sejam regulamentadas. Desde que seu conteúdo essencial seja respeitado, os princípios de justiça estarão garantidos.” *In: Ibidem.* p. 91.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* Malheiros Editores. p. 125.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 321.

As teses das teorias vinculadas ao suporte fático amplo não se concentram em definir o que está e o que não está no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e qual é a extensão de intervenção estatal e sim, em definir qual é a fundamentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções. Muda-se o foco. Para estes, o importante é o momento da fundamentação da intervenção, não havendo se que se falar em exclusões *a priori*.

Para responder à pergunta sobre o que está protegido pelos direitos fundamentais, os defensores do suporte fático amplo sustentam que se “inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite e favor de sua proteção.”⁸¹ Ou pode ser também ser compreendido como:

(...) toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis.⁸²

Isso não equivale a dizer que se está diante de direitos absolutos, porque tais direitos fundamentais podem sofrer restrições, dependendo de sopesamento no caso concreto. Nesse sentido, Jorge Reis Novais, ao propugnar pela aplicação da perspectiva da teoria externa, alerta que isso “*não significa, contudo, que quaisquer práticas ou comportamentos humanos desenvolvidos no âmbito desses domínios gozem de protecção jusfundamental, havendo sempre que apurar, através da interpretação jurídica, qual a amplitude*”⁸³ do direito fundamental.

No presente estudo, defende-se que os direitos fundamentais devam ter seu conteúdo definido consoante os pressupostos analíticos do modelo de definição de suporte fático amplo, cuja importância está no fato de criar e exigir argumentação e de fundamentação para os aplicadores do direito, o que importa em aumentar a proteção dos direitos fundamentais, conforme pontua Virgílio Afonso da Silva:

Um modelo como o que se pretende defender neste trabalho tem como função sobretudo criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito; exigências, essas, que levam a uma possibilidade mais sólida de

⁸¹ Ibidem. p. 322.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 110.

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 303.

diálogo intersubjetivo e, conseqüentemente, a uma maior proteção aos direitos fundamentais.”⁸⁴

Assim sendo, como a teoria do suporte fático amplo impõe uma exigência argumentativa para restringir direitos fundamentais constitui, como conseguinte, uma garantia mais eficaz e transparente de tais direitos. Até mesmo porque o cidadão interessado em saber as razões pelas quais não poderá usufruir do seu direito fundamental, se sentirá mais convencido de que não poderá fazê-lo se souber as razões pelas quais os direitos fundamentais de outra pessoa ou de interesses comunitários se sobrepõem aos seus em um determinado caso concreto. Essa é a conclusão apontada por Robert Alexy, como contraponto à crítica feita à teoria do suporte fático amplo de que esta seria desonesta porque garantia direitos que seriam eliminados no caso concreto:

(...) Basta apenas mais um pequeno passo para se perceber que a objeção da desonestidade não atinge a teoria ampla do suporte fático. Pelo contrário: um cidadão que não se interessa apenas pelo resultado, mas também por sua construção e sua fundamentação, considerará mais honesto e convincente se a não-garantia de uma proteção no âmbito dos direitos fundamentais for fundamentada com base na existência de direitos fundamentais de outras pessoas ou interesses comunitários constitucionalmente protegidos que se contrapõem ao seu direito.⁸⁵

Dessa opção pela aplicação da teoria do suporte fático amplo, decorre a necessidade de estudar outra questão decorrente da expansão do suporte fático: a necessária restrição entre direitos fundamentais, o que se apresenta sob duas perspectivas distintas, da teoria interna e da teoria externa.

Alexy explica que os defensores da teoria externa sobre o suporte fático dos direitos fundamentais adotam a concepção de restrição de direitos fundamentais, pelo que haveria, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que restasse do direito após a restrição, o direito restringido. Já para os defensores da teoria interna, haveria um cenário distinto: não haveria duas situações (o direito fundamental e a sua restrição) e sim uma só, a do

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 124.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 326-327.

direito com um determinado conteúdo, sendo o conceito de restrição substituído pelo conceito de limite.⁸⁶

Nas palavras de Martin Borowski, os defensores da teoria externa da restrição de direitos fundamentais pressupõem a “*existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho prima facie o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado.*”⁸⁷ E, para os defensores da teoria interna “*existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado.*”⁸⁸

Assim, a ideia central da chamada teoria interna consiste na definição dos limites de cada direito como algo interno ao próprio direito (limites imanentes), cuja fixação é um processo interno, decorrente da relação de unidade entre o conteúdo e os intrínsecos limites do direito constitucional, que não se define e nem se influencia por aspectos externos. Para esses teóricos, os limites decorreriam da própria substancialização dos direitos fundamentais, como dispõe Jorge Reis Novais:

Os limites não são elementos externos legitimadores de intervenções ablativas no conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim concretizações da sua substância jurídica, fronteiras do seu âmbito de garantia constitucional, reveladas a partir “de dentro” do direito, ou seja, “limites imanentes” aos direitos fundamentais cuja eventual positivação, na qualidade de elementos negativos da sua previsão normativa, tem um carácter meramente declarativo.⁸⁹

Sendo assim, para os adeptos de tal teoria, não há que se falar em colisões com outros direitos fundamentais, porque tais direitos existiriam necessariamente limitado e o eventual exercício de um desses direitos que conflitasse com outro direito, não se reconhece mais como um direito e sim como ação sem direito. “*Toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe.*”⁹⁰ De todo modo, seus teóricos reconhecem que “os direitos fundamentais (...) não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente,

⁸⁶ Ibidem. p. 277.

⁸⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003. p. 66-67.

⁸⁸ Ibidem. p. 68.

⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 313.

⁹⁰ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003. p. 68.

pela própria Constituição.”⁹¹ O que se critica é o déficit de fundamentação e argumentação que a teoria interna demanda e a concentração de poder ao Poder Legislativo, o que poderia legitimar atitudes arbitrárias do Estado para restringir direitos fundamentais.

Em contrapartida à teoria interna, como supra mencionado, a ideia central da chamada teoria externa não pressupõe a existência de apenas um objeto (o direito e seus limites imanentes), porque divide o objeto em dois a) o direito em si e b) as restrições de tal direito. Partindo dessa premissa, tal teoria adiciona as ideias de que os princípios fundamentais possuem uma extensão *prima facie*, o que não lhes garante uma existência de direitos absolutos, mas cujas restrições somente se dão no caso concreto, chegando-se à ideia de sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais. Em outro nível, chega-se à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁹²

Para os adeptos da teoria externa, há clara distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, cuja definição somente se dá a partir de condições fáticas e jurídicas existentes, mediante o sopesamento e ampla fundamentação e justificativa das intervenções restritivas aos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva destaca a importância da argumentação, de regras de valoração, de modo que seja possível “sustentar que uma medida estatal que restrinja direito fundamental seja constitucionalmente justificável se, além de adequada para fomentar o objetivo que persegue, não houver medida alternativa que seja tão eficiente quanto e que restrinja menos o direito atingido.”⁹³

Jorge Reis Novais destaca o mérito da teoria externa como um modelo adequado para se analisar as intervenções restritivas de direitos fundamentais, em virtude da necessidade de construção argumentativa constitucional, por permitir o efetivo exercício do controle das intervenções estatais, ponderando que se trata de

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 131.

⁹² Virgílio Afonso da Silva defende: “Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não tem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.” In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores. p. 138.

⁹³ *Ibidem*. p. 174.

(...) Um modelo essencialmente garantístico orientado para o controlo das restrições aos direitos fundamentais, isto é, um controlo que, desencadeado pela presença de uma intervenção estatal no âmbito da proteção de um direito fundamental, se destina a verificar se tal intervenção tem justificação constitucional, ou seja, se está coberta pelos limites dos direitos fundamentais e se preenche os requisitos constitucionais exigidos.⁹⁴

Posto isto, considerando a racionalidade que rege a teoria do suporte fático amplo como meio legitimador de intervenções nos direitos fundamentais, adota-se tais fundamentos, nos termos da teoria externa, como pressuposto metódico de interpretação dos direitos fundamentais, discorrendo nos subcapítulos que seguem sobre os direitos fundamentais materiais do direito geral à igualdade e do direito ao trabalho e também sobre o princípio formal da autonomia privada, para nos capítulos seguintes, dispor sobre a aplicação de tais direitos fundamentais na fase pré-contratual das relações de emprego para compreender se e quando as restrições ao direito fundamental ao tratamento igualitário e não discriminatório nas relações de emprego são ou não legítimas.

2.1.2 Direito geral à igualdade

O suporte fático do direito geral à igualdade, em suas diferentes dimensões, positiva ou negativa, não é de fácil definição, sendo imprescindível a interpretação do princípio consoante à construção argumentativa jurisprudencial e doutrinária contemporânea para se compreender como pode ser feito o uso deste direito fundamental prescrito no *caput* do artigo 5º da CF, que preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”⁹⁵.

Preliminarmente, faz-se necessário distinguir o direito geral de igualdade dos direitos de igualdade específicos⁹⁶. O direito geral de liberdade fundamenta-se no art. 5º, *caput* da CF combinado com o art. 3º, IV da CF e os direitos de igualdade

⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 300.

⁹⁵ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 393.

específicos podem ser encontrados exemplificativamente nos artigos 3º, I; art. 5º, XLI; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV, art. 37, I e VIII. No presente subcapítulo, discorre-se sobre o direito geral de igualdade e no capítulo seguinte, discorrer-se-á sobre os direitos de igualdade específicos às relações de emprego, mormente aqueles incidentes na fase pré-contratual.

Faz-se necessário também fixar algumas premissas para se afastar o pensamento reducionista sobre o direito geral à igualdade. O direito geral à igualdade implica reconhecer que nem sempre há que se ter um tratamento igual e que nem sempre há que se proibir o tratamento desigual, já que “entre pessoas, coisas ou situações sempre há desigualdades fáticas, ao menos parciais ou relativas. Não há nem igualdade fática absoluta, nem desigualdade fática absoluta.”⁹⁷ Nesse mesmo sentido, Alexy expõe que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade das características naturais e das condições fáticas e que essa igualização de todos seria inclusive indesejável, até mesmo porque “(...) a igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado.”⁹⁸

Implica também reconhecer que o conceito de igualdade é relacional, porque há que se ter ao menos duas partes, já que “*siempre supone la comparación entre personas, grupos de personas o estados de cosas*”⁹⁹. E, por conseguinte, as análises sobre a (des)igualdade resultam da comparação entre pessoas com relação ao *tertium comparationis* (terceiro elemento da comparação). “A igualdade – tanto quanto a desigualdade – entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade – ou desigualdade - em relação a determinadas características.”¹⁰⁰ Esse elemento de comparação pode resultar de juízos de realidade ou de juízos de valor, devendo

⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 397.

⁹⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003. p. 117.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 399.

sempre estar vinculado à finalidade que se objetiva com o tratamento (des)igual.¹⁰¹

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.¹⁰²

O direito geral à igualdade consta expressamente da Constituição Federal, tanto do preâmbulo como de suas normas, apresentando-se “tanto como um princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito, quanto na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado”¹⁰³, além de ser a pedra angular no neoconstitucionalismo.

O direito geral à igualdade vincula todo o Poder Público, cabendo ao Poder Legislativo observá-lo na elaboração de normas, igualando ou desigualando pessoas, coisas ou situações, por justificação racional e pelo princípio da proporcionalidade, bem como proibindo a discriminação na edição de normas. Até mesmo porque “não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.”¹⁰⁴ Vincula também o Poder Executivo e Judiciário, cabendo observá-lo na gestão pública, na interpretação e na aplicação das normas, sendo vedados “sem introduzir diferenciações ou exceções não previstas pelo legislador ou, se não estabelecidas pelo legislador, que não possam ser racional e objetivamente articuladas desde a Constituição.”¹⁰⁵

O seu suporte fático decorre da aplicação da forma clássica aristotélica que prevê que “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente” combinada com a proibição de se fazer distinções de qualquer natureza, o que, em termos de aplicabilidade, refere-se a “um feixe de direitos subjetivos com estruturas

¹⁰¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233-234.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 17.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 523.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 9.

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 240.

das mais variadas”¹⁰⁶, que ora sistematiza-se em três comandos para fins didáticos: a) mandamento de tratamento igual; b) mandamento de tratamento desigual (dimensão positiva) e c) proibição de tratamento discriminatório (dimensão negativa).

Na sua dimensão positiva, o direito geral à igualdade impõe os mandamentos de tratamento igual ou desigual, cujo grau de indeterminação nos casos concretos demanda argumentos substanciais, racionais, objetivos e razoáveis para se considerar as ações justas e não arbitrárias. Robert Alexy destaca que na jurisprudência alemã o tratamento arbitrário e lesivo ao direito geral à igualdade seria aquele que não contemplasse uma razão objetiva e fundamentada para tanto:

O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária.¹⁰⁷

E, consoante esse entendimento jurisprudencial, Alexy apresenta regras específicas baseadas na racionalidade para tratamento igual e tratamento desigual, fundamentadas na distribuição do ônus argumentação para o tratamento desigual, em favor do tratamento igual. Para a análise do tratamento igual, a regra seria: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.”¹⁰⁸ E, para a análise do tratamento desigual, a regra seria: “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.”¹⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal tem construído o argumento na jurisprudência brasileira de que o tratamento igual ou desigual justifica-se e, portanto, legitima-se, sempre que a diferenciação pautar-se em critérios impessoais, racionais e objetivos e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.¹¹⁰ Para exemplificar, insta fazer referência à recente decisão unânime do STF proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 186), na

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 432.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 403.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 408.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 409.

¹¹⁰ A título exemplificativo, cite-se os argumentos expressos no julgamento do Rext n.º 181.371 – SP e da Adin 1.813-DF.

qual se concluiu pela constitucionalidade dos tratamentos diferenciados a alunos afros-descendentes para ingresso nas universidades públicas, por intermédio de cotas raciais, entendendo tratar-se de política pública razoável, proporcional, provisória e necessária a superar a desigualdade histórica existente entre brancos e negros¹¹¹.

Observa-se que a justificação jurídico-constitucional é basilar para a concessão de um tratamento desigual, estando autorizados os tratamentos distintos que forem justificáveis racional e argumentativamente consoante os interesses protegidos na Constituição. Há que se “investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.”¹¹²

A finalidade do direito geral à igualdade, em sua dimensão positiva é promover a igualdade fática, como destaca Wilson Steinmetz:

O mandamento de diferenciação ou de desigualdade de tratamento tem por finalidade promover a igualização, isto é, produzir, imediata ou progressivamente, situações ou relações de igualdade onde elas ainda não existem.¹¹³

É certo, entretanto, que a igualdade fática, assim entendida como “um programa para a distribuição dos bens socialmente distribuíveis”¹¹⁴, como objeto do princípio da igualdade, justifica-se como um tratamento jurídico distinto somente se a promoção dessa igualdade fática for prevacente sobre todos os demais princípios relevantes colidentes no caso concreto, inclusive com o princípio da autonomia privada, no seu aspecto de liberdade negativa.

Em relação à dimensão negativa do princípio geral da igualdade, ou seja, sobre a proibição de tratamento discriminatório, baseada no enunciado do art. 3º, IV da CF, que dispõe que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

¹¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em 16 dez.2012.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38.

¹¹³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 241.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 425.

quaisquer outras formas de discriminação”, vale destacar que essa norma atribui o direito subjetivo das pessoas não serem discriminadas por quaisquer fatores incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

O entendimento sobre a dimensão negativa do princípio geral da igualdade, que importa a proibição de qualquer discriminação, implica delimitar o conceito semântico de “discriminação”, definido atualmente sempre com conotação negativa e em oposição à neutralidade do conceito de diferenciação. Nesse sentido, inclusive, Wilson Steinmetz manifesta-se:

(...) na semântica atual da linguagem dos direitos fundamentais ‘discriminação’ não é um termo neutro e não se confunde, ao menos in totum, com o conceito de diferenciação. ‘Discriminação denota sempre distinção, exclusão, restrição ou preferência apoiada em um preconceito sobre características ou traços definidores- e, por isso essenciais – de pessoas ou de categorias de pessoas. (...) A distinção deve ser orientada por um preconceito a respeito do elemento definidor e ter como objetivo impor um tratamento injusto, excludente ou segregador.¹¹⁵

A finalidade do direito geral à igualdade, em sua dimensão negativa é evitar a marginalização de pessoas ou grupo de pessoas, impedindo “criação e a cristalização de subclasses sociais ou subcategorias sociais com base em fatores (de discriminação).”¹¹⁶

Em síntese, insta citar as dimensões do princípio geral da igualdade, a partir do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Nessa perspectiva, mas considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira, já delineada, é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigações de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, que pressupõe a eliminação pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.¹¹⁷

¹¹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 244-245.

¹¹⁶ Ibidem. p. 245.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 525.

Ainda, por fim, é possível afirmar que os particulares vinculam-se ao direito geral à igualdade, ainda que colidente, em determinada medida, com o princípio da liberdade típico das pessoas privadas, sendo certo, portanto, que cada caso importará soluções dogmáticas distintas, quer por eficácia direta ou indireta do direito fundamental em tela. Ao dispor sobre esse assunto da tensão entre o princípio da igualdade e o da liberdade, Ingo Wolfgang Sarlet conclui que, embora aparentemente conflituosa a relação entre esses princípios, é possível concluir que no ordenamento jurídico ambos se complementam e implicam um equilíbrio entre as posições de todos os indivíduos:

Dito de outro modo, a exigência política da maior liberdade social possível conflita com a exigência política de maior igualdade social possível, visto que a liberdade social também é a liberdade do mais forte e a igualdade social é justamente de oportunidades por parte do mais fraco. Todavia, quando se trata de assegurar ambos os valores na condição de direitos fundamentais da pessoa humana, ambas fundadas na noção da igual dignidade de todos os seres humanos, tal como emblematicamente enunciado também na declaração dos direitos humanos da ONU, que no seu art. 1º, enuncia que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos", é possível partir do pressuposto de que igualdade e liberdade não conflitam necessariamente entre si, mas se complementam e implicam um equilíbrio entre as posições de todos os indivíduos.¹¹⁸

Nesse mesmo sentido, Pieroth e Schlink destacam que, apesar de haver uma aparente relação conflituosa entre a exigência política do máximo possível de liberdade social e a exigência política do máximo possível de igualdade social, tais garantias constitucionais de igualdade e de liberdade não são conflitantes, à medida que ao legislador incumbe fazer a mediação das relações interprivadas, para balanceá-las:

(...) as garantias jurídico-fundamentais de liberdade e de igualdade encontram-se lado a lado, numa relação não conflituosa. Deixam, em larga medida, ao critério do legislador a amplitude da margem que pretende deixar aos fortes e a quantidade de proteção que pretende conceder aos fracos, isto é, o modo como ele pretende satisfazer as exigências políticas de sentido oposto.¹¹⁹

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 528-529.

¹¹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

Confluindo com esse posicionamento, Ingo Wolfgang Sarlet também destaca que o direito geral de igualdade influencia-se nas relações interprivadas pelo princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, de tal modo que “em princípio, a projeção do direito geral de igualdade e mesmo das cláusulas especiais de igualdade na esfera das relações privadas será mediada pelo legislador, pois é este quem regula tais relações, inclusive na esfera de um direito contra a discriminação.”¹²⁰

Diante desse cenário, seria impossível, portanto, generalizar que em todas as situações privadas devesse haver a prevalência do direito geral à igualdade sobre a liberdade, porque essa imposição aniquilaria o direito das pessoas balizarem suas opções de contratação também por motivações de foro íntimo, sendo interessante para reflexão do assunto transcrever a ponderação feita por Wilson Steinmetz:

(...) Têm razão aqueles que sustentam como regra geral a prevalência do princípio da liberdade e, mais precisamente, do princípio da autonomia privada. Obrigar os particulares a ter ou a apresentar, sempre, uma justificação racional e objetiva para o tratamento, igual ou desigual, seria, na prática, restringir e até mesmo eliminar o direito a fazer escolhas fortuitas, a pautar sua conduta social por preferências de foro íntimo, a decidir movido por sentimentos de simpatia, empatia e antipatia; em suma, seria restringir ou eliminar o direito de ser livre para conduzir-se segundo motivações não racionalizáveis ou não controláveis intersubjetivamente.¹²¹

Logo após essa consideração sobre a impossibilidade de generalizar a imposição de vincular os particulares ao direito geral à igualdade, Steinmetz argumenta, entretanto, que há situações nas quais também os particulares devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, concluindo que nestas situações “há uma precedência *prima facie* do princípio da igualdade e um ônus de argumentação para o princípio da autonomia privada.”¹²² Os direitos de igualdade específicos dos trabalhadores expressos na Constituição Federal, em Resoluções da Organização Internacional do Trabalho e na legislação ordinária (Lei Federal n.º 9.029/95) serão objeto de análise no capítulo seguinte do texto, após a

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 533.

¹²¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 262.

¹²² *Ibidem*. p. 263.

compreensão do suporte fático do direito fundamental ao trabalho digno e do conteúdo da autonomia privada.

2.1.3 Direito fundamental ao trabalho digno

O suporte fático do direito ao trabalho digno, constituído por um feixe de obrigações e faculdades, comportando direitos a abstenções, prestações positivas ou direitos subjetivos de intervenção na esfera de outrem, é descrito de modo ainda incipiente na doutrina e na jurisprudência brasileira. A descrição do suporte fático desse direito demanda a compreensão de que a) trata-se de um direito social com garantias constitucionais típicas dos direitos fundamentais e b) o direito ao trabalho digno não se confunde e não se reduz ao direito ao emprego, ao direito ou dever de trabalhar ou à liberdade do exercício profissional.

De início, registre-se que o direito ao trabalho está expressamente consagrado no artigo 6º da Constituição Federal que dispõe que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹²³

A Constituição Federal, ainda, define os valores sociais do trabalho, junto com a livre iniciativa, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)¹²⁴, assegurada a liberdade de exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII)¹²⁵. É a Constituição também quem define que a ordem econômica deverá ser organizada consoante os ditames da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a

¹²³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

¹²⁴ “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

¹²⁵ “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: (...)XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

valorização do trabalho humano (art. 170)¹²⁶, consoante os princípios da função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e do pleno emprego (art. 170, VIII), para que todos possam subsistir com dignidade (art. 1º, III)¹²⁷. Ainda no plano constitucional, destaque-se o disposto nos artigos 7º a 11 e no art. 10 do ADCT, os quais também tratam do direito ao trabalho com configurações específicas.

Posta, em síntese, essa regulamentação jurídica, há que se discorrer sobre a teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, lembrando que, mesmo após a consagração histórica dos direitos sociais nas Constituições, enfrenta-se o problema da relevância jurídica dos direitos sociais como garantias constitucionais, com a possibilidade de sua plena realização prática.¹²⁸ O debate doutrinário e jurisprudencial gira em torno do reconhecimento da justiciabilidade e alcance jurídico dos direitos sociais, mais especificamente se há ou não diferença de relevância jurídico-constitucional entre os direitos sociais e os direitos de liberdade.

De fato, não há um regime dos direitos sociais e um regime de direitos de liberdade, como bem defende Jorge Reis Novais¹²⁹. Há um regime de direitos fundamentais, que inclui tanto os direitos sociais quanto os de liberdade. Há uma dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais que impõe ao Estado os deveres de respeitar, de proteger e de realizar tais garantias constitucionais. Esse feixe de faculdades inerentes a um determinado direito fundamental faz com que um

¹²⁶ “art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

¹²⁷ “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 dez.2012.

¹²⁸ Luciano Augusto de Toledo Coelho ciente dessa questão alerta que “a noção de trabalho digno como direito fundamental, portanto, passa por uma elevação da categoria dos Direitos Sociais e pela busca de sua efetividade, busca que não passa sem críticas ante os paradoxos envolvidos.” In: COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 39.

¹²⁹ Nesse sentido, Jorge Reis Novais explica que: “As idéias directrizes desta proposta são as de atribuição aos direitos sociais de uma relevância plena enquanto direitos fundamentais, acompanhada do reconhecimento de uma especificidade de natureza de que resultam conseqüências de diferenciação num quadro de uma dogmática una e abrangente de protecção jurídica dos direitos fundamentais.” In: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 251.

mesmo direito fundamental comporte direitos a abstenções, prestações positivas ou direitos subjetivos de intervenção na esfera de outrem. Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade:

*Assim, num mesmo direito fundamental unitariamente designado podemos encontrar poderes de exigir um comportamento negativo dos poderes públicos, combinados com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem, poderes que têm muitas vezes recortes diferentes e aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou de não-intromissão, deveres de acção e de prestação, deveres de tolerar ou sujeições.*¹³⁰

É certo que essa tripartição em deveres de proteção, respeito e promoção impõe ao Estado o dever de atuar tanto na dimensão positiva dos direitos sociais, de promoção e fornecimento de uma prestação pelo Estado, quanto na dimensão negativa dos direitos sociais, de não atentar ou suprimir uma prestação que o particular já tenha alcançado. Especificamente em relação ao dever de proteção, Jorge Reis Novais evidencia que a dogmática uma dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de proteção quer seja de um direito social ou de liberdade, tendo o Estado

*exactamente o mesmo dever de proteção do direito à saúde (direito social) ou do direito à integridade física (direito de liberdade), do direito à inviolabilidade de domicílio (direito de liberdade) ou do direito à habitação (direito social), da liberdade de aprender e ensinar (direito de liberdade) ou do direito ao ensino (direito social).*¹³¹

Além de proteger a realização dos direitos sociais frente a uma ameaça, também tem o Estado o dever estatal de prestação fática material de direitos sociais para possibilitar o acesso individual a bens custosos essenciais a uma vida com dignidade a quem não dispõe de recursos financeiros para tê-los. São os custos dos direitos sociais das prestações fáticas que implicam discussões delongadas que perpassam as ideias de escassez de recursos estatais e de legalidade das opções legislativas e executivas para realização de determinado direito social em detrimento de outro, o que não será objeto de análise neste estudo.

