

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

RUBENS BEÇAK

DELMO MATTOS DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Delmo Mattos da Silva, Riva Sobrado De Freitas, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-566-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Honra-nos o convite realizado para compor a coordenação do Grupo de Trabalho (GT) DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II realizado pela Direção do XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). O evento transcorreu entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 na cidade de São Luís/MA, especificamente na Universidade CEUMA (UniCEUMA).

Realmente, pode-se dizer que foi uma jornada de profícuo trabalho iluminando os percursos da Pós-Graduação em Direito no Brasil. Deste modo, cumpriu-nos a fácil e, da mesma forma, difícil tarefa de avaliação, seleção e condução das apresentações dos artigos submetidos ao GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II.

Com o objetivo de dinamizar a leitura e a exposição, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática. Não obstante, as discussões e fundamentações debatidas nas apresentações representaram atividades de pesquisa e de diálogos em uma relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade. Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Em síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, seus direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Os coordenadores do GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

Profª Dr. Riva Sobrado de Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Delmo Mattos - UniCEUMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE TRABALHO: LIBERDADE CONTRATUAL E A DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE EMPLOYMENT CONTRACT: FREEDOM OF CONTRACT AND DISCRIMINATION IN HIRING

**Virgínia Lara Bernardes Braz
Thiago Penido Martins**

Resumo

Nos últimos tempos, em decorrência da globalização e da conjuntura capitalista, as atividades laborativas são uma das fontes de lucro para o mercado, tratadas como mercadoria. As práticas discriminatórias vêm crescendo, havendo uma contraposição à ideia da sociedade democrática, uma vez que esta passar por processo de inclusão social e não de exclusão como era feito em tempos passados. A discussão sobre a caracterização de discriminação ilegal por parte do empregador na fase pré-contratual ainda é divergente, pois há conflito entre os princípios da livre iniciativa do empregador e os da dignidade, da vida privada e da igualdade do trabalhador.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Contrato de trabalho, Fase pré-contratual, Certidão de antecedentes criminais, Discriminação

Abstract/Resumen/Résumé

In the last times, as a result of globalization and of capitalist conjuncture, work activities are one of the sources to the market, treated as merchandise. Discriminatory practices have been growing, there is an opposition to the idea of democratic society, once it goes through the process of social inclusion and not of exclusion as was done in times past. The discussion on the characterization of illegal discrimination by the employer in the pre-contractual phase still divergent, because there is a conflict between the principles of free enterprise of the employer and of dignity, private life and worker equality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Employment contract, Pre-contractual phase, Certification of criminal records, Discrimination

1 Introdução

Nos últimos tempos, em decorrência da globalização e da conjuntura capitalista em que vivemos, as atividades laborativas são uma das fontes de lucro para o mercado, uma vez que são tratadas como mercadorias. Diante de tal situação, as práticas discriminatórias nas relações laborais vêm crescendo alarmantemente, em decorrência da adoção, pelos empregadores, de tratamentos diferenciados desfavoráveis aos empregados.

Essas práticas discriminatórias se contrapõem à ideia de uma sociedade democrática e igualitária, que objetiva a inclusão social e não a exclusão, como ocorria nas sociedades antigas. Sabe-se que a relação entre empregado e empregador é, por natureza, assimétrica, devido à hipossuficiência do empregado. Nesse contexto de assimetria, os empregadores têm adotado distinções injustificadas nas relações de trabalho, inclusive na fase pré-contratual.

O processo de seleção de candidatos para preenchimento de vagas de emprego, bem como a sua contratação, tem sido cada vez mais concorridos e complexos, envolvendo, em regra, inúmeras fases, nas quais o empregador avalia diversos aspectos e características dos candidatos, que vão desde questões psicológicas, comportamentais, às questões específicas, relacionadas à aptidão do candidato para preenchimento da vaga ofertada.

Neste contexto pré-contratual de seleção de candidatos, é que, muitas vezes, são praticados atos considerados discriminatórios, os quais, se forem desprovidos de justificativas legítimas e razoáveis sob a perspectiva constitucional, serão considerados ilícitos, atentando contra os direitos fundamentais do trabalhador. Ao fixarem critérios para a contratação de empregados, os empregadores não poderão promover discriminações ilícitas.