¹³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1987. p. 172-173

¹³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 55.

Além do dever da prestação fática material, o Estado também se desincumbe do dever de prestação do direito social pela prestação normativa, editando leis contra um particular, quando, por exemplo, estipula um salário mínimo como contraprestação a ser paga aos empregados pelos empregadores.

Em contrapartida a essa ideia, a natureza jusfundamental dos direitos sociais, com reconhecimento formal nas Constituições, encontra bastante reserva dogmática de teorias que pretendem afastar a equiparação do regime dos direitos sociais ao regime dos direitos de liberdade, pelas seguintes razões sistematizadas: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do financeiramente possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais.”¹³²

Sem tecer maiores comentários sobre tais objeções dogmáticas ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, retoma-se a premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais como o são os direitos de liberdade para seguir adiante nos modelos de alcance jurídico dos direitos sociais na dimensão subjetiva positiva e negativa.

Na dimensão positiva, Jorge Reis Novais tece considerações sobre os modelos em torno de um mínimo social¹³³ (mínimo social como mínimo existencial ou como garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais) e também sobre os modelos fundados no juízo de razoabilidade e ponderação que buscam garantir além do mínimo existencial (modelo do Tribunal Constitucional sul-africano¹³⁴ e da

¹³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 87

¹³³ Jorge Reis Novais critica as teorias que versam sobre o mínimo existencial por diversos argumentos ideológicos, entendendo que “Na realidade, mais que resolução do problema, o modelo funciona como compromisso ou pausa no desacordo, já que tudo acaba por ser remetido para os planos nunca perfeitamente esclarecidos do que se entende por mínimo social e, sobretudo, de como deve o poder judiciário, no respeito pela separação dos poderes, chegar à respectiva fixação num processo de competição/controlo relativamente às escolhas alternativas de responsabilidade do poder político.” Para aplicação desse modelo, segundo o autor, é necessário um apuramento de mínimo razoável, após avaliações políticas e financeiras e também da relevância e urgência da realização do direito social. *In*: Ibidem.

¹³⁴ Jorge Reis Novais explica que “Em termos de sentido geral orientador, o princípio da razoabilidade, tal como interpretado pelo Tribunal Constitucional, não significa uma exigência de escolha da melhor, da mais barata ou da medida ótima para realizar um dado objectivo social; ao contrário, a base de partida constitucional é a de que, na observância da exigência da razoabilidade é sempre legítimo fazer diferentes opções políticas num leque alargado de possíveis escolhas não inconstitucionais.” *In*: Ibidem.

teoria dos direitos fundamentais como princípios¹³⁵). Por seu turno, em relação à dimensão subjetiva negativa dos direitos sociais, o jurista faz uma análise crítica sobre a teoria da proibição do retrocesso¹³⁶.

Após expor sua visão crítica para afastar a aplicação de cada um desses modelos, Jorge Reis Novais defende a aplicação dos direitos sociais consoante à teoria das restrições aos direitos de liberdade, baseada na teoria da restrição de direitos fundamentais.

Reconhecido, portanto, que os direitos sociais são direitos fundamentais como o são os direitos de liberdade e que há uma dogmática una a reger a aplicação de tais direitos, o próximo passo é a apresentação da construção argumentativa sobre o conteúdo do direito social ao trabalho, que abarca uma complexidade de posições jurídicas subjetivas, tanto nos aspectos de direito social quanto de direitos de liberdade, possuindo dimensões objetiva e subjetiva. Como bem pontua Leonardo Vieira Wandelli:

Trata-se, então de compreender que, em torno de “um” direito ao trabalho, enfeixa-se um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas), quanto de caráter defensivo, como direitos de proteção, assim como emanam, desse mesmo direito, obrigações ao Estado e aos particulares, de respeitar, proteger, e satisfazer, que configuram a sua dimensão objetiva.”¹³⁷

¹³⁵ Para Jorge Reis Novais é insustentável a aplicação da teoria dos direitos fundamentais como princípios, nos termos defendido por Alexy, enquanto direitos *prima facie* sujeitos a ponderação. Para ele a análise de ponderação demandaria a análise de um contexto multifacetado: “(...) *Diferentemente do que ocorre nos direitos de liberdade, não se trata apenas de sopesar, nos dois pratos da balança, os pesos do direito fundamental restringido, num lado, e dos bens que justificam a respectiva restrição, no outro; no caso dos direitos sociais, ao peso material dos bens que se opõem à realização do direito social deveria ser acrescido o peso da escassez de recursos financeiros para realizar o direito social e o peso da dificuldade formal da reserva da competência orçamental do legislador. Seria todo esse conjunto multifacetado e heterogêneo a ser contrabalançado com o direito social.*” In: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

¹³⁶ Entende que a análise da relevância dos direitos sociais em torno do princípio da proibição do retrocesso é insustentável porque a) há épocas de escassez moderada de recursos que atrai a observância da reserva do possível; b) um aparente retrocesso em determinado direito social pode se justificar pela necessidade de promoção de outro direito social; c) o conceito de retrocesso não é absoluto e d) os demais direitos fundamentais (os direitos de liberdade) não têm essa proibição.

¹³⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 335. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p. 335-336.

Fato é que, a par de todas as posições jurídicas subjetivas que se possa conjecturar, a construção jurídica e jurisprudencial brasileira não reconhece o direito ao trabalho como sinônimo de direito ao emprego. Isto porque, dentre outras razões, o emprego não é o único meio de trabalho, capaz de assegurar condições de subsistência humana e de desenvolvimento social, sendo possível fazê-lo por intermédio do trabalho autônomo:

Certo é que o emprego não é o único instrumento capaz de assegurar função socioeconômica, bem como sentido de pertencimento e também de inclusão social para os indivíduos no seio da sociedade. Da mesma forma, outras relações de trabalho como, por exemplo, o labor autônomo pode fazê-lo.¹³⁸

Estatisticamente, inclusive, o IBGE divulgou que, no mês de outubro de 2012, 49,1% da população ocupada referia-se a empregados com carteira de trabalho assinada no setor privada; 10,5% a empregados sem carteira de trabalho assinada no setor privado; 7,7% como militar e funcionário público; 17,7% como trabalhadores autônomos e 4,5% como empregador.¹³⁹ Não se discutirá, assim, as relações de trabalho lato sensu e a universalização da proteção do Direito do Trabalho, que hoje protege a relação de emprego e os trabalhadores avulsos, para um modelo universal de Direito do Trabalho, apto a tutelar o direito de todo trabalhador livre¹⁴⁰, ainda que se reconheça a nobre e relevante importância deste estudo para o desenvolvimento da dogmática jurídica emancipatória. Tratar-se-á, nos limites que se impõe a este texto, do sentido do direito ao trabalho vinculado à concepção contemporânea de trabalho, que está vinculada ideologicamente ao conceito de trabalho subordinado, do emprego.

A sociedade capitalista hodierna construiu um conceito reducionista de trabalho, limitado àquele que se destina a produzir a mais-valia para o capital, reconhecendo o trabalho subordinado e assalariado como o meio de

¹³⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 227.

¹³⁹ Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2012/pme_201210pubCompleta.pdf>. Acesso em 19 dez.2012.

¹⁴⁰ Essa é a tese propugnada por Gabriela Neves Delgado na sua obra intitulada *Direito fundamental ao trabalho digno*, conforme se infere da leitura do excerto: “O que se propõe nesta obra é um novo modelo de Direito do Trabalho, que se realize pela passagem do modelo atual de Direito do Trabalho (que não é universal, já que regulamenta apenas a relação de emprego e por exceção os trabalhadores avulsos), para um modelo universal de Direito do Trabalho, que seja capaz de tutelar todo trabalho livre e digno, consagrando, portanto, o direito universal ao trabalho digno”. In: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 220.

reconhecimento social, esvaziando-o de sentido e afastando-o da subjetividade humana.

Instituiu-se uma obrigação ética desde o momento em que o trabalho ganhou nova concepção ideológica no “primeiro espírito do capitalismo”, assim entendido o conjunto das ideias que legitimaram o modo de produção capitalista inicial, por intermédio do qual o trabalho passou a ser formalmente livre, tornando-se gradativamente valorizado e dignificado, consoante os ideais burgueses, em contraposição ao trabalho do camponês feudal e do escravo e à noção de degradação que o trabalho possuía na sociedade pré-capitalista. Nesse período é que se dissemina a ideia de que “todos devem trabalhar, mesmo o rico, porque o trabalho é o serviço de Deus. (...). Não ter um ofício é que passou a ser vergonhoso.”¹⁴¹

O trabalho subordinado passou ser visto como o melhor modo e natural de se viver, como uma oportunidade para as pessoas livremente terem acesso à riqueza, pela mobilidade social. Essa ideologia se propaga tão fortemente que aqueles que não se conformam ao padrão capitalista, não aderindo ao estilo de vida de trabalhador subordinado, passam a ser rotulados de vadios e restam excluídos socialmente, como bem pontua Wilson Ramos Filho sobre o trabalho como preceito moral:

Estigmatizados o ócio e a não submissão ao estatuto do salariado, o trabalho subordinado se transmuda em imperativo moral por oposição àquelas condutas daqueles que resistem ao ingresso no modo de vida capitalista, tidos como vadios, como vagabundos ou como malandros.¹⁴²

Desse momento em diante, após esse movimento de valorização e dignificação do trabalho, o trabalho e a pessoa que o executa passaram a estar umbilicalmente vinculadas, de tal sorte que “o trabalho, escrevia Lotmar, é a própria vida do homem, seus êxitos, seus fracassos, suas aspirações, seus perigos.”¹⁴³ Esse é um conceito filosófico e ético do trabalho que perdura contemporaneamente.

¹⁴¹ MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 45.

¹⁴² RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 19

¹⁴³ MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 44.

É nesse cenário da valorização ética do trabalho subordinado que se correlacionará, nesse trabalho, o direito ao trabalho, que existe antes de sua regulamentação jurídica, ao direito do trabalho, como instrumento de regulamentação social no sistema justralhista brasileiro, que “permite a existência formalizada do direito ao trabalho digno, verdadeira essência do homem.”¹⁴⁴

Ressalva-se também que o direito ao trabalho, como direito fundamental, não pode ser confundido tão somente com o “dever de trabalhar” ou com a “liberdade de profissão” ou, ainda, com o “direito a trabalhar”, embora esses conceitos jurídicos tenham pontos de conexão¹⁴⁵. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado destaca:

O direito fundamental ao trabalho digno não pode ser confundido com o direito de trabalhar, muito menos com o direito de escolher um trabalho, porque esses direitos pertencem à esfera da liberdade, ou seja, da faculdade individual de cada ser humano.¹⁴⁶

O dever de trabalhar não está expresso na Constituição Federal de 1988 e não há nenhuma sanção jurídica àquele que não o faça, não obstante exista toda ideologia contemporânea de que aquele que não trabalha não se insere socialmente.

A liberdade de profissão e o direito a trabalhar são conceitos vinculados ao direito de liberdade de exercício profissional contida no art. 5º, XIII, CF, que dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”¹⁴⁷. Esse direito é visto como um direito de liberdade individual de ação profissional, contendo a ideia de liberdade de escolha de um trabalho e a liberdade de exercício de um trabalho. Essa garantia de

¹⁴⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 26.

¹⁴⁵ Leonardo Vieira Wandelli explica que “Embora muitas vezes amalgamados nos textos legislativos, é cada vez mais clara a compreensão de que essas figuras, embora possam ter pontos de contato, constituem conceitos jurídicos autônomos, não se reduzindo, o direito ao trabalho, a nenhuma delas.” In: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 349. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p. 341.

¹⁴⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 71.

¹⁴⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 DEZ.2012.

liberdade somente concretiza-se na realidade consoante às condições fáticas propícias ao seu exercício¹⁴⁸.

Feitas essas ressalvas, passa-se a descrever o que a doutrina tem construído argumentativamente como conteúdo essencial do direito ao trabalho no âmbito das relações de emprego, que é o enfoque da presente pesquisa¹⁴⁹.

Rememora-se o disposto no início deste subcapítulo de que a ordem constitucional define os valores sociais do trabalho, junto com a livre iniciativa, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), prescrevendo que a ordem econômica deverá ser organizada consoante os ditames da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 170), para que todos possam subsistir com dignidade (art. 1º, III). E acresce-se a essas regras constitucionais do ordenamento jurídico, o disposto no artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante o direito ao trabalhador a “condições justas e favoráveis de trabalho” e a “remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.”¹⁵⁰ Da leitura conjugada dessas regras, chega-se à conclusão de que o núcleo essencial do direito ao trabalho seria constituído pela garantia mínima de

¹⁴⁸ Sobre este aspecto, Leonardo Vieira Wandelli sustenta que: “Na realidade, as condições fáticas de possibilidade de sustentar-se, de obter uma determinada formação, de ter outras alternativas de trabalho, são substancialmente determinantes da liberdade de trabalhar. Essa concepção negativa de liberdade formal corresponde a uma prática jurídica que não leva em consideração as necessidades reais dos sujeitos e, em especial, dessa necessidade básica que é o trabalho, sem a qual não se pode falar de uma vida autônoma e digna. Uma liberdade sem as condições necessárias ao seu exercício (capacidades, na nomenclatura de Amartya Sen) é como abrir para o sujeito a porta de uma jaula que se mantém içada no meio do oceano.” In: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 349. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p. 349.

¹⁴⁹ No mesmo sentido do exposto, Leonardo Vieira Wandelli disserta sobre o direito ao trabalho em três diferentes estágios em que se pode decodificar analiticamente a eficácia normativa do direito ao trabalho, a saber: o direito ao trabalho como direito ao conteúdo do próprio trabalho no âmbito das relações assalariadas; o direito ao trabalho nas formas não assalariadas de trabalho e o direito do trabalho como primeiro direito humano e fundamental. In: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 349. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p.362.

¹⁵⁰ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 17 dez.2012.

condições de trabalho e a percepção de uma contraprestação pecuniária capaz de garantir o mínimo existencial para uma vida digna e afastar outras formas de degradação.

Assim, tratar-se-ia o direito ao trabalho de assegurar ao trabalhador o patamar civilizatório mínimo, como dispõe Gabriela Neves Delgado:

Nesse sentido entende-se que a efetividade da proteção ao trabalhador e a viabilização do trabalho digno como direito e valor fundamental, poderão ser melhor alcançadas por meio da regulamentação jurídica – pelo menos, mas sobretudo – dos direitos de indisponibilidade absoluta, essenciais a qualquer trabalhador, como, por exemplo, a preservação da saúde e segurança no trabalho e a garantia de uma contraprestação pecuniária que possibilite ao ser humano a manutenção de seu “mínimo existencial”.¹⁵¹

Contudo, como se está a tratar no presente estudo da análise do direito fundamental sob a perspectiva do suporte fático amplo, *prima facie* a extensão do direito fundamental ao trabalho inclui outras características inerentes do trabalho, além da visão do trabalho como meio de subsistência, como supra mencionado. Inclui-se a concepção de que hoje o trabalho é fundamental para existência humana na sua dimensão filosófica, por ser o trabalho também um dos meios pelo quais as pessoas se realizam, se exteriorizam e constroem a sua subjetividade¹⁵². Sobre essa importância do trabalho para a formação da identidade do trabalhador, o psicanalista francês Christophe Dejours sustenta:

A experiência clínica nos ensina que, fundamentalmente, o sujeito em sua relação com o trabalho, espera que a organização do trabalho lhe ofereça uma possibilidade de contribuição. E não, como se diz com tanta freqüência, que ela lhe ofereça unicamente uma retribuição, nem que fosse em pagamento por seu sofrimento e pelo “sem-sentido” de sua situação subjetiva. Por trás desta expectativa de poder fornecer uma contribuição singular no campo do trabalho, há sem dúvida uma busca de identidade. O que mobiliza o sujeito em sua relação com a tarefa não é apenas a

¹⁵¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 221.

¹⁵² Nesse sentido, Leonardo Vieira Wandelli defende “(...) O trabalho desta maneira, é visto apenas no aspecto parcial de um meio de satisfação de outras necessidades, nos limites da relação de alienação do trabalho. Perde-se, porém, a percepção do direito ao trabalho ele mesmo, de que o trabalho – inclusive, mas não só, o trabalho assalariado – não é só meio de subsistência, mas é em si uma via de realização da pessoa, de desenvolvimento criativo da sua corporalidade, de expressão e exteriorização, de humanização do mundo, de participação societária e de construção da subjetividade pelo reconhecimento.” In: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 363. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p. 363.

compulsividade, ou a força da pulsão, mas sim o propósito subjetivo fundamental de obter, em troca de seu envolvimento e de sua contribuição, um benefício em termos de sentido para si mesmo. Por trás da mobilização subjetiva, está a busca de identidade.¹⁵³

Na realidade, embora se conceba no suporte fático do direito fundamental ao trabalho o direito do trabalhador a ser respeitado como ser humano, que no momento em que presta serviços além de intercambiar sua força física por uma contraprestação financeira, também está desenvolvendo sua personalidade e, que, portanto, tem o direito a ser respeitado como pessoa, com dignidade e não somente como um objeto, o fato é que esse reconhecimento e a conseguinte amplitude do suporte fático do direito fundamental ao trabalho ainda é incipiente na doutrina e na jurisprudência brasileira. E quando se lhe reconhece, como o direito não é absoluto e, portanto, é passível de restrições por meio de sopesamento em cada caso concreto, o que se observa da jurisprudência pátria majoritária é o reconhecimento de que a contratação do trabalho subordinado é um meio legitimado pelo ordenamento jurídico e que o pagamento de salários satisfaz o direito fundamental ao trabalho.

Leonardo Vieira Wandelli ao discorrer sobre o suporte fático do direito fundamental ao trabalho cita exemplificativamente algumas ações que estariam compreendidas no conteúdo desse direito, a saber: a) direito ao conteúdo do próprio trabalho¹⁵⁴; b) direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido¹⁵⁵; c) direito ao desenvolvimento das capacidades profissionais e à reapropriação dos saberes desenvolvidos durante a vigência da relação de emprego¹⁵⁶; d) direito à igualdade nas oportunidades de trabalho¹⁵⁷; e) Proteção em face de despedida¹⁵⁸.

¹⁵³ Ibidem. p. 365.

¹⁵⁴ Segundo o autor, o conteúdo do próprio trabalho inclui o do direito à ocupação efetiva qualificada, para que o trabalho seja um meio de desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

¹⁵⁵ O direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido equivaleria, para o autor, o padrão jurídico do emprego como padrão de proteção, incluindo o dever do Estado/Fiscal de coibir práticas empresariais fraudadoras dessas normas, o dever do Estado/Legislador infraconstitucional não editar normas que contrariem as garantias constitucionais fundamentais e o dever do Empregador não ser conivente com a terceirização precarizante.

¹⁵⁶ Defende o jurista que, nesse aspecto, o direito ao trabalho abarcaria o direito do empregado ser capacitado profissionalmente, não somente como um meio formatador às necessidades de produção, mas como um meio constante de aprimoramento da capacidade potencial do trabalhador, como meio de acesso a bens culturais.

¹⁵⁷ Nesse aspecto, o direito fundamental ao trabalho incluiria, no momento antecedente à celebração do contrato de trabalho, a proteção contra qualquer forma de discriminação no acesso ao emprego.

Assim sendo, é possível afirmar que o direito ao trabalho estende a sua proteção não somente à fase do contrato de trabalho, mas também à sua fase antecedente, durante a fase pré-contratual da relação de emprego, vetando a discriminação e protegendo a igualdade de tratamento dos empregados no acesso ao trabalho.

Postas essas considerações sobre o direito fundamental ao trabalho digno, que inclui o direito ao tratamento isonômico na fase pré-contratual dentre o feixe de obrigações e faculdades do seu suporte fático, passa-se a escrever sobre o direito à autonomia privada, para nos capítulos seguintes agregar todas essas informações e transportá-las para a fase pré-contratual do contrato de trabalho.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA: PRINCÍPIO FORMAL DE DIREITO PRIVADO

A autonomia privada é princípio fundante do direito privado, sendo também intitulado de ‘princípio de ordenação sistemática interna’, ‘pedra angular do direito privado’ e ‘dogma nuclear do ordenamento privado’, caracterizando-se de todo modo por ser a diretriz estrutural do direito privado. Pode ser conceituada como “o poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”¹⁵⁹, facultando-lhes o estabelecimento do conteúdo e da disciplina jurídica de uma relação interprivada. Justamente por possuir essa natureza excepcional de princípio fundamental formal, a autonomia privada não pode ser limitada ou restringida sem argumentação, quando incidente nas relações interprivadas.

A tutela constitucional no ordenamento jurídico brasileiro à autonomia privada decorre da interpretação ao direito geral de liberdade¹⁶⁰, direito de

¹⁵⁸ Para o autor, este seria o eixo determinante do direito ao trabalho. A proteção da despedida imotivada seria o núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho. Isso porque com a desproteção da despedida, os demais direitos da relação de emprego ficariam materialmente esvaziados.

¹⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra. p.89.

¹⁶⁰ “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 (...)”. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

propriedade¹⁶¹, direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão¹⁶², princípio da livre iniciativa¹⁶³, direito de herança¹⁶⁴, a proteção da família, do casamento e da união estável¹⁶⁵ e o reconhecimento dos acordos ou convenções coletivas de trabalho firmados¹⁶⁶, por terem tais direitos o conteúdo da autodeterminação e autovinculação das pessoas ínsito à autonomia privada.

Especificamente em relação ao direito de propriedade e ao princípio da livre iniciativa, vale esclarecer que o exercício de uma atividade empresarial está vinculado ao direito de propriedade e se instrumentaliza por intermédio de contratos, cujo fundamento de celebração é a autonomia de vontade, logo, a Constituição protege a autonomia privada. Nesse sentido, Wilson Steinmetz assim se manifesta: “se o direito de propriedade exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada.”¹⁶⁷

O princípio da livre iniciativa, vinculado historicamente ao direito de propriedade, tem hodiernamente importância e relevância no contexto econômico e

¹⁶¹ “art. 5º (...) XXII - é garantido o direito de propriedade.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶² “art. 5º (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶³ “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” c/c “art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶⁴ “art. 5º (...) XXX - é garantido o direito de herança.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶⁵ “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶⁶ “art. 7º (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

¹⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 201.

social por ser o “aspecto dinâmico do modo de produção capitalista”¹⁶⁸. Nas relações interprivadas, o princípio da livre iniciativa é o campo da autonomia privada, sendo notória a relação existente entre eles:

(...) é manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, como e onde produzir.¹⁶⁹

É fato, entretanto, que o fato da autonomia privada ser princípio formal do direito privado não lhe confere o caráter absoluto ou ilimitado. Chegou-se no Século XIX, no período do Estado Liberal, a creditar o maior valor a esse princípio nas relações interprivadas, as quais se regiam pelos brocardos do *pacta sunt servanda* e do *contractus est lex inter partes*, fundados na liberdade individual, na igualdade formal e na garantia absoluta do direito de propriedade, à margem das relações políticas ou constitucionais.¹⁷⁰ Não havia nesse período influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado e sim uma notável influência do Direito Privado sobre o Direito Constitucional¹⁷¹. No decorrer do Século XX, com o advento do Estado Social, essa autonomia privada típica de um individualismo exacerbado cedeu lugar à interferência ou dirigismo estatal nas relações entre particulares, com a introdução de normas de ordem pública.¹⁷²

Após as alterações do Estado e seus fins, até a fixação hodierna da Constituição na centralidade do sistema jurídico¹⁷³, passou-se gradativamente a aumentar as restrições à autonomia e modificou-se também o conceito de liberdade contratual, acrescentando à autonomia privada o atributo de finalidade social do

¹⁶⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 98.

¹⁷⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 192-193.

¹⁷¹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, S A. 1995. p. 40.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 391.

¹⁷³ Nesse sentido, inclusive, vale citar: “Hoy día, com una Constitución que afirma su normatividad jurídica y que, siguiendo la tónica imperante en el mundo occidental, incorpora a su texto normativo numerosas materias de Derecho civil, la incidencia constitucional en este se hace más patente y universal.” In: FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S A. 1991. p. 36.

contrato, cuja positivação no nosso ordenamento jurídico consta do art. 421 do Código Civil¹⁷⁴. Além disso, há outros conceitos jurídicos indeterminados que regulam as relações interprivadas, tais como “bons costumes” (art. 12, 122 e 187 do CC), “boa-fé” (art. 113, 187 e 422 do CC), “equidade” (art. 7º do CDC), “abuso de direito” (art. 28 do CDC), que são ditos como cláusulas gerais que facultam ao jurista avaliar nos casos concretos a legitimidade da limitação da autonomia privada. Impõe-se uma nova ordem de valores e princípios às relações privadas, incluindo “(i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o efetivo equilíbrio contratual.”¹⁷⁵

Assim, o princípio formal da autonomia privada, conceitua-se como a capacidade do indivíduo ser “livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações.”¹⁷⁶ E, que contemporaneamente, em decorrência do dirigismo estatal que impõe a prevalência das normas de ordem pública sobre o princípio da autonomia privada, observa-se que:

(...) todo reforçamento da ordem pública implica restrição na autonomia da vontade, sendo de assinalar-se que, em nossos dias, vem-se observando, no mundo inteiro, uma cada vez maior expansão do domínio na ordem pública, e um cada vez mais acentuado estreitamento da participação da autonomia da vontade.¹⁷⁷

No âmbito dos contratos celebrados nas relações entre particulares, a autonomia privada exterioriza-se, por excelência, na liberdade contratual ou liberdade negocial, sendo “o principal equivalente jurídico da liberdade de iniciativa.”¹⁷⁸ Apresenta-se a liberdade negocial sob duas formas distintas: a) liberdade contratual positiva e b) liberdade contratual negativa. Em regra, o particular que se vale da sua liberdade contratual positiva ou direito de contratar cede ou

¹⁷⁴ “art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6 jan.2013.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 392.