As discriminações pré-contratuais ilícitas podem decorrer da adoção de diversos critérios diferenciadores, tais como sexo, idade, orientação sexual, orientação religiosa, raça, cor da pele, portar doenças graves, possuir alguma deficiência, possuir antecedentes criminais ou estar inadimplente no mercado, bem como questões relativas à orientação política ou ideológica, dentre tantos outros critérios.

O empregador possui o direito de liberdade para contratar, além de ter garantida constitucionalmente a livre iniciativa, conforme previsão em seu art. 1º, IV, podendo conduzir o seu negócio na forma que entender mais acertada, já que assume os riscos de sua atividade. Mas este direito não é absoluto. Se desfrutado de forma ilícita, pode caracterizar abuso de direito, em especial, quando caracterizada a prática de discriminação ilícita.

A licitude no estabelecimento de critérios para a contratação depende de que o empregador não ultrapasse os limites legais, não sendo admissível que eleja critérios odiosos

ou desprovidos de qualquer justificativa razoável. É lícita a adoção de critérios que possuam pertinência com a avaliação da aptidão do trabalhador para exercer aquela atividade. Todavia, quando se avança para a esfera íntima e privada do candidato, é necessária cautela por parte do empregador para que não incorra em violação dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da correspondente proibição de discriminação.

Constata-se que não só o Estado se encontra vinculado aos direitos fundamentais e deve respeitá-los, mas, também, os particulares, no âmbito de suas relações privadas, inclusive nas relações trabalhistas, abrangendo a fase pré-contratual. Não apenas o Estado é capaz de restringir ou inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, mas também os particulares em suas relações privadas.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho resta evidente em diversas situações em que há violação desses direitos, como no caso da discriminação na fase pré-contratual. Portanto, observa-se que nesses casos deve haver uma ponderação entre a autonomia da privada do empregador, que possui liberdade para estabelecimento de critérios para a contratação, e o direito de igualdade e sua correspondente proibição de discriminação, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho, a partir do estudo dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, em especial, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-trabalhistas, tem por objetivo precípuo, com ênfase nos princípios da liberdade contratual, da igualdade e da proibição de discriminação, analisar a licitude da exigência da apresentação de certidão de antecedentes criminais na fase pré-contratual, como critério para contratação de empregados.

2 Direito Fundamentais e suas dimensões

Os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 09).

Para José Afonso da Silva (2005, p. 178), a expressão mais adequada para designar o grupo de referidos direitos é a de direitos fundamentais do homem, pois referem-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, como também designam as prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

São titulares dos direitos fundamentais as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. Quanto às pessoas físicas, podem ser titulares dos direitos fundamentais os brasileiros natos e naturalizados, bem como os estrangeiros residentes no Brasil, estendendo-se, consoante jurisprudência (BRASIL, 2001), aos estrangeiros que se encontram de “passagem” pelo território nacional. Enfim, qualquer pessoa que seja alcançada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Já quanto às pessoas jurídicas estas também são titulares de direitos fundamentais, quando estes forem compatíveis com a sua natureza (SILVA, 2005, p. 192).

Os direitos fundamentais foram sendo conquistados pelos indivíduos ao longo da história em virtude da evolução da sociedade e das novas necessidades básicas. As dimensões ou gerações dos direitos fundamentais referem-se à cronologia histórica destas conquistas. Demonstrem o caráter cumulativo da evolução dos direitos fundamentais no tempo, de forma que a incorporação de uma nova dimensão não substitui totalmente a outra, sendo que todas se complementam. Importante ressaltar que a doutrina abarca algumas outras dimensões, não havendo consenso no que tange à quarta e quinta dimensões.