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 305.

¹⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 305.

¹⁷⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

renuncia a algum(ns) dos seus direitos fundamentais, temporária ou provisoriamente. Por outro lado, o particular que se vale da sua liberdade contratual negativa ou direito de não contratar, em regra, lesa um direito fundamental de outro particular, geralmente, o direito à igualdade. A liberdade contratual abarca também a liberdade de escolha do contratante, a liberdade de escolha do tipo de contrato, se típico ou não, e a liberdade de escolha de determinar qual será o conteúdo e os efeitos dos contratos¹⁷⁹.

Ocorre que, com as alterações nas relações sociais que importaram alterações legislativas, com o advento do Constitucionalismo, a redução da liberdade contratual, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, também, com a alteração da dinâmica das relações interprivadas na sociedade capitalista, a celebração de contratos atrelado ao conceito de escolha do contratante e do conteúdo contratual também modificou-se face à existência dos contratos de adesão e aos monopólios e oligopólios econômicos. Alteraram-se as limitações legais e factuais à liberdade contratual, mas ela perdura.

No presente texto, entende-se a autonomia privada como princípio formal, como norma de validade e não como norma de conduta, nos termos defendido por Virgílio Afonso da Silva e constante do subcapítulo 1.3.2, compreendendo-a como meio validador dos atos de manifestação nas relações interprivadas, ainda que haja restrição de direitos fundamentais. Trata-se a autonomia privada como princípio formal que interage com os princípios materiais (princípios fundamentais), ambos com as características de princípios, ou seja, como mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível consoante às condições fáticas e jurídica de cada caso concreto. O método eleito nesta pesquisa, considera os seguintes critérios possíveis para delimitação do peso da autonomia privada em face das restrições a direitos fundamentais: a) a assimetria entre as partes envolvidas; b) a autonomia real e a autonomia aparente; c) a precedência *prima facie* e a intensidade da restrição a direitos; d) a autonomia privada e a regra da proporcionalidade; e) conteúdo essencial da autonomia e dos direitos fundamentais. E, por fim, pondera que o núcleo essencial da autonomia privada não pode prevalecer quando houver

¹⁷⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 192.

ofensa a direito fundamental que signifique desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a autonomia privada, como princípio formal de validade dos atos interprivados, fundamentará soluções diversas para cada caso concreto, em que haja tensão com direitos fundamentais, mormente na fase pré-contratual da relação de emprego.

Assim, por todo o exposto neste segundo capítulo, é possível concluí-lo asseverando que o estudo do suporte fático dos direitos fundamentais, o que inclui tanto o âmbito de proteção quanto o âmbito de intervenção, é ponto relevante da dogmática dos direitos fundamentais. Viu-se que quanto mais amplo for o suporte fático, mais proteção se concederá aos direitos fundamentais, já que consoante essa teoria a exclusão de alguma conduta implica argumentação jurídico-constitucional dos aplicadores do direito. Observou-se que a adoção do suporte fático amplo, entretanto, impõe a análise sobre a restrição de direitos fundamentais, o que deve ser realizado também com construção argumentativa constitucional, nos termos da racionalidade da teoria externa. Sistematizou-se o suporte fático dos direitos fundamentais à igualdade e ao trabalho digno e do direito formal da autonomia privada, essenciais ao deslinde do problema da presente pesquisa, consoante a interpretação doutrinária contemporânea, ciente de que a definição do suporte fático demanda interpretação sistemática e esforço hermenêutico contínuo. Compreendidas todas essas concepções de matizes constitucionais expostas nos dois capítulos iniciais da presente pesquisa, passa-se aos capítulos seguintes para correlacionar tais fundamentos com as teorias do direito do trabalho, para analisar as tensões existentes na fase pré-contratual da relação de emprego entre o direito à igualdade e ao trabalho digno do empregado em face da autonomia privada do empregador.

3 DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Nos capítulos antecedentes, buscou-se deixar evidenciado que a liberdade contratual positiva (escolher com quem contratar) ou negativa (escolher quem excluir da relação jurídica) do empregador pode restringir direito fundamental dos candidatos ao emprego, mormente o princípio da igualdade, quando a ação do empregador for discriminatória. Neste capítulo, quer-se especificar o objeto de estudo com as concepções do Direito do Trabalho, tecendo considerações sobre o direito contemporâneo do trabalho no Brasil, para situar o problema da pesquisa também economicamente; sobre as características da fase pré-contratual da relação de emprego; sobre as principais formas de discriminações ocorridas nos processos seletivos e, por fim, sobre as normas dispostas no ordenamento jurídico contra a discriminação.

3.1 DIREITO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, como produto do capitalismo, tem sua evolução histórica atrelada à evolução do sistema capitalista¹⁸⁰. Assim, a plena compreensão da importância e do papel do Direito do Trabalho para o desenvolvimento da sociedade brasileira contemporânea requer necessariamente o conhecimento histórico do processo de formação e consolidação legislativa desse ramo do Direito e, sobretudo, requer o conhecimento das ideologias que sustentam o capitalismo, por serem as legitimadoras das escolhas legislativas e das escolhas individuais e coletivas do modo de viver prescrito por esse sistema.

¹⁸⁰ Evaristo de Moraes Filho sustenta que o Direito do Trabalho é um produto típico do século XIX, alertando que “é exagero – talvez erro de perspectiva histórica – alguém atribuir a sua origem à Antiguidade greco-romana. E isso porque esse novo ramo do direito é o resultado, o produto direto da técnica moderna, da industrialização desse últimos tempos. Só com a máquina é que apareceram os problemas humanos e sociais que deixaram de encontrar solução nos quadros do direito clássico.” *In: MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 79.*

De início, em apertada síntese, cite-se a clássica narrativa histórica do Direito do Trabalho dos países de capitalismo central, propugnada pelos espanhóis Leon Granizo e Mariano Gonzales¹⁸¹ que contextualizaram historicamente a formação e consolidação do Direito do Trabalho consoante importantes eventos históricos ocorridos durante os últimos dois séculos, delimitado a sua evolução em quatro períodos: formação (1802 a 1848)¹⁸², intensificação (1848 a 1890)¹⁸³, consolidação (1890 a 1919)¹⁸⁴ e autonomia (1919 – atualidade)¹⁸⁵.

Especificamente no Brasil, a evolução histórica do Direito do Trabalho remonta ao início do Século XX, quando se iniciou a produção legislativa destinada a regular a relação entre capital e trabalho, decorrente das lutas de classes existentes nos cinquenta anos precedentes à Revolução de 1930, ano em que também se criou o Ministério do Trabalho e Emprego e que fora classicamente tido pela doutrina pátria como marco do nascimento do Direito do Trabalho no Brasil. A institucionalização se consolidou em 1943, com a compilação e ampliação da legislação sobre as relações laborais em um único diploma legal, a Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁸⁶

Essas sucintas citações das clássicas periodizações da formação legislativa do Direito do Trabalho, sem o intuito de tecer maiores reflexões sobre o assunto, servem como referências históricas para contextualizar a análise que segue sobre as ideologias que permeiam a relação entre capital e trabalho e que sustentam o modo de produção capitalista, justificando determinado modo de subordinação e, reflexamente, legitimando determinadas tutelas e garantias estatais às relações laborais.

Para compreender o surgimento do Direito do Trabalho e de sua recontextualização contemporânea, socorrer-se-á às ideias mobilizadoras da

¹⁸¹ MARTIN-GRANIZO, Leon e GONZALES-ROTHVOSS, Mariano. *In: DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 93-94

¹⁸² Em 1802, na Inglaterra, tem-se o Ato da Moral e da saúde, que proíbe o trabalho de menores à noite e jornada acima de 12 horas. Em 1806, na França, restabeleceu os órgãos de solução de conflitos entre fabricantes e operários. Em 1813, na França, proibiu-se o trabalho de menores nas minas. Em 1839, editou-se normas de proteção do trabalho da mulher e da criança/adolescente.

¹⁸³ Em 1848, publicou-se o Manifesto Comunista de Marx e Engels.

¹⁸⁴ Em 1890, teve a Conferência de Berlim e em 1891, a edição da Encíclica Papal Rerum Novarum.

¹⁸⁵ Em 1919, criou-se a Organização Internacional do Trabalho e também começou a constitucionalização do direito do trabalho com a Constituição alemã de Weimar.

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010. p. 69-70.

sociedade e autojustificadoras do capitalismo sistematizadas por Luc Boltanski e Ève Chiapello como “espíritos do capitalismo”, assim entendido como “o conjunto de crenças associadas à ordem capitalista que contribuem para justificar e sustentar essa ordem, legitimando os modos de ação e as disposições coerentes com ela.”¹⁸⁷

Na concepção teórica daqueles autores há três espíritos do capitalismo, cambiantes de tempos em tempos, inclusive porque o próprio capitalismo se reestrutura em seus modelos de gestão e de produção, impulsionado e influenciado pela crítica antissistêmica¹⁸⁸ ou intrassistêmica¹⁸⁹. Nas palavras de Wilson Ramos Filho:

Cada espírito do capitalismo responde a uma exigência de autojustificação, sobretudo para resistir à crítica anticapitalista, recorrendo a recursos e convenções com pretensão de validade universal quanto ao que possa ser considerado como justo ou como injusto. Na compreensão destes autores, cabe ao ‘espírito do capitalismo’ hegemônico em cada momento histórico convencer a todos que, apesar de se apropriar do trabalho excedente, ou seja, da mais-valia, o capitalismo seria um modo de produção mais justo que os modos de produção que se apresentavam como alternativa.¹⁹⁰

A periodização dos espíritos do capitalismo definida por Luc Boltanski e Ève Chiapello fixa o marco final do primeiro espírito do capitalismo no início dos anos sessenta, delimita que o segundo espírito abrange o período entre os anos sessenta até o final dos anos oitenta e o terceiro espírito do capitalismo teria iniciado a partir dos anos noventa¹⁹¹.

¹⁸⁷ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.42.

¹⁸⁸ As críticas antissistêmicas colocavam em xeque o sistema capitalista como melhor sistema de vida, o que estava evidenciado nas lutas sociais e sindicais.

¹⁸⁹ As críticas intrassistêmicas colocavam em xeque o valor e a moral do sistema de produção capitalista, suscitadas pelos gestores e empregados das empresas.

¹⁹⁰ RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 357.

¹⁹¹ Luc Boltanski e Ève Chiapello sintetizam: “O ‘primeiro’ espírito do capitalismo, associado, como se viu, à figura do burguês, estava sintonizado com as formas do capitalismo essencialmente familiar de uma época em que o gigantismo ainda não era buscado, salvo em raríssimos casos. (...) O ‘segundo’ espírito, que se organiza em torno da figura central do diretor (ou dirigente assalariado) e dos executivos, está ligado a um capitalismo de empresas já bastante considerável para que seu elemento central seja a burocratização e a utilização de um quadro de supervisores cada vez mais qualificados por diploma universitário. (...) O ‘terceiro’ espírito deverá ser isomorfo a um capitalismo ‘globalizado’, que põe em prática novas tecnologias.” In: BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 52.

Agrega-se à essa periodização do espírito do capitalismo as características das alterações do modo de produção capitalista, sob o viés da doutrina econômica, aludindo às fases do fordismo e do taylorismo, para evidenciar as metamorfoses justificadoras do capitalismo e como o sistema manteve-se como meio de produção hegemônico.

Para bem demarcar esses períodos da doutrina econômica¹⁹², tem-se que o período antecedente à crise capitalista de 1929 seria o período pré-fordista; os 50 anos subsequente como período fordista e a partir de 1980, como período pós-fordista, sendo que as passagens desses períodos demandariam cerca de 10 (dez) anos de transição. Por seu turno, o taylorismo se dividiria em taylorismo primitivo, a partir de 1920 até a Segunda Guerra Mundial; taylorismo maduro ou fordismo-taylorismo, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e pós-taylorismo, característico das décadas finais do século XX.

Assim, partindo das periodizações acima mencionadas dos espíritos do capitalismo de Luc Boltanski e Ève Chiapello e das fases do fordismo e do taylorismo da teoria econômica, passa-se a discorrer sobre as principais características de tais ideologias influenciadoras da regulação das relações sociais pelo Direito do Trabalho.

Destaque-se que, a par dos preciosismos temporais dessas divisões, o maior contributo dessa leitura sociológica do capitalismo para a presente pesquisa é de expor argumentos que sirvam de aporte teórico para desmistificar a ideia de que o atual Direito do Trabalho existe tão-somente como meio regulatório das relações sociais para proteger o empregado hipossuficiente, tal como defendido por Américo Plá Rodriguez¹⁹³, ainda que reflexamente por vezes o faça, e para apresentar o entendimento de que esse ramo do Direito serve como meio legítimo de justificação das distribuições de renda para manutenção dos interesses das classes empresariais.

O primeiro espírito do capitalismo refere-se ao conjunto das ideias que legitimaram o modo de produção capitalista caracteristicamente familiar centrado na

¹⁹² RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 358.

¹⁹³ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. por Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 28.

figura do burguês empreendedor, na proximidade das relações entre empregados e empregadores, inclusive porque “o destino e a vida da empresa estavam fortemente associados aos destinos de uma família”¹⁹⁴, e na moral burguesa bem analisada por Max Weber¹⁹⁵, que, dentre outros aspectos, defende que a ética protestante, com valores morais distintos da ética católica, propagava a legitimidade do enriquecimento e do acúmulo de riquezas daqueles vocacionados para os negócios, bem como por aqueles trabalhadores doutrinados a acreditar na possibilidade de melhoria de vida, pelo trabalho subordinado.

É nesse espírito do capitalismo que o trabalho ganha nova concepção econômica, adquirindo *status* de mercadoria. O trabalho realizado pelo empregado passa a ter uma parte remunerada e outra não-remunerada, constituída como mais-valia, responsável pela produção de lucro e acúmulo de capital para aquele que se apropria da força de trabalho. Desse modo, “o trabalho moderno (...) passa a ser compreendido como atividade humana que, ao incidir sobre a natureza, cria riqueza, ordenando a sociedade.”¹⁹⁶

É também nesse momento que o trabalho ganha nova concepção ideológica, transformando-se em um imperativo moral de vida às pessoas, conforme exposto no subcapítulo 2.1.3 do texto. O trabalho passa a ser formalmente livre e torna-se valorizado e dignificado. O trabalho adquire uma conotação positiva socialmente, de tal sorte que o desempregado adquire a conotação negativa, merecedora da atenção dos reformadores estatais que passaram a introduzir mecanismos de proteção social. Paralelamente a isso, o capitalismo usou o desemprego como instrumento de controle dos empregados e de legitimação, valendo-se das pessoas desempregadas como um exército industrial de reserva, para barganhar salários e deter as reivindicações por melhoria salarial dos empregados ativos, para impor melhor o seu poder de submissão e, ainda, para eventual contratação de empregados em caso de aumento temporário de produção.

¹⁹⁴ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 51.

¹⁹⁵ Weber analisa e conclui que o protestantismo “libertava psicologicamente a aquisição de bens da ética tradicional, rompendo os grilhões da ânsia de lucro, com o que não apenas a legalizou, como também a considerou como diretamente desejada por Deus”.

¹⁹⁶ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 16.

Ademais, dentre as ideologias dessa primeira fase do capitalismo merece destaque a disseminação dos relógios como instrumento de fomento de mudança de percepção social sobre o tempo, delimitando o tempo de trabalho e o tempo de não-trabalho, o que ideologicamente se transforma em sinônimo de tempo de consumo. Foi o relógio que permitiu o controle parcelar do tempo, devidamente utilizado pelos modelos de gestão econômico-empresarial, sustentadores dos modos de produção capitalista. Wilson Ramos Filho sustenta que a apreensão da utilização do tempo, se manifesta em três aspectos, da organicidade social, da ética do trabalhador e da racionalidade econômica, sendo que:

O caráter orgânico da temporalidade capitalista radica em suas funções de coerção e coesão social, eis que o controle do tempo está necessariamente incluído no processo de formação de uma determinada vontade coletiva para um determinado fim político. Ao fixar o tempo para o trabalho e o tempo para o não trabalho e, em seguida, ao transformar o tempo de não trabalho em tempo de consumo, resta estabelecido um modo de vida (...) uma direção à sociedade (...). Com o capitalismo o tempo se converteu em ponto de referência de toda racionalidade econômica, uma vez que todas as categorias relacionadas ao resultado econômico passam a ser medidas através do tempo.¹⁹⁷

Em relação ao controle parcelar do tempo, destaque-se a ideologia do método econômico de produção capitalista intitulado de Taylorismo, baseado na disciplina e no controle dos processos produtivos. Em linhas gerais, o Taylorismo primitivo desse primeiro espírito do capitalismo tinha como premissa a decomposição do trabalho em operações elementares, na análise das tarefas essenciais, na subtração dos movimentos supérfluos, e, por conseguinte, na avaliação do tempo necessário para realização de cada fase do processo produtivo, com seus respectivos custos.

Assim, caberia ao empregado produzir conforme essa métrica, tendo uma referência de trabalho feito por um 'homem médio', o trabalhador seria responsável pela manutenção do seu contrato de trabalho ou a sua promoção, podendo cair no contingente do exército de reserva se produzisse menos do que o paradigma ou ser parabenizado com bônus por produzir além do paradigma. É nesse contexto que se

¹⁹⁷ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 21.

dissemina a ideia de empregado como ‘colaborador’, como se o crescimento da empresa estivesse diretamente relacionado com o crescimento do empregado.

Com essa ideia do sistema de produção taylorista, fundamentada no controle do tempo, o capitalismo acresce mais um caráter ideológico ao seu conjunto de justificativas, a de que o contrato de trabalho seria efetivamente justo, porque o empregado desenvolveria somente as atividades elementares e receberia a contraprestação correspondente ao seu empenho profissional.¹⁹⁸

Soma-se a essa ideologia do taylorismo, as ideias legitimadoras do capitalismo instituídas pelo fordismo, também vinculadas à regulação do tempo, fundamentadas no cadenciamento da produção e no modo de vida fundado no consumismo. Para tanto, Henry Ford determinou jornada de oito horas e estipulou salário de cinco dólares aos trabalhadores da linha de montagem, sob o fundamento de que a produção estandardizada de mercadorias, o incremento salarial e a redução de jornada justificariam o aumento do consumo massivo. E, de fato, as alterações industriais de Ford produziram modificações sociais e de consumo, confluindo aos poucos para a caracterização do estilo de vida do “homem americano.”¹⁹⁹ A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial ao lado dos aliados foi evento que auxiliou o empresariado brasileiro a compreender a lógica das compensações fordistas ao fortalecimento do sistema capitalista.

Toda essa concepção ideológica do trabalho como valor moral fora devidamente positivado pelo Direito no início do Século XX. Regido pela doutrina liberal, passou-se a tratar o contrato de trabalho como qualquer outro contrato do direito civil comum, de caráter sinalagmático, pressupondo a igualdade entre

¹⁹⁸ Wilson Ramos Filho em seu livro *Direito Capitalista do Trabalho* assim se manifesta sobre o assunto: “o taylorismo conforma e legitima o modo de vida proposto pelo capitalismo por intermédio da melhoria nas condições de trabalho (pela eliminação de gestos desnecessários, incidindo sobre a fadiga), pelo aumento das remunerações (salários melhores e prêmios por aumento de produtividade decorrente da racionalização do trabalho) e pela partilha mais equitativa dos encargos que recaem sobre as famílias (exonerações tributárias, políticas sociais), tudo objetivando o desenvolvimento de aptidões psíquicas, intelectuais e morais do empregado no curso de sua vida profissional, na qual a família e a escola desempenham papel fundamental.” *In: RAMOS FILHO, Wilson. Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 29.

¹⁹⁹ Wilson Ramos Filho em seu livro *Direito Capitalista do Trabalho* assim se manifesta sobre o assunto: “Para a produção do consenso, as fábricas recorrem à psicologia e à sociologia adaptando e integrando a classe operária, a fim de criar um novo tipo de trabalhador realmente submetido à concepção de mundo do capital (...) Atendendo de modo parcial e limitado a alguns dos interesses dos trabalhadores, se produziu a conformação destes e das classes subalternas em geral, segundo padrões éticos que favoreciam sua integração social, tanto dentro dos locais de trabalho como em todas as maneiras de existir, razão pela qual na ideologia do fordismo as questões do controle corporal da sexualidade e da higidez física e mental são relevantes.” *In: Ibidem*. p. 31

empregado e empregador, a autonomia da vontade e a liberdade de consentimento do subordinado e com a premissa de que havia uma correta equivalência entre salário-trabalho. Foi a partir daí que o Direito Capitalista do Trabalho passou a servir como meio legalizador da subordinação de vontade entre pessoas iguais, ocultando a verdade real. A despeito dessa liberdade contratual desequilibrada utilizada como meio de ocultação da realidade, vale citar o exposto por Wilson Ramos Filho:

Por intermédio de mecanismos de ocultação ideológica, as distintas famílias do direito capitalista do trabalho desenvolvidas pelos diferentes modelos de intervencionismo estatal ao longo do século XX possibilitaram que situações de subordinação apareçam como relações de colaboração entre seres livres e iguais, de modo que um ato de submissão se apresente ‘sob a máscara de um contrato’ ou sob a aparência de uma relação comutativa, operando-se a magia do contrato, pela qual resta ocultada a realidade conflitiva, desigual e injusta desta relação.²⁰⁰

Desse momento em diante, guardadas as devidas peculiaridades, a história mostra que os Estados passam a regular as relações sociais de trabalho, legalizando o direito de subordinar e em contrapartida instituindo normas tutelares do empregado e garantias que justificassem o capitalismo como a melhor maneira de existir. Ao assim proceder, o Direito do Trabalho ordena também as funções de empregadores e empregados, atribuindo-lhes seus papéis sociais.

O Direito do Trabalho passa a ser a partir de então mais um instrumento funcional do capitalismo, sendo que as normas favorecerão “mais a classe que compra o trabalho quanto menor for a capacidade de resistência da classe que vende a força de trabalho em relação àquela, independentemente do tipo de intervencionismo aplicado.”²⁰¹

No Brasil, o Direito do Trabalho também transparece e reflete a relação de correlação de forças entre as classes sociais. Nasceu sob o manto das ideologias capitalistas supra mencionadas e como tal também possuiu normas protetivas do empregado para legitimar a subordinação e a exploração da mão de obra no sistema produtivo de acúmulo de capital. Não se desmerece o fato de que essas garantias estatais também decorreram das reivindicações sociais oriundas dos movimentos

²⁰⁰ RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 352.

²⁰¹ *Ibidem*. p. 352.

dos trabalhadores²⁰² e que, de fato, são capazes de minorar a exploração do empregado. O que se defende é que essa proteção estatal positivada no Direito do Trabalho não serve tão-somente ao fim de proteger o empregado hipossuficiente de uma relação naturalmente desequilibrada. Serve, acima de tudo, a legimitar um estilo de vida preconizado pelo capitalismo. O Direito do Trabalho possui assim, uma ambivalência tutelar²⁰³.

Tanto é verdade que as ideologias e as concessões legais estatais que regulam as relações de trabalho compensam e legitimam o modo de produção capitalista, pacificando as relações sociais entre empregados e empregadores, que os empresários brasileiros inicialmente resistentes à intervenção estatal vão paulatinamente apreendendo a funcionalidade do Direito do Trabalho para fins de organização social. A legislação supostamente protecionista passa a ser utilizada como meio de justicar o capitalismo como o melhor estilo de vida, em contraposição aos comunismo soviético e, após, justifica-se sob o discurso do industrialismo nacional como um projeto de nação.²⁰⁴

Acresce-se, assim, a ideologia corporativista ao Direito do Trabalho Brasileiro, como se a legislação materializasse um ideal coletivo existente supra aos interesses das categorias econômicas ou profissionais, de tal sorte que os trabalhadores não conformados ao capitalismo foram considerados desagregadores, submetidos à prisão, à tortura e à morte, em clara expressão de Estado autoritário e conformador dos anseios do empresariado nacional.²⁰⁵ A Constituição Federal de 1937 bem reflete essa ideologia, instituindo direitos trabalhistas como se fossem normas programáticas, mascaradas sob um manto populista e de defesa nacional. Em 1943, com a publicação da CLT consolidou-se o modo como o Estado brasileiro

²⁰² Em 1906 realizou-se o primeiro Congresso Operário do Brasil contendo em pauta de discussão a limitação da jornada de trabalho de oito horas, o que fora normatizado anos mais tarde.

²⁰³ Wilson Ramos Filho assevera que “Em sua ambivalência tutelar, o Direito Capitalista do Trabalho efetivamente resguarda a classe trabalhadora de uma exploração desenfreada, todavia, ao mesmo tempo organiza tal exploração, legitimando-a, atribuindo à classe trabalhadora um ‘lugar’ na sociedade: a de classe subordinada ao poder patronal e à maneira de existir proposta pelo capitalismo, mediante ‘compensações’ estabelecidas pelo Direito estatal, num processo contínuo de justificação.” In: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 127-128.