A primeira dimensão ou geração trata dos direitos individuais, relacionados à própria pessoa. São direitos contemporâneos às Revoluções Liberais. Surgiram com a ideia de Estado de Direito, momento em que os cidadãos se veem libertos do absolutismo e face ao Estado Liberal, que lhes assegurava apenas a paz e a segurança. Segundo Bobbio (1992, p. 32-33), a primeira geração contempla direitos de liberdade, pois tinha como fundamento a limitação do Poder Estatal e a reserva para o particular de direitos, originando para o Estado uma obrigação negativa, uma abstenção. Como exemplo tem-se o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, a igualdade perante a lei etc.

A segunda dimensão ou geração dos direitos aqui colecionados cuidam dos direitos sociais, econômicos, culturais, prestacionais, conquistados após a Revolução Industrial (Estado Social). Neste período, passou-se a exigir do Estado uma obrigação positiva de agir, de fazer frente aos cidadãos, com o fim de lhes garantir os direitos positivados, tais como, saúde, educação, alimentação, moradia, segurança pública. Noutras palavras, exigiu-se a partir dali a promoção da igualdade não apenas formal, mas da igualdade material, por meio da promoção da justiça social. Para Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2015, p.137):

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

A terceira dimensão trata dos direitos difusos e coletivos (supraindividuais), voltados para proteção da coletividade. Nasceu da expansão dos meios de comunicação e de transporte. São exemplos desses direitos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos dos consumidores, direitos da criança, do adolescente, dos idosos, conservação do patrimônio histórico e cultural. Para Paulo Bonavides, os direitos de terceira geração dizem respeito aos direitos daqueles que passam a integrar a titularidade de grupos humanos, como a família, a sociedade e a coletividade:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

Ingo Sarlet (2009, p. 29) diferenciando os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, afirma que os direitos fundamentais são os direitos que se aplicam aos cidadãos de um determinado Estado, sendo reconhecidos e protegidos por este. Já os direitos humanos guardam relação com o ser humano em um âmbito internacional, independente da vinculação do cidadão com qualquer Estado ou ordem constitucional, revelando um caráter supranacional. Portanto, os direitos fundamentais se encontram positivados tanto no texto constitucional quanto nos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, dando amparo a todos os titulares, como sendo seus valores ou fins que se propõe a concretizar.

3 Eficácia dos Direitos Fundamentais

Ao se falar de eficácia, necessário se faz a diferenciação entre os conceitos de eficácia e aplicabilidade. Compreende-se a eficácia como a capacidade de uma norma produzir efeitos, a aptidão de adequar os elementos normativos para a produção de efeitos concretos. Já a aplicabilidade estende-se como sendo um conceito que envolve uma dimensão fática, a qual não está presente no conceito de eficácia, vez que exige um complemento: “aplicar a que, a que tipo de relação, a que caso?” (SILVA, 2010, p. 210 e 211).

A eficácia dos direitos fundamentais denota a forma que os cidadãos e o Estado se vinculam a esses direitos, sendo que estes produzem efeitos tanto nas relações entre o cidadão e o Estado, quanto nas relações jurídicas entre particulares. Quanto aos efeitos dos direitos

fundamentais sob as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, esses podem ser de forma direta ou indireta, como se abordará na sequência

No que tange as formas de se estruturar a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações que não indivíduo-Estado, há pelo menos duas formas de produção de efeitos: a de efeitos diretos e de efeitos indiretos. Nessas relações, os efeitos podem ser ainda sob a produção legislativa e sob as relações jurídicas entre os indivíduos.

Quando analisados os efeitos dos direitos fundamentais sob a produção legislativa é possível notar a vinculação direta da atividade do legislador ordinário, criador de dispositivos de direito privado, aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Tanto é verdade que a Constituição da República, em seu art. 5º, §1º, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, vinculam todos os poderes públicos (SILVA, 2005, p. 68-70).

A omissão do constituinte em prever expressamente a vinculação dos poderes públicos e dos particulares aos direitos fundamentais, não significa que estes não estejam vinculados a eles (SARLET, 2009, p. 365 e 366). Assim, para além de vincularem os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações entre particulares (SARLET, 2009, p. 374), conforme será exposto a seguir, pois diferentes teorias tratam destas vinculações.