²⁰⁴ Wilson Ramos Filho explica que a visão empresarial contrária à intervenção estatal nas relações de trabalho “será alterada durante os primeiros anos do regime instaurado em 1930, período em que perceberá a funcionalidade do Direito do Trabalho para a manutenção dos privilégios que o capitalismo outorga às classes dominantes.” In: *Ibidem*. p. 144-145.

²⁰⁵ Em 1937, proibiu-se a greve e o lock-out por serem prejudiciais ao desenvolvimento da indústria nacional e, por conseguinte, à população pátria.

interviria nas relações entre capital e trabalho, o que fora assim sintetizado por Wilson Ramos Filho:

Nesta primeira fase o país foi dotado de um verdadeiro sistema de relações de trabalho, envolvendo cinco grandes temas: em primeiro lugar uma estrutura sindical complexa, de matriz corporativista (...); depois, uma longa lista de direitos para empregados, de matriz fordista, orientada a legitimar o modo de produção (...) e vocacionado a persuadir o conjunto da sociedade quanto à necessidade de pacificação social para o desenvolvimento nacional. Além disso, preconizava uma determinada maneira de organização social, com distribuição desequilibrada de poder entre empregados e empregadores nas relações de emprego, legalizando e juridicizando a subordinação de um contratante e a outro; demais, um conjunto de regras disciplinando a higiene e a segurança no trabalho como mecanismos de fiscalização por parte do Estado (...). E, finalmente, um sistema de resolução de controvérsias oriundas da aplicação das regras consolidadas, por meio de uma Justiça do Trabalho também fortemente informada pela Doutrina corporativista (...)²⁰⁶

Da regulação das relações sociais do trabalho até o final dos anos sessenta, marco final do primeiro espírito do capitalismo, historicamente findou a primeira ditadura, adveio a Constituição Brasileira de 1946, mantendo as normas estatais e intervencionistas nas relações de trabalho caracteristicamente corporativistas e fordistas. Após, instalou-se o regime ditatorial militar, que além de manter as características anteriores, precarizou as relações do trabalho, ensejando o enriquecimento do empresariado às custas dos empregados.

O segundo espírito capitalismo, impulsionado e influenciado pela crítica antissistêmica ou intrassistêmica, revisa suas ideias para oferecer segurança e perspectivas sedutoras de vida às pessoas e dota o final dos anos sessenta até o final dos anos oitenta do Século XX de um conjunto de ideias justificadoras da reestruturação produtiva, marcado por ser um período em que se atenuam as lutas de classes e as empresas familiares cedem espaço para as organizações empresariais. Nesse momento, a legitimidade da gestão do empresário-dono da empresa cede espaço para a legitimidade de gestão dos executivos profissionais, que, por serem detentores de formação acadêmica e possuem distanciamento emocional, possuem condições técnicas mais aperfeiçoadas para tomarem decisões mais racionais em prol do desenvolvimento da empresa e da coletividade.

²⁰⁶ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 184.

A relegitimação do capitalismo, a partir das ideias desse segundo espírito, ocorreu, principalmente, com a possibilidade de ascensão funcional às posições hierárquicas mais estratégicas da empresa e com o surgimento das modernas teorias de gestão empresarial, que vangloriavam as virtudes da administração profissional em detrimento da gestão familiar. Assiste-se a passagem de “uma burguesia patrimonial centrada na empresa pessoal para uma burguesia de dirigentes assalariados.”²⁰⁷ Com base nesses dois postulados, propagou-se a ideologia de que a gestão empresarial seria racional, que o sistema seria justo ao possibilitar o aumento da contraprestação salarial condizente com o acréscimo de produtividade e lucratividade²⁰⁸ e que o Estado traria cada vez mais políticas públicas²⁰⁹ de proteção aos aderentes do estilo de vida capitalista.

A expressão natural do segundo espírito do capitalismo encontra-se na motivação de tais executivos dirigentes das empresas, cuja literatura administrativa, baseada especialmente nas ideias de um de seus fundadores Henri Fayol, para além de ser orientadora pela busca do lucro, também deve dar as razões de sua sustentação, como bem explicam Luc Boltanski e Ève Chiapello:

(...) a literatura de gestão empresarial não pode ser unicamente orientada para a busca do lucro. Também deve justificar o modo como ele é obtido, dar aos executivos argumentos para que eles resistam às críticas que não deixarão de surgir quando procurarem pôr em prática as recomendações dadas, e para que respondam às exigências de justificação com as quais serão defrontados perante seus subordinados ou em outras arenas sociais das quais participem.”²¹⁰

A respeito dessa forma de legitimação do capitalismo centrada na gestão racional, legal e oriunda de um quadro administrativo burocrático, Max Weber cita que essa forma de dominação²¹¹ se legitima na crença “das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para

²⁰⁷ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.96.

²⁰⁸ Nesse momento é que se impõe a criação dos planos de cargos e salários e de meios de remuneração variável.

²⁰⁹ Com a criação de benefícios previdenciários, como aposentadoria, de ensino e de saúde públicos, de garantias de emprego, etc.

²¹⁰ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

²¹¹ Segundo a teoria weberiana, a dominação é a “probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas.”

exercer a dominação”²¹², sendo a forma mais racional de dominação, “porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, (...) intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas.”²¹³

Ainda, nesse cenário de dominação legal exercido por meio de um quadro administrativo burocrático, em que as competências do senhor (eleito ou designado nos termos da lei) também são competências legais, os empregados são caracteristicamente, segundo Weber, pessoalmente livres; nomeados para o exercício de um cargo observado o nível hierárquico; têm competências funcionais fixas; são selecionados sob o critério da livre seleção; são dotados de qualificação profissional, certificada mediante provas e diplomas²¹⁴; são remunerados com salários fixos em dinheiro, escalonado segundo o posicionamento hierárquico, a responsabilidade do seu cargo e o princípio da correspondência à posição social; exercem seu cargo como única profissão; têm a perspectiva de promoção por antiguidade ou merecimento, pelos critérios definidos pelos seus superiores; trabalham sem apropriação do cargo e em separação absoluta dos meios administrativos, submetem-se ao sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e de controle do serviço.

Essa reestruturação dos processos produtivos do capitalismo, com a reorganização administrativa, percebe-se nos países de capitalismo central, com a continuidade da intervenção estatal na regulação das relações sociais, mantendo as compensações legais dos ideais doutrinas fordistas e tayloristas e incluindo novas políticas compensatórias, mormente vinculadas às remunerações variáveis. Entretanto, no Brasil, esse segundo espírito do capitalismo fora marcado pela manutenção do modelo corporativista e pela estagnação e regressão dos conteúdos das normas estatais tutelares aos trabalhadores, devido à instituição do regime ditatorial militar. Nesse forma de organização estatal, a adesão ao regime capitalista

²¹² WEBER, Max. Economia e Sociedade. Vol I. p. 141.

²¹³ Ibidem. p. 145.

²¹⁴ Nesse contexto, Max Weber cita tendência à plutocratização, processo muito extenso de qualificação profissional, o que se denomina também de empregabilidade.

não precisaria mais se fazer pelas vias legais. O capitalismo legitimava-se pela truculência policial e militar²¹⁵.

No período da ditadura militar brasileiro, apoiado politicamente pelo empresariado nacional e sustentado ideologicamente pela Igreja Católica, o capitalismo vendeu-se como melhor forma de governo para se afastar o temor disseminado na classe média sobre uma revolução comunista. Nesse momento histórico, o Estado deliberadamente concedia privilégios ao empresariado, especialmente repreendendo eventuais movimentos dos trabalhadores.

Com esse suporte estatal, o empresariado brasileiro sentiu-se confortável a suprimir determinadas garantias de matriz fordistas do ordenamento jurídico, já que a ordem capitalista legitimava-se por um aparato policial repressivo, não havendo necessidade de se autojusticar como estilo de vida. Tal rompimento com a ideologia capitalista fordista evidenciou-se de três maneiras distintas: limitando o poder normativo da Justiça do Trabalho de conceder reajustes ou aumentos salariais; extinguindo a estabilidade de emprego e impedindo a produção legislativa que pretendesse reconhecer direitos trabalhistas, de modo universal aos trabalhadores.

A ditadura militar brasileira reprimiu e enfraqueceu o movimento sindical, deslegitimando os sindicatos, controlando rigidamente as eleições sindicais, vinculando a manutenção dos sindicatos ao Estado (contribuição sindical) e, inclusive, excluindo-os da necessidade de participação sindical nas negociações coletivas. Mais, a ditadura concedeu ao Tribunal Superior do Trabalho prerrogativas de concessão de eficácia de sentenças normativas proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, incluindo a Corte Trabalhista dentre os órgãos corporativistas e autoritários estatais, servindo também a Justiça do Trabalho como mais um instrumento em prol de legitimação do capitalismo. Foi durante a ditadura militar também que se extinguiu a estabilidade de emprego, um dos eixos da promessa fordista de continuidade da relação de emprego. Ao posto da estabilidade

²¹⁵ Wilson Ramos Filho explica que “(...) se no período anterior pode-se fazer referência a um corporativismo inclusivo caracterizado pela tentativa das elites em tolerar a existência de políticas destinadas a incorporar grupos importantes da classe trabalhadora na ordem capitalista constitucionalizada do modo híbrido em 1946, na fase seguinte o regime militar imprimirá, quanto às relações de trabalho, um modo corporativista exclusivo e amplificado, fortemente regressivo em relação aos direitos dos trabalhadores.” In: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 230.

de emprego, introduziu-se o regime de FGTS, que passou a possibilitar a denúncia do contrato de trabalho pelos empregadores, sem qualquer necessidade de fundamentação ou justificativa.

Diferentemente do que ocorria no Brasil, em que o capitalismo não precisava justificar-se, porque possuía o Estado ditatorial e a truculência militar em prol do seu desenvolvimento, nos países de capitalismo central ocorreram diversas manifestações críticas antissistêmicas no ano de 1968, contestando a ordem capitalista, a exemplo do ocorrido nos EUA (luta dos movimentos negros), na Alemanha (Socialistische Deutsche Studentenbund – SDS), na China (revolução cultural) e na França (maio de 68²¹⁶).

Assim, durante o segundo espírito do capitalismo no Brasil, o empresariado brasileiro pode utilizar os métodos universais de gestão do fordismo e do taylorismo, fundamentados no aumento da produtividade e no aumento de lucro, com gestão burocrática e disciplinadora, sem contudo ter a necessidade de enfrentar os movimentos sociais que questionavam a legitimidade do sistema capitalista, porque o Estado autoritário e o regime militar repreendiam tais condutas. Enriqueceu a classe empresária, explorando a classe trabalhadora, fazendo-o de acordo com a legalidade das normas do Direito do Trabalho, esfalecendo-se aí o mito de que essa legislação serve para proteger o empregado. Wilson Ramos Filho bem sintetiza esse período da história brasileira, que fortaleceu e enriqueceu a classe empresarial, às custas da repreensão dos movimentos sindicais e da precarização dos direitos dos trabalhadores:

Tamanho concentração de renda e de poder nos setores empresariais, obviamente, decorreram (i) da lei trabalhista que, organizando a transferência de renda da classe trabalhadora aos empresários, proibia reajustes salariais acima dos índices oficiais, demonstrando a funcionalidade do Direito Capitalista do Trabalho aludida nos dois primeiros capítulos deste livro; (ii) da universalização dos métodos tayloristas e fayolistas no interior das empresas, aumentando sua produtividade e suas margens de lucro e (iii) da extrema violência com que as tímidas iniciativas contestatórias da ordem imposta foram tratadas, vez que os empresários brasileiros e o

²¹⁶ Luc Boltanski e Éve Chiapello no livro “O novo espírito do capitalismo” descrevem o movimento de maio de 68 como uma revolta de origem estudantil e operária contra “o poder hierarquizado, ao paternalismo, ao autoritarismo, aos horários impostos, às tarefas prescritas, à separação tayloriana entre concepção e execução e, de modo mais geral, à divisão do trabalho com o contraponto positivo das exigências de autonomia e autogestão, bem como a promessa de liberação ilimitada da criatividade humana.” In: BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 200-201.

estamento militar que havia sido chamado para defender-lhes os interesses não admitiam que movimentos anticapitalistas como os havidos durante o ano que abalou o mundo se repetissem no Brasil.²¹⁷

Depois da redemocratização do país, a partir de 1985, pouco se alterou legislativamente, o que veio a ocorrer, entretanto, com o advento da Constituição democrática e plural de 1988. Nesse momento, já se iniciava nos países de capitalismo central o terceiro espírito do capitalismo, que no Brasil acabou se desenvolvendo concomitantemente às ideologias características do segundo espírito do capitalismo, que somente tardiamente aparecem no país em virtude das características do regime ditatorial.

O terceiro espírito do capitalismo corresponderia ao conjunto de ideias justificadoras do modo de produção em um mundo economicamente globalizado, da internacionalização das economias nacionais, das mudanças tecnológicas e, principalmente, da hegemonia do capitalismo, face ao fim da Guerra Fria e o fim do regime comunista.

Intitulado de “capitalismo descomplexado”, porque não precisaria se autolegitimar, o capitalismo passou a apresentar seus objetivos sem precisar necessariamente dotá-los de senso de moral e de justiça, como anteriormente fazia.

Historicamente, o terceiro espírito do capitalismo data dos vinte anos finais do Século XX, quando se acentuaram os processos de internacionalização das economias nacionais, culminando com a globalização como forma principal das relações interestatais, caracteristicamente marcada pela liberalização comercial universalista. É durante esse processo econômico, que se (re)discute o papel dos próprios Estados e sua intervenção social, a importância de suas soberanias e da criação de entidades supranacionais.

Com importante destaque para o próprio desenvolvimento dessa globalização e de seus processos, insta reiterar a importância do desaparecimento da concorrência ideológica com o final dos regimes comunistas, que permitiu ao capitalismo se firmar como modo de produção hegemônico incontestado. Para bem destacar a relevância desse fato histórico para a ideologia do terceiro espírito do capitalismo, transcreve-se o disposto por Wilson Ramos Filho:

²¹⁷ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 258.

Com o desaparecimento da concorrência ideológica, de certa forma o capitalismo sentiu-se à vontade para 'resgatar os anéis cedidos' anteriormente, desde o início do intervencionismo estatal, passando pela própria construção do direito do trabalho do trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica, até as concessões a que se viu obrigado, na Europa, em face da crítica social dos anos sessenta e setenta do século passado. O capitalismo gerencial normativo do final do século XX já não temia a 'perda dos dedos', teríamos chegado ao 'fim da história', representado pela definitiva vitória – ideológica – do mercado e da democracia liberal sobre os ideais igualitaristas.²¹⁸

Nesse momento histórico, não somente os Estados se reordenaram. Ocorreu uma nova reestruturação dos sistemas de produção capitalista empresarial, fundamentado na reengenharia que prescrevia uma nova concepção de organização de empresas: enxutas, organizadas em projetos, fundadas no aumento da autonomia de todos os assalariados, em contrariedade ao princípio hierárquico, gestadas por líderes carismáticos e movidas pela satisfação do cliente, como valor supremo²¹⁹. Ao desmontar o princípio hierárquico das empresas, tem-se a ideia de que as empresas se tornaram mais flexíveis, inovadoras e competentes, e, por conseguinte, os executivos, como eram referenciados no segundo espírito do capitalismo, perderam espaços porque suas imagens ficaram vinculados à imagem de burocracia.

A ideia desse espírito do capitalismo é a de que o engajamento dos trabalhadores ao objetivo das empresas e do capitalismo ocorra sem que seja necessário se recorrer à força. Nesse discurso, a ordem é claramente dada por um líder de visão e cada um sabe o que precisa ser feito no trabalho em grupo, devendo cada empregado fazer a sua autogestão, o que justificaria imputar a responsabilização aos empregados pelos seus desempenhos profissionais. “Este novo sistema de controle difuso das performances individuais potencializa a

²¹⁸ RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 363-364.

²¹⁹ Luc Boltanski e Éve Chiapello no livro “O novo espírito do capitalismo” explicam as inovações administrativas em torno das seguintes ideias-chaves: empresas enxutas a trabalharem em rede com uma multidão de participantes, uma organização do trabalho em equipe, ou por projetos, orientada para a satisfação do cliente, e uma mobilização geral dos trabalhadores graças às visões de seus líderes. In: BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 101-102.

ansiedade dos empregados como se estas decorressem apenas da opção individual de cada um em desempenhar o seu trabalho (com maior ou menor eficiência).²²⁰

Na visão crítica de Luc Boltanski e Ève Chiapello tem-se uma visão idealizada das relações sociais, satirizando-se o fato nos seguintes termos: “a nova gestão empresarial está povoada de seres excepcionais: competentes para numerosas tarefas, aperfeiçoando-se continuamente, adaptáveis, capazes de autogerir-se e de trabalhar com pessoas muito diferentes.”²²¹

Passa-se a valorizar os empregados flexíveis e adaptáveis, capazes de se engajarem em diferentes projetos, deixando-se de valorizar o empregado com os ideais de estabilidade de carreira, para se valorizar o trabalhador que constantemente se adapte a um novo projeto. Provoca-se, assim, outro fenômeno: o da empregabilidade, assim entendida a “capacidade de que as pessoas precisam ser dotadas para que se recorra a elas nos projetos (...) é o capital pessoal que cada um deve gerir, constituído pela soma de suas competências mobilizáveis.”²²²

Resta evidente, portanto, uma alteração dos paradigmas do segundo para o terceiro espírito do capitalismo. Se antes se concedia garantias aos empregados para impor a subordinação, depois passa a se conceder autonomia, conforme bem pontuam Luc Boltanski e Ève Chiapello:

As medidas que tinham em vista dar maiores garantias aos assalariados foram substituídas por medidas que visavam a tornar mais leve o controle hierárquico e a levar em consideração os ‘potenciais’ individuais. Por uma inversão política, as garantias foram de algum modo trocadas pela autonomia.²²³

Diante da alteração de paradigma, Wilson Ramos Filho assevera que as contrapartidas do segundo espírito do capitalismo passam a ser defendidas pelos gestores do terceiro espírito do capitalismo como anacronismos prejudiciais ao desenvolvimento da sociedade:

²²⁰ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 301.

²²¹ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.105.

²²² *Ibidem*. p. 126.

²²³ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 224-225.

A transparência empresarial, o estabelecimento de regras impessoais nos regulamentos internos das empresas, o combate à discriminação pela introdução de mecanismos de combate à discricionariedade (isonomia salarial, tratamento igualitário) e de solução democrática das inevitáveis controvérsias decorrentes de relações de trabalho, de trato sucessivo e continuado, com base no Direito Capitalista do Trabalho, passam a ser percebidos pelos teóricos do capitalismo gestor globalizado, inspirado pelo neoliberalismo, como anacronismos prejudiciais.²²⁴

Assim, têm-se as linhas da relegitimação capitalista no terceiro espírito do capitalismo. Vende-se a sedutora ideia de felicidade aos empregados de que o novo modo de trabalhar concede mais autonomia, diminui a subordinação, propicia maior desenvolvimento pessoal e possibilita o maior acúmulo de riqueza, com as remunerações variáveis conforme os talentos individuais. Essa nova ideologia do capitalismo, devidamente engendrada, tipifica costumeiramente situações de assédio moral, ocasionando uma sensação de mal estar laboral, provocador de doenças em níveis pandêmicos.

Ademais, nesse mesmo contexto de reengenharia e reestruturação produtiva, vale citar a existência de quatro processos típicos que afetam o terceiro espírito do capitalismo: a deslocalização empresarial, a dualização salarial, a flexibilização da regulação do trabalho e a imaterialização.²²⁵

Outro fenômeno promovido pelas doutrinas administrativistas fora o de promover a desconcentração empresarial, prescrevendo que cada empresa se dedicasse a sua atividade fim ou preponderante, desvincunlando-se da gestão de suas atividades periféricas, que poderiam ser executadas por empresas-parceiras. Esse processo deu origem a outros dois processos: de externalização (terceirização²²⁶, pejotização²²⁷ e subordinação do consumidor²²⁸) e de dualização.

A dualização caracteriza-se pela separação pelas empresas pós-fordistas do seu grupo de empregados em dois núcleos, sendo um núcleo formado por empregados essenciais e bem remunerados, e outro, por empregados mal remunerados, tarefeiros, sem especialização e com contratos mais precários. É com

²²⁴ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 303.

²²⁵ Ibidem. p. 422-423.

²²⁶ A terceirização consiste na concessão de parte das atividades anteriormente desempenhas por empregados do quadro da empresa para que outra empresa com seus empregados realizem.

²²⁷ A pejotização consiste na contratação de empregados em fraude à lei, fazendo-o sob as vestes de contrato de prestação de serviços com uma pessoa jurídica.

²²⁸ A subordinação do consumidor consiste na transferência de parte do trabalho realizado anteriormente pela empresa para que o consumidor o faça.

o processo de dualização laboral que resta ainda mais evidente as condutas sociais discriminatórias contra determinados grupos de pessoas que têm mais dificuldade de se inserirem no mercado de trabalho, manterem vigentes seus contratos de trabalho ou retornarem ao trabalho. Tais vulnerabilidades variam conforme as características do Estado e seu contexto histórico, havendo hoje, inclusive, a impensável vulnerabilidade dos trabalhadores europeus mais qualificados, o que decorreu obviamente dos processos de deslocalização empresarial.

Entretanto, é mais comumente constatável a dualização atingir os empregados não qualificados, os que formam os exércitos de reserva, que migram atrás de trabalhos e que nefastamente são vítimas de condutas discriminatórias na contratação. São os discriminados socialmente. E “o processo de discriminação social se soma ao da discriminação do emprego, aprisionando ainda mais esses trabalhadores na armadilha da pobreza.”²²⁹

Outro fenômeno típico é o da flexibilização das regulações e da forma como o trabalho é prestado. Quer seja a flexibilização dos serviços devido à inserção da robótica, a flexibilidade funcional (polivalência do empregado), a flexibilidade externa (quantificar o número de empregados ao longo do ano)²³⁰, a flexibilidade salarial (remunerar conforme a produção e os resultados) ou a flexibilidade dos encargos patronais, o que a história recente demonstra é que o discurso da ‘flexibilidade’, atrelado ao ‘anacronismo’ da legislação vigente, tem sido utilizado como discurso padrão para promover a precarização de direitos, tendo suas experiências resultados infrutíferos para justificar o discurso de que trariam melhores resultados macroeconômicos.

Esse discurso da flexibilização é parte integrante do amplo discurso empresarial, que fundamentado na crise do capitalismo dos anos setenta (crise do petróleo) e nas temidas recessões e desempregos, legitima o acúmulo de capital na constante necessidade de reestruturação produtiva e normativa e na naturalidade do processo de globalização. Nascem novos métodos de gestão tidos como pós-

²²⁹ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 256.

²³⁰ Wilson Ramos Filho explica que sob o discurso da flexibilidade externa vários países fizeram reformas legislativas para permitir a modulação horária ou a contratação temporária de empregados em situações precárias. A modulação horária, no sistema de ‘banco de horas’, para o autor, se caracteriza por ser eficiente instrumento na transferência de renda dos trabalhadores para as empresas, legalizado pelo Direito Capitalista do Trabalho. In: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p.373-375.

fordismo e pós-taylorismo, construídos sob os ideais do neoliberalismo, influenciadores do direito regulatório das relações de trabalho.²³¹

No plano normativo, consciente da funcionalidade do Direito do Trabalho a serviço do capitalismo, o empresariado conseguiu promover “reformas trabalhistas”, alterando a legislação para precarizar a situação laboral e permitir maior acúmulo de capital. Essa precarização das relações sociais reguladas pelo Direito do Trabalho possui, dentre outras razões, a) o debilitamento do contrapoder sindical, b) a introdução de novas leis que diminuem as compensações de natureza fordista e protegem os interesses dos empregadores natureza fordista e c) o sequestro da subjetividade dos trabalhadores e também dos operadores do direito que introjetaram os dogmas neoliberais com naturalidade nas decisões judiciais.

Enfim, para reconstruir a doutrina trabalhista disseminou-se a ideia de que a globalização, consoante propugnada pelo neoliberalismo, seria um fenômeno inevitável e potencialmente positivo e a manutenção do ordenamento jurídico com compensações fordistas seria um óbice ao desenvolvimento do capital e ao combate ao desemprego. Institui-se a ideia de culpabilização do Direito do Trabalho, como se tal fosse o limitador da geração de empregos, com a propagação da falsa máxima de que se a contratação de empregos fosse mais barato, haveria mais contratação de pessoal, o que jamais se verificou na história recente.

Tal teoria fora acriticamente repetida, propagando-se e dando ensejo a criação de mais um dogma: o desemprego é decorrente das amarras da legislação do Direito do Trabalho, podendo ser elidido e combatido com a precarização das normas que protegem as relações laborais. A suposta inter-relação entre precarização e desemprego é descrita por Wilson Ramos Filho nos seguintes termos:

Desde então, precarização e desemprego são fenômenos que se inter-relacionam de modo que se produz a precarização sob o pretexto de

²³¹ Wilson Ramos Filho disserta: “Obviamente nestes processos de metamorfoses das relações na produção, a desterritorialização, a reterritorialização e a deslocalização empresarial podem ocorrer simultaneamente ou de modo sequencial, atingindo alguns setores da atividade empresarial mais do outros, influenciando a composição do mercado de trabalho com maior intensidade em alguns países em relação a outros, mas é inegável que esta imensa mobilidade do ‘trabalho morto’, com a complacência estatal, tem influência na regulação do ‘trabalho vivo’ prestado em condições de subordinação, por parte do Direito Capitalista do Trabalho e das Doutrinas do bem-administrar construídas no final do século XX.” In: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 283.

combater o desemprego. Contudo, a própria precarização, por debilitar o contrapoder sindical dos trabalhadores, acaba por dificultar a retomada dos empregos ou pelo menos daqueles com qualidade superior aos empregos precários instituídos para combater o desemprego. De fato, o desemprego criado com a reestruturação produtiva aparece como álibi para a transferência de renda da classe trabalhadora para a classe empregadora.²³²

Delineadas as principais características desse terceiro espírito do capitalismo, passa-se a analisar a realidade brasileira e a introjeção no país de tais ideologias. A Constituição Federal de 1988 é notadamente um reflexo das ideologias do segundo e do terceiro espíritos do capitalismo. Um hibridismo constitucional que se reflete tanto no Direito Coletivo como no Direito Individual do Trabalho.

Na regulação dos direitos individuais do trabalho, a Constituição Federal retrata a ambiguidade de ao mesmo tempo elevar normas de Direito do Trabalho ao status de direitos fundamentais e introduzir normas flexibilizantes típicas dos modos de gestão pós-fordistas e pós-tayloristas.

Dentre as normas tidas como direitos fundamentais e reguladoras das relações de trabalho, insta citar as principais constitucionalizações e ampliações: a) a redução da duração do trabalho semanal para 44 horas; b) a fixação de jornada de seis horas para os turnos ininterruptos de revezamento; c) a ampliação da remuneração de férias; d) a ampliação do período de licença maternidade; e) a introdução da licença paternidade; f) previsão de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (já regulamentado) e g) previsão de adicional para atividades penosas (pendente de regulamentação).

Por seu turno, dentre as normas flexibilizadoras típicas para aplicação dos modos de gestão pós-fordistas e pós-tayloristas, vale citar as seguintes constitucionalizações: a) manutenção da possibilidade de denúncia do contrato, sem justa causa, mediante o pagamento da indenização compensatória, nos moldes do sistema do FGTS; b) possibilidade de pagamento de diferentes salários com a ampliação do conceito de participação nos lucros.

²³² RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 374.

Já na regulação dos direitos coletivos do trabalho, a Constituição Federal mantém o corporativismo²³³ típico do primeiro espírito do capitalismo, com as restrições da ditadura militar, acrescido da estratégia de debilitamento do contrapoder sindical, pelo desestímulo a sindicalização dos empregados²³⁴, constituindo-se como uma evidente ideia do capitalismo descomplexado.

Na Constituinte de 1988, não se realizou a reforma sindical, por resistência do empresariado. Entretanto, também não se realizou a reforma trabalhista, por resistência popular e dos trabalhadores. Em apertada síntese, esse pensamento reflete o contexto das normas de trabalho inclusas na Constituição de 1988, como materialização da correlação de forças entre os integrantes das relações sociais do trabalho.

Assim constitui-se o Direito Capitalista do Trabalho Brasileiro no terceiro espírito capitalismo: assentado sob as normas constitucionais e as normas celetistas já revisadas durante o regime militar. É certo que esses diplomas normativos, tais como os demais dos Estados do capitalismo central, são criticados sob fundamentos neoliberais como sendo instrumentos anacrônicos de regulações de trabalho no atual mundo globalizado, desestimulando a criação de empregos e de desenvolvimento nacional²³⁵. Nesse cenário, como correlação de forças que é, é certo que o Direito do Trabalho do Brasil não resistiu a todas as reivindicações de flexibilização típicas do terceiro espírito do capitalismo. Houve a precarização²³⁶ das relações de trabalho em vários aspectos, dentre os quais merece destaque: a) a flexibilização da remuneração, com a instituição de participação nos lucros e nos resultados (PLR), constituindo-a inclusive com natureza de parcela indenizatória; b) a flexibilização dos contratos, ampliando as possibilidades de contratação

²³³ Corporativismo assentado na estrutura sindical, na forma de resolução de conflitos coletivos e no direito de greve.

²³⁴ O desestímulo à sindicalização se deu por três pilares: a) imposição de eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos, o imposto sindical e a representação classista na Justiça do Trabalho.

²³⁵ Wilson Ramos Filho critica essa ideologia ao dispor que “No campo das relações entre empregadores e empregados, este sistema afirma que a eficiência econômica obrigaria as empresas e os Estados a precarizar direitos no âmbito das relações de emprego, sob o argumento da inexistência de alternativa.” *In*: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 311.

²³⁶ Wilson Ramos Filho conceitua a precarização como “o movimento pelo qual, em sua ambivalência característica, o Direito Capitalista do Trabalho diminui a proteção, em algum aspecto, dos direitos dos trabalhadores e passa a proteger de modo mais decidido os interesses dos empregadores como um todo ou de setores determinados das classes dominantes.” *In*: *Ibidem*. p. 311.

temporária e c) a flexibilização da duração do trabalho, introduzindo o ‘banco de horas’ e o contrato de trabalho a tempo parcial.

Além da precarização por intermédio do processo legislativo, também ocorreu a precarização pela jurisprudência, a partir do momento em que os tribunais passaram a rever leitura de normas jurídicas positivadas e sumular assuntos para atender aos postulados da doutrina neoliberal. Alterou-se o modo de interpretar o Direito, porque os magistrados também foram “influenciados pelos terceiro espírito do capitalismo e pelo ideário neoliberal”²³⁷.

Enfim, essa é, em síntese, uma descrição do direito capitalista do trabalho brasileiro na contemporaneidade, contexto no qual a discriminação insere-se como algo socialmente inerente ao seu meio ou como algo naturalizado pelas doutrinas econômicas, inclusive, porque a própria sociedade consumista típica do capitalismo atual, por vezes, acaba por fazer imposições discriminatórias e conduzir a empresa a adequar-se às expectativas do consumidor para que obtenha êxito comercial. Nesse sentido, inclusive, Francisco Gérson Marques de Lima assevera que “sob o ponto de vista sociológico, o principal infrator do preceito igualitário é o consumidor, ou seja, nós mesmos, que esperamos ser atendidos por pessoas dotadas de todos aqueles predicados de beleza e simpatia.”²³⁸ É fato também que, por vezes, é a empresa capitalista quem constrói um ideário de vida para os consumidores, de tal sorte que a culpa destes pelas expectativas de perfil de atendimento seria, ao menos, minorada. Enfim, o fato é que na sociedade capitalista há uma relação complexa entre consumidores, empresas e empregados que repercute na concepção de igualdade.

A exposição desse contexto socioeconômico em que se insere a problemática das discriminações na fase pré-contratual na relação de emprego demonstra a amplitude do problema, que, certamente, não será resolvido na integralidade pela ciência jurídica, inclusive porque a regulamentação social não dá conta de aniquilar todas as injustiças sociais. Entretanto, crê-se que o Direito possui

²³⁷ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 410.

²³⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 224.

um relevante papel social e o dever de promover a igualdade material, o que motiva as reflexões desta pesquisa.

3.2 FASE PRÉ-CONTRATUAL E DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Após as reflexões sobre o direito capitalista do trabalho na atualidade, parte-se, na sequência, para conceituação e análise das características da fase pré-contratual na relação de emprego, das principais formas de discriminação e das proteções antidiscriminatórias normativas existentes no ordenamento jurídico pátrio.

A fase pré-contratual do contrato de trabalho refere-se ao período antecedente à formação do vínculo jurídico de emprego, abrangendo todos os atos inerentes às fases de recrutamento e de seleção de empregados, bem como as negociações e tratativas preliminares estabelecidas entre o selecionado e o empregador. Constitui-se por “fatos e tratativas em fase incipiente que objetivam fixar as condições e o objeto de um contrato ou de um pré-contrato.”²³⁹

É certo que a celebração de contrato de trabalho, regido pela CLT, não obriga o empregador a necessariamente operacionalizar nenhum procedimento formal para recrutar e selecionar empregados, tampouco obriga-o a necessariamente a negociar as condições contratuais, o que tornaria a fase pré-contratual do contrato de trabalho dispensável ou simplória, em termos jurídicos. Contudo, diante da realidade social contemporânea, como geralmente há mais de uma pessoa candidata a uma vaga de trabalho, o empregador vale-se do seu poder diretivo previsto em lei para selecionar e contratar o trabalhador que melhor lhe aprouver para o desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Para tanto, adota um processo seletivo de contratação de pessoal, em que, sinteticamente, publica a vaga de trabalho existente, angaria o maior número possível de candidatos interessados na vaga, averigua os conhecimentos e habilidades dos candidatos tendo como parâmetro de avaliação as funções que serão desempenhadas no exercício do cargo, para selecionar somente um

²³⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 145.

empregado que será o tido como o mais preparado e indicado ao cargo, em detrimento de todos os demais candidatos. Esse processo de recrutamento e seleção utilizado pelo empregador pode ser realizado de acordo com a metodologia e os critérios defendidos pela área de Recursos Humanos da empresa ou entidade, conforme melhor lhe convier, valendo-se, por exemplo, de análise curricular, de provas de conhecimento teórico, de entrevistas e dinâmicas de grupo, dentre outros.

Essa lógica do processo seletivo de escolha do melhor empregado para a vaga de trabalho, conforme as convicções administrativas do empregador, não é absoluta e regida tão-somente pela autonomia da vontade do empregador, encontrando limites legais nos direitos fundamentais dos candidatos, mormente nos princípios do trabalho digno e da igualdade, que são os assuntos da presente pesquisa. Até mesmo porque “muitas vezes, o chamado perfil ou cara da empresa, pode indicar discriminação, seja estética, seja por personalidade.”²⁴⁰ Antes de adentrar nessa tensão de interesses entre empregador e empregados, cabe tecer considerações preliminares sobre a distinção entre as negociações prévias que caracterizam a fase pré-contratual e o pré-contrato (antecontrato), por serem institutos jurídicos distintos.

3.2.1 Distinção entre fase pré-contratual e pré-contrato

A fase pré-contratual da relação de emprego, como supra descrita, abarca as tratativas preliminares entre empregador e empregado para se chegar aos termos e celebração do contrato de trabalho. Por seu turno, o pré-contrato “é um ato jurídico perfeito e acabado que tem por objeto a promessa de celebração de um contrato futuro e, portanto, com efeito vinculante às partes.”²⁴¹ Caio Mário conceitua o contrato preliminar como a via pela qual as partes comprometem-se a celebrar mais tarde um contrato principal e as negociações preliminares como a fase da apresentação da proposta e o seu aceite, diferenciando-os nos seguintes termos:

²⁴⁰ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 42.

²⁴¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 145.

Distingue-se, também, das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro.²⁴²

Luciano Augusto de Toledo Coelho explica a distinção entre os atos de negociação prévia (fase pré-contratual) e o pré-contrato ou antecontrato, trazendo à baila diversos posicionamentos doutrinários, para esclarecer que “os atos de negociação que frequentemente integram o processo formativo dos negócios jurídicos e que, às vezes, fundamentam a responsabilidade pré-contratual”²⁴³ são “destituídos de eficácia contratual específica, ao contrário do que se verifica com o contrato-promessa.”²⁴⁴ Para exemplificar, Luciano Augusto de Toledo Coelho cita como casos costumeiros de celebração de pré-contrato o ato jurídico celebrado entre atletas profissionais e clubes de futebol, para evitar a contratação por outros clubes profissionais; bem como a pré-contratação entre professores e instituições de ensino, para que esta possua um rol de técnicos qualificados para obter os registros que possibilitem a abertura e funcionamento de cursos educacionais:

Exemplo de contrato preliminar na seara trabalhista é do trabalhador que aceita dar seu nome para que a instituição obtenha autorização de funcionamento (caso de distribuidoras de medicamentos, farmácias, cursos universitários, escolas, as quais precisam da assinatura de um técnico profissional habilitado para pleitearem registros que possibilitem o funcionamento legal do negócio), mediante promessa de contratação posterior. (...) São comuns também pré-contratos entre os atletas profissionais de futebol e seus futuros clubes que pretendem amarrar a negociação evitando assim que o atleta seja objeto de especulações por parte de empresários com melhor oferta.²⁴⁵

Em termos de responsabilidade civil, os danos decorrentes do não cumprimento das tratativas preliminares estão atrelados à responsabilidade pré-contratual, ao passo que os danos decorrentes do não cumprimento do antecontrato refere-se à violação propriamente dita do teor contratual.

²⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 69.

²⁴³ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 100.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Ibidem. p. 101.

Posto o alerta sobre a distinção entre fase pré-contratual e pré-contrato, consigne-se que no presente estudo tratar-se-á somente sobre um método de interpretação de diferenciações legítimas ou ilegítimas de candidatos nas fases de recrutamento e seleção, ou seja, sobre a discriminação ocorrida fase pré-contratual, sem tecer considerações sobre pré-contrato.

3.2.2 Práticas discriminatórias na fase pré-contratual

A resposta ao problema da presente pesquisa demanda a compreensão das costumeiras práticas e fatores discriminatórios perpetradas na fase pré-contratual no direito do trabalho, ou seja, no momento do processo seletivo e das negociações entre o empregado e o empregador. A fase pré-contratual constitui-se um terreno fértil para ocorrência de inúmeras ofensas a direitos fundamentais.

Fato é que a discriminação ocorre com mais intensidade quando a situação econômica do país está ruim, o emprego está escasso e o exército de reserva de trabalhadores está formado por um maior número de contingente. Nesse cenário, além de aumentarem as chances da fase pré-contratual ser repleta de subjetividade e preconceito, diminui-se também a capacidade de negociações contratuais das condições de trabalho pelo empregado²⁴⁶. A contrário senso, quando a economia do país vai bem e há muita oferta de trabalho e o empregador se vê com dificuldade de encontrar mão-de-obra, obriga-se a melhorar a sua capacidade de convívio com as diferenças e as discriminações diminuem, aumentando também a possibilidade do empregado promover negociações contratuais.

O mesmo raciocínio aplica-se em relação aos empregados que sabem fazer trabalhos considerados simplórios, de fácil execução ou mesmo aqueles técnicos de um conhecimento cujo mercado já esteja saturado de profissionais, os quais estarão sujeitos a maiores restrições ilícitas e com menor poder de barganha nas negociações, os quais, obviamente carecem de maior proteção estatal.

²⁴⁶ As negociações contratuais das condições de trabalho a que se refere não abarca a renúncia dos direitos fundamentais e sim as situações negociáveis, tais como, o salário, o horário e local de trabalho, exemplificativamente.

Diversamente destes, os altos empregados ou técnicos com conhecimentos especializados, singulares²⁴⁷ ou comuns mas muito solicitados, tornam-se candidatos a empregos que possuem mais autonomia para renunciar a direitos fundamentais na fase pré-contratual²⁴⁸, bem como mais autonomia para negociar as condições contratuais.

Tem-se, nesta fase pré-contratual, portanto, uma notória vinculação entre o aspecto econômico e o jurídico, o que implica inúmeras hipóteses de casos concretos de diferenciações lícitas e ilícitas, o que impõe a análise de cada caso concreto.

A par desta premissa econômica e das peculiaridades que impõe ao caso concreto, o fato é que, em regra, as diferenciações feitas nos processos seletivos, veladas ou públicas, são discriminatórias e, portanto, ilícitas. Não raras vezes, o empregador criar diversas modalidades de distinções sem correlação lógica com o exercício das tarefas ou qualquer razão racional, vetando o acesso dos marginalizados ao emprego e à subsistência com dignidade. Várias são as formas para se ferir o direito à igualdade do empregado, podendo a ofensa ocorrer nos anúncios de recrutamento, da análise curricular, dos testes psicológicos, das dinâmicas de grupo, das entrevistas, dos exames médicos admissionais e das consultas a lista negras, aos bancos de proteção ao crédito e de antecedentes criminais.

Os próprios anúncios de empregos, por vezes, são dotados de discriminações de toda ordem, o que fora objeto de análise em artigo publicado por Jorge Luís Souto Maior, cuja conclusão é no sentido de que cabe ao Poder Judiciário, ao Ministério Público do Trabalho atuarem para punir exemplarmente os

²⁴⁷ Segundo informações da revista Exame, os 10 profissionais raros no Brasil são: engenheiros e técnicos para upstream (petróleo e gás); gerentes e diretores de incorporação (construção); gerentes e engenheiros de obras (geração de energia); gerentes agrícolas (agronegócio); gerente de planejamento tributário (impostos indiretos); gerente de planejamento tributário (planejamento internacional); gerente de vendas para América Latina (tecnologia); engenheiros especializados em cloud computing (tecnologia); gerentes de serviços (tecnologia); gerente de vendas (educação/editorial). Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/os-profissionais-raros-no-brasil#2>>. Acesso em 3 jan.2013.

²⁴⁸ Reitere-se que não se está a defender a negociação ou renúncia de direitos dos trabalhadores incidentes na fase contratual propriamente dita e que são irrenunciáveis. O objeto de estudo é a concessão de tratamentos diferenciados, lícitos e ilícitos, aos empregados na fase pré-contratual, de recrutamento e seleção.

empregadores discriminadores, cabendo também à imprensa a responsabilidade de evitar a divulgação de tais anúncios²⁴⁹.

Nas dinâmicas de grupo, o empregado pode ver o direito à igualdade e também outros direitos de personalidade, tais como o direito de imagem ou de intimidade, ser restringido e ofendido, ao ser “colocado em um grupo, juntamente com outros candidatos, geralmente desconhecidos, tendo que desenvolver tarefas e se expor. A técnica, facilmente, pode se tornar abusiva”²⁵⁰, até mesmo porque o interesse do entrevistador pode ser excluir o mais tímido ou menos expansivos ou ambicioso, como se todos os seres humanos devessem estar formatados a um padrão de comportamento ou ter os mesmos traços de personalidade. É certo que, nem toda dinâmica ultrapassa os limites razoáveis da análise da capacidade de socialização ou de pró-atividade dos candidatos, mas o limite entre um trabalho sério e arbitrário é tênue, inexistindo, em regra, transparência quanto aos critérios e resultados, podendo produzir “efeitos danosos ao equilíbrio emocional do empregado. Ao manipular tanto a emoção, quanto o íntimo do indivíduo, a dinâmica pode levá-lo a se sentir humilhado e menos capaz que os demais.”²⁵¹

Testes psicológicos ou psicotécnicos utilizados com fins desvirtuados, que não a análise da higidez mental, ou mesmos testes reprováveis pelo Conselho Regional de Psicologia são outros exemplos de meio de operacionalizar a discriminação, isso porque “testes psicológicos, por si só, nada provam, e não podem ser utilizados de forma exclusiva para avaliações, máxime se reprovados pelo conselho profissional de psicólogos.”²⁵² Inclusive sobre o assunto, consigne-se que os testes de avaliação psicotécnica são revalidados pelo Conselho de Psicologia “a cada 10 anos, o que significa que um teste aplicado em um candidato

²⁴⁹ Jorge Luís Souto Maior assevera que “À imprensa cabe a responsabilidade de evitar a divulgação de anúncios discriminatórios; o que, por si só, não elimina a discriminação no mundo do trabalho, mas já é um começo. Exatamente por isto é que, para complementar uma ação concreta contra a discriminação, cabe ao Ministério do Trabalho apurar e levar adiante as denúncias de atos discriminatórios quanto à inserção no mercado de trabalho e, por fim, cabe ao Judiciário, deixar de lado posturas complacentes para com os agressores, punindo-os exemplarmente.” In: SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/140.htm>>. Acesso em 5 jan.2013.

²⁵⁰ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 45.

²⁵¹ Excerto da ementa do acórdão. TRT 17ª Região. RO 01689.2004.008.17.00-0, AC. 08693/2005, Rel. Juíza Sonia das Dores Dionísio. DJU 18.11.05. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=654431107&id=236>>. Acesso em 30 DEZ.2012.

²⁵² COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

hoje pode ser considerado não válido posteriormente. Na última avaliação feita, muitos dos testes avaliados foram reprovados.”²⁵³ Esse fato já é um indicativo da fragilidade dos testes psicotécnicos.

As entrevistas pessoais também podem ser maculadas por inúmeras questões discriminatórias, já que a subjetividade do método permite a análise da “boa aparência” e fazer com naturalidade perguntas que dizem respeito à intimidade e vida privada do candidato e que em nada influenciam na execução das tarefas. O empregado, constringido e necessitando do emprego, pode-se ver compelido a formatar-se aos padrões de conduta indicados nos meios midiáticos como adequados²⁵⁴ e a responder as perguntas alheias às funções laborais. Essas perguntas ilícitas não necessitariam ser respondidas, como assevera Vanessa Karam de Chueiri Sanches: “perguntas sobre a vida sexual do candidato, sua opção política ou religiosa, sobre a sua vida pessoal, sobre seus lazeres e diversões poderão ser respondidas de forma incompleta ou sequer respondidas.”²⁵⁵

Até mesmo as qualificações técnicas, com caráter eliminatório, exigidas costumeiramente dos candidatos, tidas com naturalidade, por vezes não se legitimam, como a habitual exigência de domínio de língua estrangeira, mormente a língua inglesa, feita inclusive por empresas e entidades que possuem atividades localizadas, sem nenhum negócio internacional ou atividade que demande o uso de outra língua que não o vernáculo nacional. Nessas circunstâncias, as exigências técnicas podem ser, inclusive, um meio para segregar aqueles que tiveram menos acesso à educação, ou seja, os mais desfavorecidos economicamente.

Ainda, é possível ferir-se direitos fundamentais dos candidatos na solicitação de exames médicos admissionais que visem a investigar o estado gravídico das candidatas ou analisar a intimidade genética, inclusive, com aspectos

²⁵³ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

²⁵⁴ Há incontáveis sites de empresas especializadas em recrutamento e seleção que disponibilizam consultoria sobre a roupa que se deve utilizar na entrevista, a forma como cabelo deve estar penteado, as cores de esmalte que as mulheres devem utilizar e até mesmo quais sinais corporais o candidato deve sinalizar ao entrevistador. Nesse mesmo sentido, há programas de rádio e quadros em programas televisivos comandados por especialistas em carreira para formatar os empregados a comportamentos padronizados ou para lhes ensinar a atuar.

²⁵⁵ SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho. Dissertação (mestrado)* – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-06-14T103857Z-346/Publico/VANESSA%20SANCHES%20Dto.pdf>. Acesso em 2 JAN.2013. p. 82.

da personalidade dos candidatos, ofendendo o direito fundamental à intimidade, honra e dignidade dos empregados. Estes mesmos direitos fundamentais podem ser atacados na exigência de redações ou textos aleatórios, cujo intuito do examinador é a análise da intimidade do candidato por meio de testes grafotécnicos ou grafológicos²⁵⁶.

Há ainda que se citar o uso das intituladas “listas negras” por empregados no momento da contratação de empregados, valendo-se de banco de dados de candidatos que já ajuizaram ações trabalhistas para abster de contratar determinado empregado, com a presunção de que este será um futuro autor de ação trabalhista também contra si (tido como o reclamante contumaz)²⁵⁷. Ou mesmo, o uso de banco de dados de candidatos cujos nomes estejam inclusos em bancos de proteção de crédito (SPC/SERASA), com a presunção de que poderão cometer crimes contra o patrimônio da empresa para quitar suas dívidas pessoais²⁵⁸. E, pior ainda, o uso do banco de dados de antecedentes criminais, para fim diverso da hipótese legal prevista na Lei nº 9.051/95, produzidos inclusive de modo paralelo às informações estatais, com a presunção de que qualquer pessoa arrolada em processo criminal, ainda que seja decorrente de uma briga de vizinhos ou de um acidente de trânsito, é um criminoso já condenado, jamais reabilitado e inapto a qualquer trabalho²⁵⁹.

²⁵⁶ Vanessa Karam de Chueiri Sanches explica que “o exame grafotécnico é o meio de seleção utilizado para auferir determinadas características do candidato através de sua grafia. Antigamente, não eram incomum nos depararmos com anúncios de empregos que exigiam que o candidato encaminhasse a solicitação de trabalho escrita manualmente. Este tipo de exame vem sendo veemente reprimido, na medida em que proporciona um conhecimento profundo de determinados traços de personalidade do candidato que não guardam qualquer conexão com a função para a qual o candidato concorre, além do que não permite que os traços pertinentes sejam separados dos impertinentes.” *In*: Ibidem. p. 83.