3.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais

A eficácia vertical dos direitos fundamentais se refere às relações instituídas entre Estado e cidadão. No âmbito do Estado Liberal vigia a concepção unidirecional dos direitos fundamentais, de forma que esses direitos eram oponíveis apenas ao poder estatal. Para Novellino (2008, p. 407) a relação jurídica é “hierarquizada e de subordinação”, na qual o Estado era o destinatário exclusivo das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais, por isso denominada de eficácia vertical. Assim, na relação existente entre cidadão-Estado somente uma das partes é titular de direitos fundamentais. Neste aspecto, é ampla e geral a aceitação de que o Estado deve respeitar e assegurar os direitos e garantias fundamentais.

3.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares

Em meados no século XXI, com o advento do constitucionalismo moderno, se reconheceu a supremacia da Constituição e, conseqüente, a constitucionalização do direito,

rompendo a visão de que os direitos fundamentais somente teriam eficácia nas relações jurídicas entre o Estado e o cidadão (SILVA, 2005, p.52). Percebeu-se que não apenas o Estado era capaz de restringir ou inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, mas também os particulares em suas relações privadas.

Com a consolidação do Estado Social de Direito, a visão de que os direitos fundamentais teriam somente o Estado como destinatário, ou seja, para proteger os cidadãos da ingerência estatal, restou insuficiente, pois os direitos fundamentais, além de estabelecerem o dever do Estado de respeitar os direitos fundamentais dos particulares, possuem o dever de promover e garantir os direitos fundamentais dos particulares contra violações e lesões promovidas por outros particulares no âmbito das relações interprivadas (MENDONÇA, 2013, p. 32).

Consoante explica Martins (2016, p. 24), com a mudança de paradigma surge a “teoria dos deveres de proteção”, na qual “os direitos fundamentais além de imporem abstenções ao exercício do poder estatal, lhe impõe o dever de proteger seus titulares de lesões e ameaças provindas de outros particulares, no âmbito das relações jurídicas privadas”. Nesse contexto, várias teorias buscam esclarecer se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações privadas, discutindo se a vinculação se dará de forma direta/imediata ou indireta/mediata.

4 Repensando a eficácia dos direitos fundamentais: para além da dicotomia entre eficácia direta e indireta

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas exige a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme o reconhecimento da eficácia imediata ou mediata.¹ A exigência por soluções diferenciadas decorre, principalmente, do fato de que a questão deverá ser analisada considerando os direitos fundamentais em conflito, bem como as especificidades do caso concreto. Ademais, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não deve ser analisada a partir do pressuposto de que eficácia imediata e mediata são formas incompatíveis e excludentes de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, pois conforme destaca Andrade:

¹ SILVA, 2008, p. 134; SARLET, 2009, p. 358.

A análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas mostrava que as teorias, para além de estarem de acordo quanto à existência de uma vinculação, surgiam mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar sua tese central com os princípios ou situações que eram, afinal, os que fundavam a argumentação das outras. Por vezes, todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático (ANDRADE 2009, p. 239).²

A superação dessa visão dicotômica entre eficácia imediata e mediata perpassa pelo reconhecimento da multifuncionalidade e pluralidade de funções que exercem os direitos fundamentais, em especial, da capacidade de irradiarem seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Veiculados mediante normas constitucionais, os direitos fundamentais assumem uma posição privilegiada dentro do ordenamento jurídico, em razão de sua superioridade hierárquica, característica que exige que todas as demais normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o seu conteúdo. A construção de um modelo de contenha soluções diferenciadas, que transcendam a propalada dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais, pressupõe, de início, releitura da concepção clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou liberdades públicas oponíveis apenas ao poder público.³

É possível sustentar, em essência, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é uma decorrência lógica do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que traz consigo a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, inclusive das normas constitucionais de direitos fundamentais. Ainda que, na atualidade, a irradiação de efeitos das normas constitucionais tenha adquirido maior aceitação, isso nem sempre ocorreu, principalmente em se tratando de irradiação de efeitos das normas constitucionais sobre o direito privado e as consequências sobre o primado a autonomia privada e tutela da liberdade contratual.⁴

² Vale comunga no mesmo entendimento ao sustentar que, “o grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fosse categorias inconciliáveis entre si. Cada construção teórica, portanto, concebe-se como única correta, negando as demais.” (VALE, 2004, p. 170).

³ Nesse sentido destaca Canotilho que, “o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de soluções diferenciadas” e conclui “essa eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade e pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.” (CANOTILHO, 2003, p. 1208-1209).

⁴ SILVA, 2008, p. 41.

A irradiação dos efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações jurídicas entre particulares, acaba por conduzir as discussões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas para a discussão acerca da colisão de direitos fundamentais concretizada no tráfico privado, em regra, traduzida pelo conflito entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais, que se desdobrará, ao final, na discussão relativa à constitucionalidade das limitações impostas aos direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas entre particulares em decorrência do exercício da autonomia privada.

A dicotomia entre eficácia direta e indireta acaba perdendo parte de seu sentido em ordenamentos jurídicos caracterizados pela coexistência dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Ao se reconhecer que todos os juízos são dotados de jurisdição de constitucionalidade, possuindo competência constitucional para afastar a aplicabilidade de normas jurídicas eivadas de inconstitucionalidade, bem como para interpretá-las em conformidade com o texto constitucional, caminha-se no sentido de se admitir que qualquer relação jurídica privada possa ser objeto de análise de sua conformidade com o texto constitucional, seja mediante a eficácia direta ou indireta das normas de direitos fundamentais. A questão, portanto, implicará na análise da constitucionalidade das restrições estabelecidas aos direitos fundamentais em decorrência do exercício da autonomia privada e da liberdade de contratação, a partir da ponderação dos princípios constitucionais em conflito.

Nos casos em que o legislador densificou o conteúdo do direito fundamental, disciplinando a forma de sua aplicação às relações jurídicas privadas, duas situações podem se verificar. A primeira situação verificar-se-á quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar a aplicação de determinado direito fundamental às relações jurídicas entre os particulares, apresentam-se incompatíveis com o texto constitucional. Nesta hipótese, competirá ao intérprete promover a interpretação e aplicação da norma jurídica de direito privado em conformidade com o texto constitucional. Sendo impossível atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, outra medida não restará senão a declaração de sua inconstitucionalidade. A segunda situação verificar-se-á quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar o conteúdo de direitos fundamentais, o fazem de forma insuficiente. Nesta hipótese competirá ao intérprete promover a integração do conteúdo das normas jurídicas de direito privado com o conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas situações, os órgãos jurisdicionais, em respeito ao princípio democrático e a separação de poderes, não poderão desprezar as decisões legislativas que estão materializadas nas normas jurídicas infraconstitucionais, salvo na hipótese de vício de inconstitucionalidade, situação na qual a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional e ter afastada sua aplicabilidade.⁵ Seja na hipótese em que se afasta a aplicabilidade de uma norma jurídica em decorrência de sua inconstitucionalidade, seja na hipótese de ser necessária a integração do conteúdo da norma jurídica de direito privado, por se entender que a densificação legislativa fora insuficiente, estar-se-á diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar efeitos sobre as relações jurídicas privadas.⁶

Analisando profundamente a questão, verifica-se que, independentemente da adoção da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, em razão da vinculação direta dos poderes constituídos às normas constitucionais, bem como dos deveres de proteção que lhes são inerentes, em especial, aos órgãos jurisdicionais, estes acabarão, ao final, chegando ao mesmo resultado, qual seja, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado.⁷ Essa conclusão corrobora para a necessidade de se superar a dicotomia entre eficácia imediata ou mediata, para buscar uma solução diferenciada para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídica contratuais entre particulares, sem desprezar os contributos de cada uma das construções teóricas para a temática.