²⁵⁷ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: LISTA NEGRA. DANOS MORAIS. Provas demonstrada a inclusão do nome do autor em lista negra" como meio de barrar o acesso ao mercado de trabalho, tem-se que os danos morais são mera decorrência, desencadeando do próprio fato ofensivo ("damnum in re ipsa"), sendo desnecessária a prova do prejuízo moral sofrido pelo trabalhador. (TRT 9ª R.; Proc. 00577-2010-091-09-00-4; Ac. 35397-2011; Segunda Turma; Rel. Des. Márcio Dionísio Gapski; DJPR 02/09/2011)

²⁵⁸ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: CONSULTA JUNTO AO SPC E AO SERASA PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO. DANO MORAL CONFIGURADO. A consulta a órgãos que prestam serviços de proteção ao crédito apenas se mostra aceitável na hipótese de concessão de empréstimo ou na possibilidade de se firmar contrato oneroso em que o trabalhador figurasse como devedor. Se o obreiro possui dívidas, tal não pode configurar fato impeditivo para que obtenha o emprego ou nele permaneça, e a consulta a pendências financeiras constitui flagrante ofensa à intimidade, o que enseja o pagamento de compensação por dano moral, nos termos dos arts. 5º, X, da CRFB, 186 e 927, do CC. (TRT-PR-30471-2009-084-09-00-3-ACO-27089-2011 - 2A. TURMA. Relator: ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA. Publicado no DEJT em 08-07-2011)

²⁵⁹ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: EMENTA: TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - O Ministério Público do

Há ainda durante a fase pré-contratual a criação de falsas expectativas, com as falsas promessas expressas ou com a execução de todos os atos do empregador que levam o candidato a crer na indubitável celebração do contrato de trabalho, o que não se realiza no último átimo sem apresentação de nenhum argumento pelo empregador²⁶⁰. Neste caso, as conjecturas para a não celebração do contrato são incontáveis, supondo que pode ser decorrente de um ato discriminatório pela descoberta posterior de alguma informação particular do candidato²⁶¹ ou mesmo a troca do candidato por “um candidato que não participou do processo, mas com relações dentro da empresa, [que] foi contratado para a vaga.”²⁶²

Considerando o raciocínio exposto nos capítulos iniciais, por intermédio do qual se defende a construção argumentativa jurídico-constitucional para o exercício de qualquer direito fundamental, frise-se que a amostra supra do *modus operandi* de como hodiernamente ocorrem as discriminações no processo seletivo não significa que se está a sustentar posicionamento irreduzivelmente contrário à utilização de dinâmicas de grupo, entrevistas, testes psicotécnicos, exames médicos

Trabalho tem legitimidade ad causam para invocar a tutela inibitória coletiva, veiculada em ação civil pública, para impedir que as empresas se utilizem de banco de dados, tomem ou prestem informações criminais relativas a empregados ou candidatos a emprego ou de exigir desses certidões, atestados ou quaisquer informações sobre os antecedentes criminais fora das hipóteses taxativamente previstas em lei. Aquele que cumpriu a pena deve ser reintegrado e não excluído da sociedade, possibilitando-lhe a concorrência em igualdade de condições com os demais candidatos às vagas de emprego. (TRT 9ª R.; RO 98906-2004-014-09-00-1; Rel. Paulo Ricardo Pozzolo; DJPR em 17-01-2006).

²⁶⁰ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÉ-CONTRATAÇÃO. O dano pré - Contratual ocorre quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe grande expectativa de contratação, principalmente quando a fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais, treinamentos e entrega de documentos, gerando no trabalhador a quase certeza da admissão, que alfim, não ocorre, sem justo motivo. (TRT 17ª R.; RO 52100-83.2012.5.17.0010; Rel. Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais; DOES 09/11/2012; Pág. 163)

²⁶¹ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: DANO PRÉ-CONTRATUAL. MOTIVO DISCRIMINATÓRIO PARA A NÃO CONTRATAÇÃO. O dano pré-contratual não decorre da violação do contrato de trabalho, mas da ofensa a um dever de conduta por uma das partes, ou seja, ao princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear toda e qualquer relação jurídica, conforme art. 422 do Código Civil. Logo, é plenamente possível determinar a responsabilidade pré-contratual, quando uma pessoa faz negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para ser contratada e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença. Mais grave, ainda, quando a formalização do ajuste não ocorreu motivada por fator de ordem discriminatório. No presente caso, tenho que o reclamante se desincumbiu do ônus de comprovar que, apesar de ter sido aprovado na seleção realizada pela primeira reclamada, o contrato de trabalho não foi celebrado em razão do ajuizamento de demandas em curso nesta especializada, em face da segunda reclamada e de outras empresas. (TRT 8ª R.; RO 0000469-49.2012.5.08.0205; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Odete de Almeida Alves; DEJTPA 28/09/2012; Pág. 70)

²⁶² COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 52.

admissionais ou consulta a antecedentes criminais, quando o caso concreto demandar o uso de tais instrumentos e as justificativas, no exercício de ponderação de direitos fundamentais ou de resolução de tensões entre direitos fundamentais e autonomia privada, fizerem com que prevaleça um outro direito fundamental que não o direito do empregado.

Nesse sentido, sobre a legitimidade do uso de exame psicotécnico, condicionados à razoabilidade e à transparência, Luciano Augusto de Toledo Coelho manifesta-se em seu livro, transcrevendo excerto de sentença judicial de sua lavra:

Portanto, em meu entender, desde que aplicados com razoabilidade e de forma criteriosa, é possível a avaliação e a testagem, desde que aprovada pelo CRP e desde que garantido ao candidato o retorno e a informação sobre os critérios utilizados. (...) nem tanto ao céu nem tanto à terra, não se pode generalizar nessa área, por mais questionável e polêmica que seja o uso de técnicas psicotécnicas.²⁶³

Posto este alerta que serve a rememorar as razões da presente pesquisa, consigne-se que a dissertação sobre o método que solucione a diferenciação lícita ou ilícita na fase pré-contratual, independentemente do método utilizado, será realizada no capítulo seguinte deste texto.

As amostras supra dos meios pelos quais as discriminações ocorrem na fase pré-contratual, em tese, consideram a realidade discriminatória detectada pelo Poder Judiciário, com a consciência de que a capacidade dos empregadores preconceituosos elegerem outros fatores ou modos de discriminação é cambiante, o que merece constante vigilância do Poder Público e daqueles que pugnam pela mudança da realidade social e construção de uma sociedade democrática. Apresentadas as principais formas de discriminação na fase pré-contratual, na sequência, passa-se a redigir sobre as proteções antidiscriminatórias específicas no ordenamento jurídico pátrio.

²⁶³ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 50.

3.2.3 Proteções antidiscriminatórias na fase pré-contratual

O direito à igualdade nas oportunidades de trabalho contém proteções antidiscriminatórias específicas no ordenamento jurídico, além do direito geral à igualdade previsto no art. 5º, *caput* da CF já citado no subcapítulo 2.1.2 do presente estudo. Essas normas específicas estão expressas na Constituição Federal, na Lei Federal n.º 9.029/1995 e na Convenção n.º 111 da OIT, às quais se fará referência neste estudo²⁶⁴.

As diferenciações ilícitas no contrato de trabalho, em regra, ocorrem em relação a alguns fatores discriminatórios estruturais, os quais foram citados exemplificativamente pelo legislador constituinte no art. 3º, IV²⁶⁵, sendo eles: a origem, raça, sexo, cor e idade. Além desses, o legislador constituinte fez constar nos incisos XXX e XXXI do artigo 7º da Constituição Federal outros fatores de discriminação proibidas no contrato de trabalho, quais sejam: estado civil, situação familiar²⁶⁶ e deficiência²⁶⁷. Ainda, o art. 7º, inciso XXXII da CF proíbe a discriminação quanto à natureza do trabalho: manual, técnico ou intelectual.²⁶⁸

Desse modo, a Constituição Federal assegura a igualdade de tratamento aos candidatos a empregos, para que todos os cidadãos que subsistem por

²⁶⁴ Os demais diplomas legais que contêm regras expressas sobre a proibição de discriminação na contratação de empregados não serão ora referenciados, mormente porque tratam de conseqüências criminais para os agentes do crime de discriminação, o que será apenas citado ao longo do texto.

²⁶⁵ “art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 jan.2013.

²⁶⁶ “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 jan.2013.

²⁶⁷ “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 jan.2013.

²⁶⁸ “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 jan.2013.

intermédio do emprego e do salário, a par de suas desigualdades naturais, tenham condições igualitárias de serem contratados para trabalhar com dignidade.

No mesmo sentido da proibição do veto às discriminações prevista constitucionalmente, em 17 de abril de 1995 foi publicada a Lei n.º 9.029/1995 que no seu artigo 1º expressamente proíbe “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”²⁶⁹. A lei possui, portanto, proibições que se dirigem tanto à fase pré-contratual, quanto contratual, inclusive no ato resilitório. Essas proibições descritas na lei não compõem um rol taxativo de discriminações, não se tratando de *numerus clausus*, até mesmo porque o legislador deixou evidente que a lei protege o empregado contra qualquer prática discriminatória²⁷⁰.

A Lei n.º 9.029/1995 aumentou a eficácia das normas constitucionais, à medida que, inclusive, no seu art. 2º criminaliza condutas discriminatórias, tipificando a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez como crime; ou a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem a) indução ou instigamento à esterilização genética ou b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do SUS. Poderia também ter previsto penas para todos os casos de conduta discriminatória, mas não o fez, o que, entretanto, não desmerece sua relevância jurídica²⁷¹.

²⁶⁹ BRASIL. Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995. *Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em 2 jan.2013.

²⁷⁰ Nesse sentido, inclusive, posiciona-se Thereza Cristina Gosdal ao dispor que: “O art. 1.º da Lei n.º 9.029/1995 é bastante claro quanto à abrangência pela lei de outros critérios de discriminação além do gênero. Proíbe-se qualquer prática discriminatória para o efeito de acesso à relação de emprego, ou de sua manutenção, elencando-se em rol que não pode ser compreendido como *numerus clausus* (ou não faria o artigo menção a ‘qualquer prática discriminatória’), os critérios de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, além do sexo. In: GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênesis, 2003. p. 104-105.

²⁷¹ Vale lembrar que a discriminação por cor e raça é crime tipificado na Lei n.º 7.716/89.

O artigo 3º da Lei n.º 9.029/1995 prevê cominações administrativas àqueles que discriminam empregados, para efeitos de admissão ou manutenção de emprego, sendo cabíveis multas administrativas que não são revertidas ao empregado e sim à União, bem como estipuladas proibições de obter empréstimo ou financiamento em instituições financeiras oficiais.

Por seu turno, as sanções de natureza trabalhistas estão previstas no art. 4º que dispõe que é devida indenização por dano moral e, no caso da ruptura do contrato de trabalho, o empregado discriminado pode optar entre a reintegração, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. No caso da discriminação ocorrer na fase pré-contratual, a sanção é o pagamento de indenização por danos patrimoniais, com fundamento na responsabilidade civil pré-contratual, não havendo hipótese legal de cumprimento forçado do empregador contratar o discriminado, asseverando Francisco Gérson Marques de Lima que “ainda não foi desta vez a se prever, incisivamente, a admissão forçada no emprego na hipótese de prática discriminatória na oportunidade de admissão.”²⁷² Não obstante isso, Luciano Augusto de Toledo Coelho conclui em sua construção argumentativa em dissertação de mestrado ser possível, em determinados casos concretos, a tutela do interesse positivo, para que em casos excepcionais o juiz do trabalho obrigue a empresa a que haja o cumprimento do contrato de emprego.²⁷³

Ainda, integra o ordenamento jurídico pátrio o disposto na Convenção n.º 111 da OIT, ratificado em 1968 pelo Brasil, que impõe o combate a qualquer forma de discriminação nas relações de trabalho, conceituando discriminação como “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou

²⁷² LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 22.

²⁷³ Nesse sentido, Luciano Augusto de Toledo Coelho assevera: “Atendidos, portanto, pressupostos específicos de ausência de veto legal expresso, inexigência do elemento espontaneidade para o cumprimento da avença, efeitos restritos às partes contratantes e limites naturais e políticos, possível a determinação de cumprimento forçado e a tutela do interesse positivo. No campo trabalhista não vemos óbice diante de tais critérios, para que, em tutela de exceção, mas perfeitamente possível, obrigue o Juiz do Trabalho a que haja o cumprimento do contrato de emprego. In: COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 138.

alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”²⁷⁴, ressalvando que “as distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.”²⁷⁵ Além disso, no art. 5º da Convenção n.º 111 da OIT excluiu-se também do conceito de discriminação as medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho.

Assim sendo e considerando a adoção da teoria dos direitos fundamentais prescrita nos capítulos iniciais, seguem considerações preliminares sobre a discriminação na fase pré-contratual em relação a sexo, cor, raça, origem, estado civil, idade e contra o deficiente. As conceituações serão redigidas sinteticamente, com o fim de compreender quais são as segregações, sem analisar cada uma das diferenciações com a profundidade que cada um dos fatores demanda, por não ser o objetivo principal deste estudo.

A primeira proibição expressa no artigo 7º da CF e no art. 1º da Lei n.º 9.029/95 veta a discriminação em razão do sexo, o que impõe a reflexão sobre a discriminação feminina, masculina e por orientação sexual.

Em relação à discriminação da mulher, faz-se necessariamente situar historicamente, no período da industrialização europeia ocorrida nos séculos XVIII e XIX, a superexploração do trabalho da mulher e das crianças (chamadas de ‘meias-forças’) ocorrida principalmente na Inglaterra e na França, razão pela qual as primeiras leis trabalhistas publicadas na Europa foram destinadas à proteção da mulher. Na Inglaterra, exemplificativamente, houve a publicação do *Coal Minig Act* de 1842, proibindo o trabalho da mulher em locais subterrâneos; da *Factory Act* de 1844, proibindo trabalho noturno e limitando a jornada das mulheres em 12 horas e do *Factory and Workshop Act* de 1848 que proibiu o labor de mulheres em locais perigosos e insalubres²⁷⁶. As leis que se seguiram foram construindo tamanhas

²⁷⁴ BRASIL. Decreto 62.150, de 19 de janeiro de 1968. *Promulga a Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814>>. Acesso em 2 jan.13.

²⁷⁵ BRASIL. Decreto 62.150, de 19 de janeiro de 1968. *Promulga a Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814>>. Acesso em 2 jan.13.

²⁷⁶ ALVES, Aline Cristina. A igualdade de gênero e o direito laboral – o caso do art. 384 da CLT. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 22.

diferenciações ao trabalho da mulher que fez com que se institucionalizasse “uma divisão sexual do trabalho ‘natural’, que marca uma diferença onde não existe.”²⁷⁷ Criou-se uma segregação estrutural, iniciada no processo de educação e formação para o trabalho, que ainda gera reflexos na sociedade atual.²⁷⁸

Essas leis protecionistas da mulher foram necessárias e oportunas naquele contexto histórico de superexploração do trabalho feminino. Entretanto, no momento histórico contemporâneo não se justifica mais a concessão de tratamento diferenciado às mulheres pela pressuposição de fragilidade, até mesmo porque não há “razão alguma, a não ser o lastro do machismo, para privar a mulher dos perigos e cansaços próprios do trabalho, quando em condições físicas normais.”²⁷⁹ Admite-se a diferenciação de tratamento entre homens e mulheres que sejam de ordem biológica e insuperáveis por meios artificiais, sendo lícito, exemplificativamente, o tratamento distinto concedido a empregada gestante e lactante.

Como discriminação contra a mulher tem raízes estruturantes na sociedade, a desigualdade ilícita ainda evidencia-se sob diversas formas, ocorrendo, dentre outros, a desigualdade de remuneração, no acesso à formação profissional, no acesso ao trabalho, na manutenção do emprego e nas oportunidades de ascensão profissional. Dentre esses direitos de igualdade de oportunidades e tratamento, destaque-se o direito das mulheres não serem discriminadas nos processos de recrutamento e seleção, quando as tarefas objeto do contrato de trabalho puderem ser realizadas por pessoas de ambos os sexos, o que encontra respaldo legal na CF, na Lei 9.029/95 e na Convenção n.º 111 da OIT, supra mencionados.

Além desses meios legais de tutela do trabalho da mulher e da proibição de discriminação na fase pré-contratual, insta dispor que a Lei n.º 9.799/1999 incluiu o artigo 373-A à CLT para expressamente proibir a publicação de anúncio de emprego ou recusa de emprego, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou

²⁷⁷ GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003. p. 83.

²⁷⁸ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. Discriminação da mulher: o olhar do judiciário trabalhista. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação no Estado Constitucional*. V. III. Curitiba: Juruá, 2011. p. 11-41.

²⁷⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67.

estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade for notória e publicamente incompatível.

Fato é que não obstante exista a igualdade formal em diversos diplomas jurídicos, como mencionado, a desigualdade entre homens e mulheres perdura no ambiente de trabalho contemporâneo. A análise da discriminação da mulher nas relações de trabalho, incluindo na fase pré-contratual e contemplando inclusive estudo detalhado de dados estatísticos oficiais brasileiros, é objeto de inúmeros textos acadêmicos, cujo aprofundamento não se fará pelas limitações que se impõe à presente pesquisa²⁸⁰. O que se pretende consignar é que a discriminação em relação à mulher historicamente existente, identificada pelo legislador no texto (infra)constitucional e objeto de preocupação internacional, ainda perdura, não obstante os inúmeros e constantes avanços da mulher no mercado de trabalho, devendo ser cotidianamente combatida para a promoção do bem de todos e, inclusive, progresso e desenvolvimento o país.

Ainda, não obstante as discriminações sejam histórica e estaticamente comprovadas contra as mulheres, constitui diferenciação ilícita e sancionável de igual sorte o fato do empregador discriminar, em caso concreto, os homens em processo seletivo destinado à contratação de empregado para ocupar cargo cujas atribuições possam ser realizadas por pessoas de ambos os sexos, fazendo a diferenciação sem nenhuma razão legítima e assim agindo tão somente pelo fator cultural ou qualquer preconceito que o leve à equivocada conclusão de que a mulher é empregada mais apropriada para as tarefas. Geralmente, tal fato acontece nas profissões ditas feminizadas, assim entendidas aquelas “que guardam alguma similitude com as tarefas domésticas e com o papel da mulher na família, como domésticas, enfermeiras, professoras e secretárias.”²⁸¹ A hipótese da discriminação

²⁸⁰ Sobre o tema: BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 36 – 76. GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003. ALVES, Aline Cristina. A igualdade de gênero e o direito laboral – o caso do art. 384 da CLT. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 17 – 46.

²⁸¹ GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003. p. 161.

contra o homem no secretariado também fora apontada por Francisco Gérson Marques de Lima como uma hipótese de diferenciação ilícita.²⁸²

Ainda sobre a discriminação em razão do sexo, há que se citar a ocorrência de discriminação por orientação sexual nas relações de trabalho, ferindo o direito à igualdade e a liberdade das pessoas de ambos os sexos decidirem sobre a orientação sexual que desejam para si. A CF não dispôs clara e expressamente sobre a discriminação por orientação sexual, havendo quem refute e quem sustente que os vetos expressos em razão de sexo ou as proibições de qualquer natureza abrangeriam aquele fator de *discrimen*²⁸³. Essa problemática da inclusão da expressão “por orientação sexual” fora discutida pelos constituintes, não tendo sido incluída na CF de modo consciente nas palavras de José Afonso da Silva:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.²⁸⁴

Esse excerto “reflete como a questão ainda é complexa na mentalidade dos representantes da sociedade brasileira.”²⁸⁵ O conservadorismo daquela época e presente também dos nossos tempos²⁸⁶, é um demonstrativo da discriminação

²⁸² Nesse sentido, Francisco Gérson Marques de Lima dispõe: “Aponta-se como uma destas hipóteses proibitivas a exigência pelo tomador de serviços da condição de ser mulher para a admissão em emprego cujas atividades possam muito bem ser desempenhadas pelo homem, a título do que sucede, v.g., como o ramo do secretariado. *In*: LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76.

²⁸³ SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-06-14T103857Z-346/Publico/VANESSA%20SANCHES%20Dto.pdf>. p. 62.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 218.

²⁸⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 368-384.

²⁸⁶ Houve Projeto de Emenda à Constituição (PEC 67/1999) intentando a inclusão expressa da proibição de discriminação por orientação sexual, contudo, tal projeto fora arquivado em 2003,

existente contra os homossexuais (gays e lésbicas), os bissexuais, os travestis e transexuais, enfim, as pessoas que integram o grupo das “minorias sexuais”²⁸⁷, já que a heterossexualidade é naturalmente aceita ou imposta. Estudos pormenorizados constataam as dificuldades de ingresso e de manutenção no emprego destas pessoas, devendo essa discriminação ser combatida por todos os meios legítimos para tanto. Para esta pesquisa, importa destacar que, ainda que a positivação da discriminação por orientação sexual seja relevante e que não tenha sido realizada na CF ou em lei infraconstitucional que rege a matéria, o ordenamento jurídico veta a discriminação por orientação sexual, com fundamento nas regras que proíbem quaisquer formas de discriminação e nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, não permitindo esse tipo de discriminação para acesso ao trabalho.

As proibições estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio contra a discriminação por cor e em razão da raça versam sobre hipóteses distintas e não podem ser confundidas, não obstante possuam algumas similitudes. A raça é um conceito que se atribui ao conjunto de várias características próprias de determinados indivíduos, sendo que seus caracteres “não se restringem à cor da pigmentação da pele, eis que passam por outros elementos físicos e orgânicos transmissíveis por hereditariedade, como o tipo sanguíneo, a formação óssea, a textura do cérebro, a arcada dentária, a estatura, etc.”²⁸⁸ A raça também não se confunde com o conceito de nacionalidade. Por seu turno, a cor é um conceito mais restrito do que o da raça, embora o integre, porque se refere à cor da derme das pessoas, sendo aferível pelo olhar.

O racismo está atrelado ao conceito de raça, mas não ao conceito de descrição das raças, e sim ao conceito de um dogma comportamental, fundamento em desarrazoados estudos, no sentido de que haveria co-relação entre raça e

conforme as informações constantes do site da Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>>. Acesso em 4 jan.2013.

²⁸⁷ SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-06-14T103857Z-346/Publico/VANESSA%20SANCHES%20Dto.pdf>. p. 13.

²⁸⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 88.

cultura para, assim, defender a existência de uma raça superior às demais. Por sua perversa utilização na história da humanidade, o racismo é considerado crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos do art. 5.º, XLII da CF²⁸⁹, bem como consta da CF como um dos princípios pelos quais o Brasil se rege nas suas relações internacionais²⁹⁰.

O presente estudo não tem por objetivo analisar as classificações sobre as raças ou analisar estatisticamente as dificuldades que determinadas pessoas de determinada raça ou cor possuem para ter acesso ao emprego, ser promovido e manter-se nele. O fato é que o empregado “portador da cor negra é, indiscutivelmente, o mais discriminado, de modo pejorativo.”²⁹¹ Conquanto que as pessoas portadoras de pele amarela (orientais) não sofrem tamanha discriminação, já que se estaria “criando, paulatinamente, concepção segundo a qual os orientais constituem indivíduos inteligentes, pacatos e muito dedicados ao trabalho.”²⁹² Existem vários estudos sociológicos e jurídicos a comprovar as discriminações contra os negros, os quais inclusive fundamentaram o ajuizamento em 2005 de 5 (cinco) ação civis públicas pelo Ministério Público do Trabalho contra os cinco maiores bancos do Distrito Federal (Banco Real, Bradesco, HSBC, Itaú e Unibanco²⁹³).

Como dito, a discriminação no Brasil contra os negros é histórica e uma realidade pública e notória, pelo que, inclusive, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da adoção de cotas temporárias para ingresso nas universidades públicas, conforme descrito no subcapítulo 2.1.2 deste texto. Nesse sentido, inclusive, a atual presidente, Dilma Rousseff, pré-anunciou projeto para adoção de novas ações afirmativas para os afros-descendentes, destinadas à correção de desigualdades raciais e promoção de igualdade de oportunidades, que

²⁸⁹ “art. 5º (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 4 jan.2013.

²⁹⁰ “art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.” *In*: Ibidem.

²⁹¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 98.

²⁹² Ibidem. p. 98.

²⁹³ As informações foram gentilmente cedidas pela Prof.^a e Procuradora do Trabalho Thereza Cristina Gosdal.

gerariam reflexos diretos nas relações de trabalho²⁹⁴. O projeto pretende criar cota racial no funcionalismo público federal, destinando 30% dos cargos para afrodescendentes, bem como criar incentivos fiscais para as empresas que destinarem percentual de suas vagas de trabalho para negros. Ainda, com caráter sancionatório, o projeto prevê a proibição da participação em licitações públicas das empresas que comprovadamente discriminem empregados em razão da raça e da cor.

Por fim, vale citar que a discriminação em razão da raça e por cor na fase pré-contratual na relação de empregatício, além de ser objeto das proteções legais supra citadas, também constitui-se crime previsto no artigo 4º da Lei n.º 7.716/89, que tipifica a conduta de negar ou obstar emprego em razão da cor e da raça do empregador, prevendo pena de reclusão de 2 a 5 anos.

A proibição de discriminação em razão da origem do empregado veta que o empregador discrimine os candidatos provenientes de um determinado lugar, quer seja de outro país, estado, cidade, bairro ou região. Excetuam-se da regra, as diferenciações previstas na CF e na legislação infraconstitucional em relação trabalho do estrangeiro.

Recentemente, com o crescimento da economia brasileira, muitos estrangeiros vieram ao Brasil para trabalhar, sendo que em dezembro de 2011 havia um total de 1,51 milhão de estrangeiros, segundo estatísticas do Ministério da Justiça. Muitos estrangeiros possuem formação acadêmica e experiências privilegiadas, o que os torna menos vítimas de discriminação. Ocorre que muitos destes estrangeiros são imigrantes sul-americanos vindos da Bolívia e do Peru que, veem ao Brasil em busca de emprego e de melhores condições de vida e, aqui, por vezes, em situação irregular, são discriminados e marginalizados socialmente, tendo sido submetidos a trabalhos indignos, em situação análoga a de escravidão.²⁹⁵

Ainda, em decorrência da recente história de industrialização do país e do êxodo rural e da migração de pessoas que saíram, especialmente, dos estados nordestinos em direção aos centros urbanos de São Paulo ou do Rio de Janeiro,

²⁹⁴ Informação veiculada no site da Folha de São Paulo em 14 DEZ.2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1168874-dilma-vai-criar-cota-para-negro-no-servico-publico.shtml>>. Acesso em 4 jan.2013.

²⁹⁵ Tanto a referência aos dados do Ministério da Justiça, quanto à referência à imigração peruana e boliviana foram extraídas de notícia publicada no site do TST em 04.08.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/o-trabalhador-estrangeiro-no-brasil>. Acesso em 4 jan.2013.

também é notória a discriminação contra estas pessoas rotuladas por vezes de sertanejos, caipiras, “*paraíbas* (em alusão, por certo, ao Estado da Paraíba) e os *guabirus* (sub-raça que estaria a nascer no interior do Estado do Ceará, em face das necessidades alimentares, resultando no raquitismo e na atrofia cerebral.”²⁹⁶

De todo modo, é inconteste que não há superioridade ou inferioridade em nenhuma pessoa pelo simples fato de ser proveniente de determinado lugar, não havendo razões para se diferenciar o trabalhador pelo fato de ser proveniente de determinado local.