Essa perspectiva promove a superação de uma das premissas sob as quais a eficácia indireta se sustenta, uma vez que a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais não fica restrita nem condicionada à existência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, haja vista ser dever dos poderes constituídos, em razão de sua vinculação às

⁵ Conforme destaca Julio Estrada: “*en un Estado de Derecho, y en virtud del principio democrático, no cabe duda que él órgano que ostenta la representación popular há de gozar de la primacia para la concreción de los derechos fundamentales em el ordenamento jurídico civil.*” (JULIO ESTRADA, 2000, p. 210) Em igual sentido, sustenta Steinmetz que, “*em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de pose (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa.*” (STEINMETZ, 2004, p. 26).

⁶ Conforme destaca Perlinger: “*a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.*” E conclui, “*a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.*” (PIERLINGERI, 2002, p 11)

⁷ Essa afirmativa não indica que em todos os casos de conflitos de direitos fundamentais com a autonomia privada esta sempre terá sua eficácia afastada para dar lugar aos demais direitos fundamentais. Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, a autonomia privada, enquanto relevante direito fundamental, essência do Direito Privado e fonte dos negócios jurídicos, prevalecerá em inúmeras situações de conflito. Ademais enquanto direito fundamental, a autonomia privada também irradia seus efeitos por todo ordenamento jurídico. Conforme destacou Leisner, citado por Alexy, “*o efeito perante terceiros será, no final de contas, sempre um efeito direto.*” (ALEXY, 2014, p. 540)

normas constitucionais, dotadas de fundamentalidade, força normativa e superioridade hierárquica, atuar no sentido de garantir a máxima efetividade da Constituição.

Dessa forma, quer o legislativo, ao elaborar normas jurídicas para concretizar e regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, quer os órgãos jurisdicionais ao apreciarem e julgarem litígios entre particulares, quer o executivo ao dar executoriedade às normas jurídicas, por estarem vinculados aos direitos fundamentais tem o dever de impedir violações ao seu conteúdo, protegendo e garantindo a sua eficácia.

5 Contrato de Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 338), o contrato individual de trabalho é um negócio jurídico celebrado entre empregado e empregador, de forma escrita ou verbal, no qual há o estabelecimento de direitos e deveres, sendo regulado pelo direito do trabalho, mediante o pagamento de uma contraprestação, gerando subordinação jurídica do primeiro para com o segundo.

Sabe-se que dessa subordinação jurídica se depreende que a relação privada existente é assimétrica, sendo notória a desigualdade entre as partes, sendo que o empregador é o detentor do poder empregatício e o empregado hipossuficiente e vulnerável, há possibilidade de violação de direitos fundamentais, por algum abuso do empregador (LEITE, 2016, p. 129). Sob essa perspectiva, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 176), salienta que:

Quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

O que se depreende é que nessa relação há uma sujeição da parte mais fraca da relação jurídica ao contrato de trabalho e, por muitas vezes, por possuir necessidade financeira, bem como diante da urgência de conseguir um emprego, acaba se submetendo a todas as cláusulas do contrato de trabalho sem ao menos discuti-las, gerando um desequilíbrio. Ademais, a crise empregatícia e o excesso de mão-de-obra contribuem para que o empregador atue de forma excessivamente discriminatória quando da realização de uma contratação, sem avaliar a formação do candidato e a capacidade para exercer a atividade ofertada.⁸

⁸ A Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como a Constituição da República de 1988 (art. 7º) e algumas leis esparsas, preveem garantias em favor do empregado, sendo esta a parte considerada hipossuficiente da relação

Ademais, Pedro Lenza (2009, p. 677) destaca que “sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (‘eficácia horizontal’), especialmente diante de atividades privadas que tenham certo ‘caráter público’, por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc.” No campo das relações de trabalho, as quais se iniciam mediante a contratação, há que se reconhecer, como regra, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ante a desigualdade entre empregado e empregador.

Portanto, no âmbito das relações jurídicas trabalhistas, ambos os sujeitos contratuais são titulares de direitos fundamentais, razão pela qual a análise da licitude dos critérios de contratação estabelecidos pelo empregador/contratante dependerá da ponderação entre o direito de liberdade de contratação e o direito à igualdade, a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. De fato, conforme se demonstrará, o empregador/contratante não poderá de forma ilimitada estabelecer quaisquer critérios para a eleição dos candidatos à vaga de emprego, devendo ter a cautela para não realizar eleger critérios discriminatórios.