A discriminação em razão do estado civil do empregado refere-se à proibição do empregador valer-se da sua liberdade contratual negativa para não contratar determinado trabalhador pelo fato de ser solteiro, casado, convivente em união estável, divorciado ou viúvo. Francisco Gérson Marques de Lima assevera que atualmente, principalmente para efeito de vínculo de emprego, o estado civil das pessoas já não ostenta a mesma importância de outrora, mas, que, ainda assim, é um fator levado em conta mormente para as hipóteses de contratação de mulheres, pela pressuposição de que “esta acumula maiores preocupações e responsabilidades domésticas do que o homem, a ponto de poder prejudicar a labuta.”²⁹⁷ Fato que além do ilícito trabalhista previsto na Lei n.º 9.029/95, a discriminação em razão do estado civil constitui contravenção penal tipificada no art. 1º da Lei n.º 7.437/85.

A discriminação em razão da idade para acesso ao emprego consta expressamente proibida na CF, na Convenção n.º 111 da OIT e na Lei n.º 9.029/95, sendo que esta última proíbe a prática discriminatória em razão da idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Por seu turno, essa norma proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Além dessa discriminação positiva em prol das crianças e adolescentes expressa na CF, a CLT, em seu art. 405, inciso II, veta o trabalho de menores em

²⁹⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 84.

²⁹⁷ *Ibidem*. p. 103.

locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade, assim entendido o serviço a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas²⁹⁸. Essas restrições convergem com a finalidade da norma disposta no art. 227 da CF²⁹⁹ e com o disposto nas Convenções da OIT n.º 138 e 182 que tratam sobre a idade mínima para admissão em emprego e sobre as piores formas de trabalho da criança, respectivamente, ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil e, portanto, integrantes do ordenamento jurídico pátrio.

Observa-se, portanto, que a discriminação em razão da idade não abarca as diferenciações lícitas feitas em razão da idade mínima e de certos tipos de trabalho em prol da defesa das crianças e dos adolescentes, porque estas tratam de medidas que buscam resguardar a integridade física e moral desses.

A discriminação ilícita em razão da idade nas relações empregatícias ocorre sobremaneira em relação à dita idade avançada das pessoas, por supor p empregador que a partir de determinada idade o empregado não estaria mais apto ao exercício das tarefas, pelo que lhe nega acesso ao trabalho ou permanência no emprego. Arion Sayão Romita esclarece que “muitas empresas adotam, como ‘política de pessoal’, a norma do afastamento dos empregados que atingem a idade de 50 ou 55 anos”³⁰⁰, o que induz o idoso à marginalização social, já que a aposentadoria por idade ocorre aos 65 anos para os homens e aos 60 anos para as mulheres, nos termos do art. 201, § 7º, inciso II da CF. Cita o posicionamento de Evaristo de Moraes Filho que condena o comportamento dos empregadores de

²⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

²⁹⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

³⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p.334.

“lançar fora da força ativa trabalhadores ainda aptos e capazes tornados pesos mortos e onerosos para toda a sociedade”³⁰¹, ponderando que essas pessoas constituem uma mão de obra preciosa, pelo que aumentariam o poder aquisitivo da população e das receitas fiscais, reduzindo os encargos de previdência pública, possibilitando, inclusive que os jovens prolongassem sua formação acadêmica ao posto de iniciarem cedo o labor:

(...) aconselham a manutenção dos trabalhadores maduros e velhos ainda aptos, em plena atividade remunerada: constituem uma mão de obra que pode ser preciosa, seu emprego deve fazer crescer o poder aquisitivo da população (...), as receitas fiscais e reduzir os encargos de assistência pública e de socorro social; as reduções de impostos, que daí decorrerão, atenuarão os encargos que suportam os grupos mais jovens; a participação desses trabalhadores na produção atenuará igualmente a pressão que incita os jovens a dar por terminados, prematuramente, os seus estudos; esta participação na produção lhes dará mais felicidade, a eles e às suas famílias.³⁰²

O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), em seu artigo 100, inciso II contém norma específica para hipótese de discriminação por idade no acesso ao emprego, criminalizando a conduta discriminatória do empregador que negue a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho; punível com reclusão de seis meses a um ano e multa.³⁰³

No que se refere à discriminação contra o portador de deficiência na admissão de trabalhador, insta dispor que a Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor expressamente no art. 7º, inciso XXXI da CF sobre a inconstitucionalidade da discriminação contra o portador de deficiência no acesso ao emprego, reconhecendo o preconceito contra os deficientes que os marginaliza da sociedade.

Historicamente discriminados³⁰⁴, os deficientes possuem estigmas que dificultam o seu acesso ao emprego, havendo “uma tendência injusta e acomodada

³⁰¹ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 334.

³⁰² Ibidem. p. 334 – 335.

³⁰³ “art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: (...) II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho.” BRASIL, Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

³⁰⁴ Sebastião Geraldo de Oliveira historia que “Nos povos primitivos, aqueles que não tinham utilidade para o trabalho ou para a guerra, como os idosos e os deficientes, eram eliminados. Na Grécia, as crianças pertenciam ao Estado que as examinava ao nascer; quando eram julgadas fracas ou disformes, pelo Conselho de anciões da cidade, eram atiradas do cume das escarpas do Taígeto,

de considerar a deficiência como um problema do próprio deficiente, despertando mais piedade do que desejo efetivo de inseri-lo dignamente na comunidade.”³⁰⁵

Decorrente da proteção constitucional, instituíram-se um grupo de normas protetivas ao empregado no setor público e setor privado. Para os empregadores, a legislação infraconstitucional (Lei 8.213/1991) impôs a obrigação de contratar deficientes, criando sistema de cotas, por meio do qual empresa com até 200 empregados deve contratar 2% de deficientes; de 201 a 500 empregados, 3%; de 501 a 1000 empregados, 4% e mais de 1.001 empregados, 5%³⁰⁶.

Ao estabelecer a discriminação positiva aos deficientes, criando sistema de cotas para assegurar o acesso dessas pessoas aos empregos e criar mecanismo de proteção de dispensa do deficiente, a lei também previu que a demissão injustificada deste somente poderá ser operacionalizada licitamente após a contratação de empregado substituto, também deficiente³⁰⁷.

A discriminação contra o deficiente nos processos de recrutamento e seleção, privando-o do acesso ao emprego, sem nenhum motivo legítimo para tanto, é inconstitucional e carece de reparação³⁰⁸.

Por oportuno, essa reparação, incidente em todas as hipóteses de discriminação e de lesão de confiança ocorrida na fase pré-contratual nas relações

com cerca de dois mil e quatrocentos metros de altitude. No primeiro código romano, a Lei das XII Tábuas, lê-se na Tábua IV: I – que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente; II – que o pai tenha sobre o filho de vida e de morte.” OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 140-141.

³⁰⁵ Ibidem. p. 141.

³⁰⁶ “art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados (2%); II - de 201 a 500 (3%); III - de 501 a 1.000 (4%); IV - de 1.001 em diante. (5%). BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

³⁰⁷ “art. 93. (...) §1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.” In: Ibidem.

³⁰⁸ Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: PNE: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRÉ-CONTRATAÇÃO. ATO DISCRIMINATÓRIO. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. PNE. PROCEDÊNCIA. Restou comprovada a ocorrência de ato discriminatório na fase pré-contratual, em face da deficiência apresentada pelo portador de necessidades especiais - Pne. Devida a indenização por dano moral. Recurso improvido. (TRT 8ª R.; RO 0002420-31.2010.5.08.0114; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Vicente José Malheiros da Fonseca; DEJTPA 12/09/2012; Pág. 6)

de trabalho, decorre do dever de ressarcimento do dano³⁰⁹, pela ofensa a direitos fundamentais ou a algum dever de conduta, com fundamento no art. 422 do Código Civil que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”³¹⁰ e impõe o respeito ao conceito de boa-fé objetiva, que tutela a confiança nas negociações e tratativas preliminares e impõe o dever recíproco das partes se comportarem com lealdade e com respeito aos legítimos interesses da contraparte.

Assim, o comportamento injustificado da parte que rompe as tratativas quando, anteriormente, havia sinalizado a concretização do negócio jurídico, gerando na outra parte a convicção ou certeza da celebração do contrato, quebra a confiança e fere a boa-fé objetiva, acarretando o dever de reparação dos danos. É certo que, nas relações de emprego, essa confiança e convicção na contratação não pode ser tipicamente psicológica do empregado, há que ter análise objetiva dos atos praticados pelo empregador que demonstraram que o processo seletivo não estava mais sendo dirigido a várias pessoas e sim a uma determinada pessoa. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros assevera:

Essa confiança não é aquela que a parte, por suas características psicológicas, depositou no outro sujeito, mas é aferida por meio de uma apreciação objetiva no quadro do ambiente econômico-social em que os contratos pré-negociais ocorreram.³¹¹

Nesse sentido, inclusive, é a análise jurisprudencial dos tribunais do trabalho brasileiro³¹². Os julgadores verificam se há manifestos atos do empregador

³⁰⁹ “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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013. c/c “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

³¹⁰ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6 jan.2013.

³¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 516.

³¹² Nesse sentido, segue ementa jurisprudencial: CONTRATO DE TRABALHO FRUSTRADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Restou comprovado nos autos que a autora chegou a se submeter à exame médico admissional e à abertura de conta corrente para o recebimento de salário, no valor ajustado de R\$ 727,25. Acresça-se, ainda, o fato de a ré ter providenciado o fornecimento de

que sinalizam a conclusão das tratativas para a efetiva contratação do empregado e de rompimento de tais expectativas, para se concluir pela responsabilização civil pré-contratual ou não, conforme se infere da leitura da ementa da Jurisprudência do TST sobre o assunto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO. AUSÊNCIA DE EFETIVA POLICITAÇÃO. Inviabilidade de indenização por danos morais e materiais. Matéria fática. Súmula nº 126/TST. Decisão denegatória. Manutenção. O TRT consignou que as tratativas preliminares realizadas entre as partes não se revestiram de efetivo compromisso e, ainda, que não houve qualquer formalização concreta de uma proposta de futura contratação, sendo indevida a indenização pela expectativa de enlace trabalhista frustrado. *Com efeito, no caso concreto, a pré-negociação não ultrapassou o campo da reflexão e/ou cogitação sobre uma possível (ainda que provável) contratação da reclamante. Atente-se, no presente caso, que sequer ocorreu a realização de exames admissionais ou a entrega de documentos pessoais, fatos que, em tese, poderiam levar à configuração de uma conduta ilícita e justificar a expectativa de contratação frustrada, passível de indenização.* Contudo, não se pode exagerar a possibilidade de ocorrência dessas situações indenizatórias envolvidas ao pré-contrato. É que, afinal, um mínimo de expectativa das partes naturalmente surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver concertações em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável - E regular - De certo nível de expectativas e frustrações entre as partes. Não há falar, pois, em violação do art. 422 do CCB/02 neste caso. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 119600-30.2009.5.04.0271; Terceira Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 25/05/2012; Pág. 894)

A hipótese da quebra da confiança negocial dá ensejo à responsabilidade civil pré-contratual, divergindo os doutrinadores quanto ao enquadramento e natureza da responsabilidade civil na fase pré-contratual do direito do trabalho, se seria contratual, extracontratual ou *sui generis*.

Alice Monteiro de Barros defende a natureza extracontratual da responsabilidade civil pré-contratual, por entender que “o que caracteriza a responsabilidade pré-contratual é o comportamento de uma das partes e não o

uniformes para a utilização no trabalho. Com efeito, o procedimento adotado pela reclamada gerou, não só a expectativa, mas efetiva certeza de contratação, contrariando, assim, o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no artigo 422, do Código Civil, o qual impõe aos contratantes um padrão de conduta ética, orientada pelos valores da probidade, honestidade e lealdade. (...) Decisão de origem ao reconhecer o dever de indenizar da reclamada. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT 2ª R.; RO 000013-17.2012.5.02.0351; Ac. 2012/1159595; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Sidnei Alves Teixeira; DJESP 08/10/2012)

descumprimento do pacto ainda não firmado.”³¹³ Por seu turno, José Affonso Dallegrave Neto assevera que esta responsabilidade possui natureza contratual, por entender que o dever de não lesar a que se refere nos processos seletivos é parte integrante o conteúdo e envolve as partes negociantes afirmando que “com efeito, tratando-se de um direito relativo a esses sujeitos específicos e a essa situação negocial limitada, a responsabilidade civil é indubitavelmente do tipo contratual.”³¹⁴ Já Luciano Augusto de Toledo Coelho disserta que “melhor poderia ser definida como espécie de responsabilidade *sui generis* anterior à efetivação do principal objeto do contrato, mas fora da categoria do contrato preliminar.”³¹⁵ De toda sorte, convergem ao dispor que a responsabilidade civil pré-contratual decorreria da culpa *in contrahendo*, expressão atribuída a Rudolf Von Ihering, pela culpa presumida pelo inadimplemento, baseada na:

(...) conduta ilícita do contratante, num agir pautado na culpa ou no dolo do agente que deixa de informar eventual vício ou qualidade essencial do conteúdo do contrato ou mesmo desiste, injustificadamente, de ultimar a negociação preliminar após ter gerado forte expectativa no contratante adverso.³¹⁶

De todo modo, entende-se que a responsabilidade civil é contratual, pelo que a indenização decorrente do dano nos processos seletivos, ou seja, na fase antecedente à formação do contrato de trabalho, fundamenta-se no art. 927 do Código Civil³¹⁷ e deve ser integral, com fundamento no art. 944 do mesmo diploma legal³¹⁸. Todavia, essa indenização não abarcará o dito interesse contratual positivo, com a determinação forçada da celebração do contrato de trabalho, como já fora mencionado anteriormente, tampouco com a imposição do dever de indenizar “o valor total do prejuízo oriundo das sucessivas prestações havidas, caso a execução

³¹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 517.

³¹⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 147.

³¹⁵ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 101.

³¹⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 144.

³¹⁷ “art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6 jan.2013.

³¹⁸ “art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” *Ibidem*.

do contrato fosse ultimada.”³¹⁹ Trata-se de uma indenização que atende ao dito interesse contratual negativo³²⁰, para que as partes voltem ao estado anterior, visando à restituição dos prejuízos que a parte arcou com a frustração da negociação entabulada. Como, em regra, o empregador é quem lesão a confiança na relação de emprego, a indenização patrimonial devida ao empregado deveria incluir, exemplificativamente, os gastos com a inscrição no processo seletivo, o tempo despendido com as fases da seleção (dano emergente) e as oportunidades de trabalho recusadas em virtude da promessa de contratação (lucros cessantes). Acresce-se, certamente, à possibilidade de indenização patrimonial, a indenização por danos morais, o que será aferido no caso concreto.

Assim, o empregador que lesa a confiança do empregado rompendo as tratativas preliminares e frustrando sem nenhuma justificativa a promessa de emprego ou se o discrimina, diferenciando-o por razões ilegítimas, submete-se ao dever de indenizar o empregado conforme a responsabilidade civil pré-contratual, consoante a jurisprudência trabalhista pátria já reconhece.

Como o objeto nodal deste estudo é justamente definir um método para reconhecimento das diferenciações lícitas e ilícitas, parte-se do conhecimento exposto nesse capítulo sobre o contrato de trabalho na contemporaneidade, sobre o que é a fase pré-contratual da relação de emprego, quais são as práticas discriminatórias mais comuns, quais as proteções do ordenamento jurídico contra as discriminações e qual a responsabilidade civil pré-contratual, para no tópico seguinte discorrer sobre o método de diferenciação entre distinções lícitas e ilícitas.

³¹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 143.

³²⁰ Sobre o interesse negativo da responsabilidade pré-contratual, Luciano Augusto de Toledo Coelho define-o como: (...) o dano sofrido pelo destinatário de uma declaração, em razão da confiança e surgida no *iter* constitutivo de um determinado ato jurídico. O sentido subjetivo do interesse, portanto, e que restitui à situação anterior em relação ao momento inicial das tratativas.” *In*: COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 107.

4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO DIREITO AO TRABALHO, À IGUALDADE E À AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

No primeiro capítulo já ficou consignado que se utilizaria o método de Virgílio Afonso da Silva sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais para propor uma solução para as questões das discriminações na fase pré-contratual das relações empregatícias.

Não se poderia, entretanto, transpor-se diretamente dos primeiros capítulos de matizes constitucionais para o presente capítulo, sem antes dissertar sobre contrato de trabalho e a discriminação, na tentativa de demonstrar que se tem ciência da peculiar característica do contrato de trabalho e de sua utilização econômica contemporânea; que se tem ciência da existência da discriminação na fase pré-contratual, tanto das principais formas como dos principais fatores de discriminação e, ainda, que se tem ciência de toda evolução histórica e legislativa sobre a matéria.

Rememora-se que a problemática da presente pesquisa decorre das reflexões sobre o fato de que existem discriminações absurdas, com as quais todos concordam que se trata de uma inconstitucionalidade a ser reprimida, mas há, entretanto, casos de diferenciações que importam restrições ao princípio da igualdade em que há divergência de posicionamentos, se a escolha de um empregado com um determinado perfil é discriminatória ou não. Inclusive sobre o assunto, insta reproduzir os questionamentos apresentados por Virgílio Afonso da Silva:

Seria inconstitucional a conduta de um comerciante de origem japonesa que, ao contratar um novo balconista para sua loja, exigisse alguém que também tivesse origem japonesa? Seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV apareçam em programas jornalísticos ou culturais de outras emissoras?³²¹

A não unanimidade de posicionamento sobre a ocorrência de discriminação ou não, decorre, dentre outros, do fato de que não se enfrenta a

³²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

matéria com muita transparência, já que o discurso e os estudos sobre as discriminações e suas são proibições são muito presentes, o que deve continuar a ser, mas raras vezes esses discursos vêm acompanhados das reflexões sobre as possibilidades de diferenciações que são razoáveis, justificáveis e, portanto, lícitas. Justamente o que se pretende fazer nesta pesquisa. Parte-se, portanto, do pressuposto de que “não é correto, portanto, data vênia, dizer-se que toda discriminação é odiosa.”³²² As diferenciações nem sempre serão tidas como ilegítimas, porque por vezes são essenciais determinadas distinções para o exercício de determinadas tarefas, cuja lógica impõe a legitimidade da distinção, tanto é que Francisco Gérson Marques de Lima disserta sobre a licitude de distinções em relação à contratação de modelos, artistas, atletas e juristas nos seguintes termos:

Afinal, quem não sabe que, no mundo da moda, por exemplo, existem qualidades físicas indispensáveis para ser modelo? Aí, são reclamados caracteres físicos compatíveis com o critério de beleza humana vigente. No mundo das artes cênicas, preferem-se as pessoas mais desinibidas e com maior potencial de memória para decorar os textos. No campo dos esportes, é indispensável que os indivíduos mais robustos, ágeis e saudáveis encontram preferência sobre os lentos e menos robustos. Na seara do Direito, dá-se maior ênfase a quem saiba mexer com as leis e seja dotado de maior poder de argumentação, dentre outros requisitos.³²³

Partindo desse pressuposto, é importante que todos possam utilizar-se racional e argumentativamente das possibilidades legais de se fazer, de modo transparente, diferenciações legítimas na fase pré-contratual da relação de emprego, inclusive para se aumentar o controle social das ações dos empregadores e das decisões judiciais.

³²² BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 255.

³²³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 40-41.

4.1 O MODELO ADEQUADO DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Assim, passa-se a correlacionar a temática do direito constitucional ao direito do trabalho, para se definir um método de análise das diferenciações lícitas e ilícitas na fase pré-contratual na relação empregatícia, para resolver a tensão entre a liberdade contratual negativa do empregador e o direito à igualdade e ao trabalho do empregado.

No primeiro capítulo desta pesquisa, diz-se que o estudo sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é incipiente na doutrina brasileira, o que dificulta a construção argumentativa constitucional sobre a matéria. Essa dificuldade acentua-se no estudo interdisciplinar envolvendo a doutrina específica do Direito do Trabalho, não obstante este seja um dos típicos ramos do Direito em que particulares, detentores de direitos fundamentais, ofendem direitos fundamentais de outros particulares, também detentor de direitos fundamentais, mormente porque nesta relação reconhece-se expressamente em lei o poder empregatício do empregador³²⁴ e a subordinação do empregado³²⁵.

Elegeu-se também no primeiro capítulo da pesquisa um método integrador dos três níveis das teorias clássicas sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais (teoria da eficácia direta, indireta ou estatista), optando-se por utilizar o dito “modelo adequado” de Virgílio Afonso da Silva. Rememora-se sucintamente que este modelo tem como pressuposto que os direitos fundamentais são princípios e, como tais, são mandamentos de otimização, exigindo a maior realização possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Nesse cenário, a legislação infraconstitucional caracteriza-se pela estrutura de regra e seria condicionante jurídica à realização do princípio fundamental, razão pela qual *prima facie* a legislação infraconstitucional impediria a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

³²⁴ “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.” BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 8 jan.2013.

³²⁵ “art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” *Ibidem*.

Para Virgílio Afonso da Silva adota-se, portanto, em regra a eficácia indireta dos direitos fundamentais. Somente nas situações em que não há mediação legislativa ou nas quais a lei mostra-se insuficiente a solucionar o caso concreto, aplicar-se-ia a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Nesta hipótese, o autor entende que a tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais não se resolve pelo método de sopesamento, porque a autonomia privada caracteriza-se por ser um princípio formal, que dá validade aos atos de manifestação dos particulares, mesmo quando há restrição de direitos fundamentais, possuindo natureza de princípio formal, conquanto que os princípios fundamentais possuem natureza de princípio material.

Virgílio Afonso da Silva defende que os parâmetros para a delimitação do peso da autonomia privada em face das restrições a direitos fundamentais devem ser os seguintes: a) a assimetria entre as partes envolvidas; b) a autonomia real e a autonomia aparente; c) a precedência *prima facie* e a intensidade da restrição a direitos; d) a autonomia privada e a regra da proporcionalidade; e) conteúdo essencial da autonomia e dos direitos fundamentais.

A respeito da assimetria entre as partes envolvidas, Virgílio Afonso da Silva reconhece que na relação social regulada pelo Direito do Trabalho há uma desigualdade de posições na relação jurídica entre empregado e empregador, decorrente da própria relação de poder, asseverando que “a assimetria entre empregador e empregado nas relações de trabalho não decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações.”³²⁶

Virgílio Afonso da Silva, entretanto, elege como critério mais importante para análise dos casos concretos o grau de autonomia real das partes envolvidas, rejeitando a regra de que incondicionalmente qualquer desigualdade material demanda a desconsideração incondicional da autonomia privada, defendendo que a autonomia real das partes envolvidas somente verifica-se no caso concreto. Para ele, não se pode pressupor que toda a desigualdade material e de poder entre as partes, afetar a autonomia na escolha dos termos contratuais:

³²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 157.

(...) não é possível pressupor desigualdades materiais como fundamento, *incondicionado*, de assimetrias nas relações entre particulares e daí concluir, também *incondicionadamente*, que em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado.³²⁷

Vê-se, portanto, que para o autor há diversos fatores que podem influenciar no exercício da autonomia privada plena, inclusive as diferenças de desigualdade material, mas não seria correto universalizar que sempre haverá autonomia aparente nessas relações, sendo necessário verificar o caso concreto. Assim, seguindo o raciocínio do autor, mesmo na relação de emprego não seria correto generalizar que sempre haverá a ausência de autonomia real durante a fase pré-contratual da relação empregatícia, o que deverá ser aferido no caso concreto.

Assim, se no caso concreto verificar-se que as partes estão exercendo plenamente sua autonomia, haverá uma precedência *prima facie* da autonomia privada, que poderá ser, contudo, desconstituída pelos argumentos que comprovem que há intensa restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Para Virgílio Afonso da Silva, essa desconstituição, entretanto, não deverá ser realizada pela regra da proporcionalidade, porque esta levaria à eliminação da autonomia privada nos casos concretos e domínio dos direitos fundamentais. Para o autor, a autonomia privada possui um núcleo intangível que deve ser respeitado, salvo se a preservação de núcleo demandar evidente desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Seguindo esse caminho metodológico, a regra que se impõe é a de que, a princípio, deve-se aplicar a legislação infraconstitucional para balizar a definição de perfis de empregados para determinados cargos e para solucionar conflitos entre particulares que importem ofensa ao direito à igualdade dos empregados. Assim sendo, em relação à temática da pesquisa, rememora-se que restou demonstrado no subcapítulo 3.1.3 do texto que há legislação infraconstitucional no ordenamento jurídico pátrio a regulamentar a discriminação na fase pré-contratual da relação de emprego, dispondo sobre o assunto a Lei n.º 9.029/1995 e a Convenção n.º 111 da OIT.

A Lei n.º 9.029/1995, anteriormente comentada, está em harmonia com os valores constitucionais, ao limitar a liberdade contratual negativa do empregador nos

³²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158.

processos seletivos, vetando a discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. A única hipótese de exceção à regra, ou seja, de tratamento diferenciado lícito que essa lei trouxe em seu bojo foi a de concessão de tratamento diferenciado às crianças e adolescentes, visando resguardar a integridade física e psicológica destes.

A Convenção n.º 111 da OIT, também comentada outrora, harmoniza-se com o texto constitucional, vetando, como regra, a discriminação para o acesso ao emprego em razão da raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, excepcionando e legitimando os tratamentos diferenciados que se refiram às qualificações exigidas para exercício dos cargos e as discriminações positivas.

Assim, consoante à teoria de Virgílio Afonso da Silva, a Lei n.º 9.029/1995 e a Convenção n.º 111 da OIT possuem características de regras e devem ser observadas prioritariamente à aplicação direta dos direitos fundamentais da igualdade e do trabalho e da autonomia privada nas relações empregatícias para resolução dos casos concretos de discriminações na fase pré-contratual. Desse modo, quando se estiver diante de uma situação em que a discriminação é evidente, tratando-se de atitude incontestavelmente ilegal e inconstitucional, impõe-se a aplicação do disposto na Lei 9.029/1995 e na Convenção n.º 111 da OIT.

Entretanto, nas situações fáticas mais complexas de diferenciações, em que há restrições ao princípio da igualdade e não se tem claramente definido se trata-se de discriminação ou de uma exigência lícita, faz-se necessário recorrer-se aos princípios fundamentais da igualdade, do trabalho e da autonomia privada e aplicá-los no caso concreto para se concluir algo a respeito do assunto. Essa aplicação seguirá os parâmetros para a delimitação do peso da autonomia privada em face das restrições a direitos fundamentais do método de Virgílio Afonso da Silva e, de acordo com aqueles critérios, haverá possibilidades distintas a partir do reconhecimento da autonomia real ou aparente, o que somente será justificável no caso concreto.

Enfim, nos termos da teoria adotada, são os limites das condições fáticas e jurídicas do caso concreto que conduzirão à legitimidade ou não da distinção de tratamento. Contudo, como em regra na fase pré-contratual das relações de emprego não haverá autonomia real das partes envolvidas, haverá uma precedência

prima facie do princípio da igualdade, fazendo-se necessário referenciar todos os argumentos despendidos no subcapítulo 2.1.2 do presente texto. Assim, nos casos complexos de discriminação na fase pré-contratual da relação empregatícia que implique a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais “(...) há uma precedência (preferência) *prima facie* do princípio da igualdade e um ônus da argumentação para o princípio da autonomia privada.”³²⁸

Destaque-se, por oportuno, que o direito geral à igualdade do empregado não restará restringido se os tratamentos desiguais feitos pelo empregador possuírem justificativas racionais e argumentativas condizentes com valores constitucionais.

“De plano, portanto, não será legítima a desequiparação aleatória, arbitrária ou caprichosa.”³²⁹ Há que se analisar a relevância e as justificativas das diferenciações, fazendo uma adequação entre meio e fim. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ao tratar do conceito de isonomia e da necessidade de se estabelecer um critério para identificar quais são as circunstâncias legítimas do tratamento desigual, entende que é possível fazer a compatibilização entre a regra isonômica e outros interesses constitucionalmente preservados, o que exige, entretanto, a utilização da argumentação e a ideia de proporcionalidade:

(...) O tratamento desigual há de encontrar limites na razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade.³³⁰

O raciocínio ora exposto ganha, inclusive, importância ao demandar argumentação jurídica do julgador, porque é sabido que toda vez que se põe um caso de discriminação à análise de qualquer indivíduo ou mesmo de um advogado, um procurador, um juiz não há neutralidade filosófica. E seria ingênuo imaginar que houvesse.

Cada ser humano contém os seus conceitos e preconceitos e um nível de sensibilidade para analisar a diferença inerente a um outro ser humano,

³²⁸ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 263.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 34.

³³⁰ *Ibidem*. p. 33.

independente da profissão que exerce. Jorge Luís Souto Maior, magistrado, reconhece que “antes de começar qualquer abordagem sobre este tema, devemos reconhecer: todos nós discriminamos. (...) Não importa a profissão, pois não somos o que fazemos. Somos, antes de tudo, pessoas, e as pessoas discriminam.”³³¹ Márcio Túlio Viana, magistrado aposentado confessa: “o próprio juiz, pessoalmente, discrimina, e o faz quase sempre sem saber, sem sentir e, por isso, sem querer.”³³²

A aplicabilidade do método que, ao mesmo tempo em que aparentemente amplia a possibilidade de diferenciações na fase pré-contratual da relação de emprego, por reconhecer a possibilidade de restrições ao direito à igualdade que serão legítimas a depender das justificações para tanto, revela-se importante a partir do momento em que afasta as desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Dentre as hipóteses de diferenciações complexas que demandam a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, insta consignar que a jurisprudência pátria já tem reconhecido como legítimo o ato do empregador que implique restrição ao direito à igualdade e ao trabalho do empregado, quando determinadas diferenciações feitas no âmbito da liberdade contratual do empregador estão justificadas e condizentes com outros valores constitucionais, conforme se pode inferir da leitura da ementa que segue referente à não contratação de empregado para trabalhar com manuseio de alimentos *in natura* para consumo coletivo, em virtude do seu estado de saúde:

NÃO ADMISSÃO DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA INFECTO-CONTAGIOSA. EMPRESA DO RAMO DE ALIMENTOS. FUNÇÃO LIGADA AO MANUSEIO DE PRODUTOS IN NATURA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. É certo que o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional rechaçam as atitudes que imponham discriminação a este ou aquele indivíduo, mormente por questão de saúde. Nessa esteira, há vedação legal a exigências na admissão e manutenção de emprego que espelhem ato discriminatório. Contudo, na hipótese em que a condição de trabalho exija determinado requisito ou ausência de outros, não se pode taxar de discriminatório o ato do empregador que deixa de contratar empregado portador de doença infecto-contagiosa para função que exponha toda a coletividade que consomem seus produtos a risco de contaminação. No caso concreto, o acervo probatório encartado aos autos demonstrou que a reclamada, por precipitação, assinou a CTPS do autor antes de receber o resultado de

³³¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/140.htm>>. Acesso em 5 jan.2013.

³³² VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 271 – 274.

exame admissional, o qual constatou ser o autor portador de sífilis, de modo que logo em seguida, no momento em que o obreiro participava da palestra de integração, às 15h do mesmo dia, foi-lhe comunicado acerca do cancelamento de sua contratação, pela incompatibilidade do labor que seria exercido com a doença diagnosticada. Com base no princípio da primazia da realidade e da ausência de efetiva prestação de serviço, deve-se entender que não houve, de fato, contratação e com isso, esse ato por si só não pode ser reputado como caracterizador de dano moral, na medida em que não existiu intenção alguma de discriminar o reclamante, pois a função para a qual seria contratado exige a ausência de doenças infecto-contagiosas [manuseio de alimentos in natura para consumo]. (TRT 23ª R.; RO 0000379-75.2012.5.23.0091; Primeira Turma; Rel. Des. Edson Bueno; DEJTMT 13/12/2012; Pág. 41)

Trata-se, portanto, de uma leitura coerente com a construção jurídico-constitucional sobre o princípio geral da igualdade e não de sua afronta. Nesse mesmo sentido, há que se citar outro exemplo da jurisprudência que entendeu como legítimo o ato do empregador que usou do seu direito de não contratar, para recusar-se a empregar trabalhador portador de doença, porque o trabalho agravaria ainda mais o seu estado de saúde, conforme se infere da leitura da ementa abaixo:

DANO PRÉ-CONTRATUAL. Não configura dano moral ou material o fato de a empresa deixar de contratar o reclamante tendo em vista sua condição física incompatível com a função para a qual seria contratado, a qual poderia trazer riscos a sua saúde, decisão que decorre da liberdade que tem a empresa para contratar ou deixar de contratar, não podendo caracterizar dano quando a empresa age preventivamente a fim de evitar riscos à saúde do autor. Recurso ordinário conhecido e provido. (TRT 16ª R.; RO 128200-68.2010.5.16.0013; Rel. Des. Luiz Cosmo da Silva Júnior; DEJTMA 19/11/2012; Pág. 2)

De todo modo, as questões conflituosas que demandarem análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais demandam contínua construção argumentativa para consolidação da matéria e fiscalização dos atos perpetrados pelos empregadores e pelos magistrados.

O que se conclui, entretanto, é que a legislação que rege a matéria mantém o direito do empregador de escolher com quem contratar, baseado no princípio da autonomia privada, sem a necessidade de especificar os motivos de todas as contratações de empregados que fizer. Entretanto, a lei lhe impôs o dever de não fazer a escolha baseada em critério discriminatório. “Se todos são iguais perante a lei e se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolhe A ou B com propósitos discriminatórios age

ilicitamente.”³³³ Se assim o é, ao manter-se o direito de escolha do empregador dos seus empregados, impondo-lhe o dever de, nesses casos, não fundamentá-la em critério discriminatório, a licitude da escolha do empregador dependerá, ao menos, do empregador demonstrar que a sua escolha não fora motivada por razões discriminatórias e sim baseada em outros critérios justificáveis, ainda que sejam de foro íntimo, e não ofensivos à dignidade da pessoa humana.

A assunção desta perspectiva argumentativa importa a mudança de perspectiva sobre o ônus da prova, recaindo, pois, sobre o empregador, detentor legítimo da liberdade contratual negativa no âmbito da sua autonomia privada, demonstrar que suas escolhas não se basearam em critérios discriminatórios. É sobre essa matéria que se discorrerá no próximo tópico da pesquisa.

4.2 TUTELA ESPECÍFICA – A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Quando os casos de discriminação na fase pré-contratual são submetidos à análise do Poder Judiciário, a matéria costumeiramente é analisada consoante às regras gerais de distribuição do ônus da prova trabalhista, incumbindo ao autor, nos termos do disposto nos artigos 818 da CLT³³⁴ e 333, I, do CPC³³⁵ comprovar os fatos constitutivos do seu direito, o que, no caso, impõe o ônus ao empregado de demonstrar que fora vítima de conduta discriminatória perpetrada pelo empregador. Ocorre que, ao assim definir-se, o processo permanece indiferente à argumentação jurídico-constitucional supra mencionada, sendo utilizado como mais um meio de perpetuação das condutas discriminatórias nos processos seletivos antecedentes à celebração dos contratos de trabalho.

³³³ VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n.º 9.029/95). In: _____; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 359.

³³⁴ “art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.” BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 15 jan.2013.

³³⁵ “art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.” BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 15 jan.2013.

Para iniciar o discurso, há que se fixar a seguinte premissa: “em primeiro lugar, longe está o processo de constituir instituição neutra, não influenciada pelas forças sociais.”³³⁶ Não há neutralidade do processo. Fixar o ônus da prova da discriminação na fase pré-contratual ao empregado equivale a negar tutela a estes casos, porque salvo nos casos de discriminação escancarada, como um anúncio discriminatório, a diferenciação ilícita avaliada nas dinâmicas de grupo, entrevistas, análise curricular, dentre outros, será velada e somente o empregador deteria condições de comprovar que as suas razões não são ilícitas.

Fazendo uma breve análise da casuística da jurisprudência trabalhista contemporânea, verifica-se, por vezes, que o julgador detém sensibilidade com as questões discriminatórias, o que se esvai, entretanto, ao aplicar as regras tradicionais do ônus da prova, porque raramente o empregado deterá condições de comprovar o dano, conforme se infere da leitura das ementas jurisprudenciais que seguem:

DANOS MORAIS. FASE PRÉ-CONTRATUAL. FRUSTRAÇÃO DE CONTRATAÇÃO POR ATO DISCRIMINATÓRIO. ÔNUS DA PROVA DA RECLAMANTE. O dano moral pode surgir, ainda na fase pré-contratual, quando, antes de admitir o trabalhador, a empresa efetua investigação, ainda que por intermédio de terceiro, sobre opiniões políticas, religiosas, sindicais, gravidez da empregada, orientação sexual, inclusão do nome nos órgãos de proteção ao crédito ou outro fato irrelevante para fins da aferição da aptidão profissional do empregado e deixa de contratá-lo por um desses motivos considerados de nenhuma relevância para a celebração do contrato. Tais procedimentos autorizam o ressarcimento da perda de tempo e trabalho na fase pré- negocial, bem como a perda de oportunidade de contratar com outrem, e os gastos efetuados, em face da frustração de uma confiança razoável na futura conclusão do contrato. *Entretanto, por se tratar de fato constitutivo do direito da autora, a ela incumbia o ônus probatório, nos termos do disposto nos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, do qual não se desvincilhou.* (TRT 2ª R.; RO 0000105-22.2011.5.02.0030; Ac. 2012/1363427; Décima Sétima Turma; Relª Desª Fed. Soraya Galassi Lambert; DJESP 05/12/2012)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE PRÉ -CONTRATUAL. INDEVIDA. A promessa de contratação e a sua não efetivação implica em quebra da boa-fé na fase précontratual e abuso de direito pelo empregador, o que enseja a reparação civil dos danos experimentados, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. *Entretanto, tal condição não ficou robustamente comprovada, pois, negada a promessa de contratação pelo reclamado, era do reclamante o ônus de provar o fato constitutivo do seu alegado direito (art. 818 da CLT c/c art. 333, I, do CPC), do qual não se desincumbiu a contento.* Recurso não provido. (TRT 24ª R.; RO 1503-60.2011.5.24.0072; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nery Sá e Silva de Azambuja; Julg. 23/10/2012; DEJTMS 30/10/2012; Pág. 43)

³³⁶ MALLETT, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 156.

Quando o julgador impõe ao empregado um dever probatório, sem observar a desigual condição nos casos de discriminação, indeferindo a pretensão pela questão processual, ele perpetua as condutas discriminatórias do empregador nos processos seletivos. Há aí uma precarização judicial que demanda reflexão, a partir da construção argumentativa jurídico-constitucional para resolução dos casos.

Como exposto no item 4.1 da presente pesquisa, o método implica, em princípio, a aplicação da eficácia indireta dos direitos fundamentais, o que reconhece o poder do empregador ínsito às relações de trabalho, conferindo-lhe *prima facie* a liberdade contratual negativa, já que as regras infraconstitucionais que regulamentam a discriminação na fase pré-contratual não determinam que todas as contratações sejam justificadas. Entretanto, nos casos que importe a eficácia direta dos direitos fundamentais, se houver autonomia real das partes envolvidas, haverá uma precedência da autonomia privada, observadas as condicionantes do caso concreto. Entretanto, como, em regra, na fase pré-contratual das relações de emprego não haverá autonomia real das partes envolvidas, haverá, então, uma precedência *prima facie* do princípio da igualdade. O ônus da argumentação, portanto, deve recair sobre aquele que se utiliza do princípio da autonomia privada, no caso, deve recair sobre o empregador.

A tutela dos processos de discriminação na fase pré-contratual do empregado não pode seguir os interesses prevaletentes do empregador, já que, além do poder ínsito às relações de trabalho, este detém *prima facie* a liberdade contratual negativa, reconhecida por lei. Ao manterem-se as regras da distribuição do ônus probatório, aumenta-se, por linhas tortas, ainda mais o poder de escolhas discriminatórias do empregador. Nesse sentido, Márcio Túlio Viana alerta:

A prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la, e como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio. Ainda assim ou por isso mesmo, a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que nas situações comuns, sob pena de trair por linhas tortas, o comando constitucional que garante o acesso à justiça.³³⁷

³³⁷ VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei nº 9.029/95) *In*: _____; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 360.

José Affonso Dallegrave Neto, ao refletir sobre a matéria, pondera que, em regra, o ônus probatório seria do empregado, mas, sob o fundamento do princípio da aptidão para produção das provas, entende que o juiz trabalhista deve analisar as razões que levaram o empregador a agir de determinada forma, promovendo, assim, a inversão do ônus probatório:

Se o dano pré-contratual for do tipo moral, decorrente de abuso de procedimento que lesou direito de personalidade da vítima, como invasão de privacidade no momento das negociações preliminares, o ônus de demonstrar o agir abusivo do agente, será, a rigor, da vítima, uma vez que inexistente presunção de culpa na mera alegação de descumprimento de obrigação de meio. Contudo, considerando que na seara das relações do trabalho junto à empresa, deve-se aplicar o princípio da aptidão para a produção da prova, sendo a empresa a parte credenciada e apta a demonstrar em juízo quais foram as razões ou justificativas que a levaram a agir daquela forma.³³⁸

Muito embora o fundamento utilizado por José Affonso Dallegrave Neto para argumentar a inversão do ônus probatório (princípio da aptidão para produção das provas) seja diverso do que ora defende-se, em que o fundamento para a inversão do ônus probatório seria a decorrência natural da aplicabilidade das regras da argumentação jurídico-constitucional, o fato é que o direito processual, que não é neutro, não pode “permanecer indiferente às peculiares condições de cada um dos litigantes.”³³⁹

O excerto da doutrina de Francisco Gérson Marques de Lima que segue transcrito e que se refere à doutrina e à legislação alemã, converge com a defesa que se faz da inversão do ônus probatório em casos de discriminação na fase pré-contratual nas relações de trabalho, como consequente da argumentação jurídico-constitucional sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais da igualdade e da autonomia privada nas relações entre empregado e empregador:

No âmbito trabalhista, complementa, ainda, Pinho Pedreira da Silva que, no processo de aplicação do princípio da igualdade de tratamento, a empresa deve ser considerada como um todo, não se admitindo desigualdade arbitrária de tratamento entre empregados lotados em diferentes estabelecimentos da mesma. É neste sentido a atual legislação alemã. E acrescenta: “No tocante ao ônus da prova cabe ao empregado provar que, estando em condições de igualdade com outro, foi vítima de tratamento desigual. Ao empregador incumbe provar que o tratamento desigual

³³⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 153-154.

³³⁹ MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 157.

obedeceu a motivo justo. Sentencia Katz: 'É mais fácil para a empresa alegar e provar o direito ao tratamento desigual do que para o trabalhador provar a arbitrariedade.'³⁴⁰

Ainda, em relação à tutela específica que deve ser dada às questões de discriminação na fase pré-contratual das relações de trabalho, faz-se necessário refletir que, por vezes, o discriminado sente-se constrangido a expor suas diferenças ou convicções, pelo que se entende conveniente que, nesses casos, o processo corra em segredo de justiça, com fundamento no art. 5º, LX³⁴¹ e no art. 93, IX³⁴² da CF.

Por todo o exposto, conclui-se que a aplicabilidade do método de Virgílio Afonso da Silva de vinculação dos particulares a direitos fundamentais nos casos de discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego impõe regras argumentativas jurídico-constitucional que implicam necessariamente a inversão do ônus probatório, de tal sorte que caberá ao empregador comprovar que se valeu de sua autonomia privada, mormente da liberdade contratual negativa, de modo lícito ao deixar de contratar determinado empregado, não por motivos discriminatórios e sim por outras razões justificáveis.

³⁴⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Igualdade de tratamento nas relações de trabalho. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997. p. 47

³⁴¹ “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: (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 jan.2013.

³⁴² “art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” *Ibidem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, viu-se que a problemática da presente pesquisa, sobre as diferenciações legítimas e ilegítimas feitas na fase pré-contratual da relação empregatícia, considerando a eficácia do direito fundamental ao trabalho e ao tratamento isonômico do empregado, em face da liberdade contratual negativa do empregador, foi estudada sob as matizes do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, visando demonstrar que a aplicação interdisciplinar das teorias dessas disciplinas jurídicas converge para a promoção da igualdade e da não discriminação do empregado, sem renegar e reconhecer a autonomia privada do empregador.

Iniciou-se o estudo a partir da constitucionalização do direito, que importa a irradiação dos direitos fundamentais em todo ordenamento jurídico, inclusive nas relações interprivadas, enfrentando-se a questão do *se, como e em que medida* os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais e buscou-se advertir preliminarmente que no âmbito social-trabalhista, no Brasil, a problemática da vinculação ou não de empregados e empregadores a direitos fundamentais é menos problemática do que nas demais relações interprivadas, face ao disposto no art. 7º da CF que vincula expressamente tais partes. Entretanto, viu-se que, mesmo nessas relações laborais, permanece a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais contidos no art. 5º da CF entre empregados e empregados, se ocorreria direta ou indiretamente.

Na sequência, inferiu-se que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou a dita eficácia horizontal dos direitos fundamentais não decorre da mera transposição da teoria que prescreve a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo-Estado, tendo exposto os principais argumentos e críticas das teorias clássicas, da eficácia direta, indireta e estatista e, a despeito de todas essas teorias que buscam isoladamente dar uma resposta ao problema, escolheu-se como ferramenta de trabalho o modelo sustentado por Virgílio Afonso da Silva, que concilia na mesma construção teórica fundamentos para eficácia indireta ou direta, a depender do caso concreto e do material normativo existente sobre o tema.

Eleito o método, a sua aplicação à problemática da pesquisa, demandou a análise da questão do suporte fático dos direitos fundamentais e viu-se que quanto mais amplo for o suporte fático, maior a proteção que se concederá aos direitos fundamentais, já que consoante essa teoria a exclusão de alguma conduta implica argumentação jurídico-constitucional dos aplicadores do direito. Nesse cenário, buscou-se definir o suporte fático dos direitos fundamentais à igualdade e ao trabalho digno e do direito formal da autonomia privada, consoante a interpretação doutrinária contemporânea.

Após o estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais, buscou-se vincular a aplicação dessa teoria às relações de emprego, o que ensejou a exposição no terceiro capítulo sobre o uso econômico e ideológico do contrato de trabalho na contemporaneidade; a conceituação sobre o que é a fase pré-contratual da relação de emprego; a dissertação sobre os principais instrumentos dos processos seletivos (anúncios, entrevistas, dinâmicas de grupo, testes psicológicos, exames grafotécnicos, exames médicos admissionais, consulta a informações sobre a vida do empregado) e as considerações de como estes podem servir à ocorrência de práticas discriminatórias e, por fim, discorreu-se sobre quais as proteções do ordenamento jurídico contra as discriminações, considerando as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais dispostas na Lei n.º 9.029/95 e na Convenção n.º 111 da OIT.

Por fim, no capítulo final da presente pesquisa, defendeu-se a aplicação do método da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais exposto por Virgílio Afonso da Silva para resolução das tensões na fase pré-contratual da relação de emprego oriundas do direito à igualdade e ao trabalho do empregado e da liberdade contratual negativa do empregador. Com isso, inferiu-se que, em regra, nos casos de discriminações evidentes, nos casos de simples e unânime constatação de que a diferenciação é ilegítima, a questão resolver-se-ia com a aplicação da eficácia indireta dos direitos fundamentais, aplicando-se ao caso o disposto na Lei n.º 9.029/95 e na Convenção n.º 111 da OIT.

Verificou-se que, em caráter excepcional, aplicar-se-ia a eficácia direta dos direitos fundamentais para resolução das questões controvertidas de diferenciações ocorridas nos processos seletivos. Para tanto, haveria que se averiguar o grau de autonomia das partes envolvidas no caso concreto. Na hipótese

de haver essa autonomia real, o método determina a precedência *prima facie* da autonomia privada, observadas as condicionantes do caso concreto. Entretanto, como, em regra, na fase pré-contratual das relações de emprego não haverá autonomia real das partes envolvidas, haverá, então, uma precedência *prima facie* do princípio da igualdade e, nestes casos, o ônus da argumentação recai sobre o empregador, aquele que se utiliza do princípio da autonomia privada.

Observou-se que a adoção do método acima, com a distribuição argumentativo jurídico-constitucional para averiguar a licitude das diferenciações na fase pré-contratual na relação de emprego, implica necessariamente a inversão do ônus probatório, de tal sorte que caberá ao empregador comprovar que se valeu de sua autonomia privada, mormente da liberdade contratual negativa, de modo lícito ao deixar de contratar determinado empregado, fazendo-o não por motivos discriminatórios e sim por outras razões justificáveis.

Por todo o exposto, tentou-se partir de uma visão crítica sobre o discurso da pluralidade da sociedade, para escrever sobre a discriminação na fase pré-contratual da relação de trabalho que, velada ou evidente, impossibilita que diversos trabalhadores tenham acesso a empregos, ponderando que o discurso da proibição da discriminação, por si só, sem o reconhecimento de que há diferenciações lícitas e sem a assunção de um método para diferenciar as desigualdades que implique construção argumentativa e melhor distribuição do ônus probatório, haverá a perpetuação das malfadadas discriminações, que impedem o desenvolvimento econômico e social. Espera-se, assim, ter dado o contributo para o constante aperfeiçoamento das pesquisas que pugnam pela defesa e aplicabilidade dos direitos fundamentais, que paulatinamente modificam as práticas dos operadores do Direito e melhoraram as relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Aline Cristina. A igualdade de gênero e o direito laboral – o caso do art. 384 da CLT. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. por Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao /constituicao.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 15 jan.2013.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

BRASIL. Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995. *Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais*

ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em 2 jan.2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6 jan.2013.

BRASIL, Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em 5 jan.2013.

BRASIL. Decreto 62.150, de 19 de janeiro de 1968. *Promulga a Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814>>. Acesso em 2 jan.13.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 5 jan.2013.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. Trad. por Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5ª ed. São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais na relação de trabalho*. In: SILVA et all (coord.) *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 68-69.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S A. 1991.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, S A. 1995.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. Anotações à Lei n.º 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Friedrich Müller. Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000.

_____. *Teoria estruturante do Direito*. Trad. por Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. por Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Trabalho e Regulação: o direito capitalista do trabalho e as crises econômicas. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-06-14T103857Z-346/Publico/VANESSA%20SANCHES%20Dto.pdf>. Acesso em 2 jan.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores.

SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/140.htm>>. Acesso em 5 jan.2013.

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

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 271 – 274.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1987.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012.

AVAL DO ORIENTADOR

Eu, Paulo Ricardo Schier, professor orientador da mestrandia Ana Paula Nunes Mendonça, autorizo o depósito da dissertação intitulada “Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego”.

Curitiba, 31 de janeiro de 2013.

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Professor orientador