6 O Princípio da Igualdade nas relações de trabalho

O princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República, veda a diferenciação de pessoas que se encontram em uma mesma situação fática e jurídica e se aplica a várias situações, dentre elas as relações de trabalho, conforme preceitua: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Ferrajoli (2011, p. 105 e 106) aduz que a igualdade é um princípio complexo, pois apresenta dupla finalidade, quais sejam, exige a proteção das diferenças e ainda a redução das desigualdades. Impõe o respeito das diferenças por meio das garantias dos direitos sociais, opondo-se às discriminações, independente de opiniões e vontades das partes envolvidas.

Ana Paula Nunes de Mendonça (2013, p. 70) aduz que a igualdade não pode ser vista sob uma ótica reducionista, uma vez que o direito geral à igualdade implica reconhecer que não é na maioria das vezes que se deve ter um tratamento igual e que nem sempre há de se proibir um tratamento desigual. Citando a obra de Alexy, referida autora descreve que (2013, p. 71):

contratual. Expõe Daniel Sarmiento que: O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família (SARMENTO, 2010, p. 323).

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 (ALEXY, 2008, p. 397).

Sob outra ótica, a igualdade ainda possui como um preceito magno o fato de que a norma deve ser voltada tanto para o aplicador da lei tanto para o próprio legislador, ou seja, não somente sobre a norma posta deve-se nivelar os indivíduos, mas também na sua própria edição deve-se sujeitá-la ao tratamento de forma equânime (MELLO, 2011, p. 09). Celso Antônio (2011, p. 10 e 11) ainda continua descrevendo sobre a igualdade no seguinte sentido:

(...) é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*

E ainda acrescenta:

Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis (MELLO, 2011, p. 11).

Não se pode olvidar que as pessoas, por sua natureza, possuem diferenças óbvias as quais não podem ser desconsideradas ou embargadas em nome do princípio da isonomia, dependendo da situação fática, surgindo daí o que se entende por discriminação legítima ou ilegítima, injusta (MELLO, 2011, p. 11). Celso Antônio (2011, p. 11), citando a obra de Hans Kelsen, descreve suas considerações nos seguintes termos:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

No mesmo sentido, Martins (2016, p. 130 e 131) expõe que o princípio da igualdade não é uma regra que impõe a proibição de estabelecimentos de distinções exigindo sempre a

adoção de tratamentos igualitários, uma vez que a própria natureza humana pressupõe a natural desigualdade entre as pessoas. O que referido princípio proíbe é o arbítrio, em razão de tratamentos desiguais desamparados por justificativas razoáveis.⁹

No âmbito do direito do trabalho, o artigo 7º da Constituição da República de 1988 prevê ser proibida qualquer forma de discriminação que tenha como finalidade reduzir as chances de acesso e continuidade em um emprego. Além deste, o artigo 7º, XXX, do mesmo diploma prevê a vedação de adoção de critérios de admissão por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil, sendo garantida a igualdade de oportunidade.

O tratamento isonômico na esfera trabalhista impede que o empregador realize discriminações, baseando-se em critérios de diferenciação desfavoráveis, que não possuam qualquer pertinência com as funções laborativas inerentes ao emprego. Para que o critério estabelecido como condição para a contratação seja considerado lícito, indispensável que esteja amparado em motivo razoável e proporcional, relacionado à promoção de objetivos constitucionalmente legítimos.

Nas relações de emprego doméstico, o grau de liberdade para o estabelecimento dos critérios de contratação é maior do que àquele verificado nas demais relações trabalhistas, uma vez que as relações de trabalho doméstico são caracterizadas pela incidência de outros direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade e outros relacionados à personalidade dos contratantes. Nas relações de emprego doméstico, a eficácia do direito a igualdade se dará, portanto, de forma diferenciada, sendo, por exemplo, lícito o estabelecimento do sexo ou da orientação religiosa como critério de contratação.

Não se admite, todavia, a possibilidade de adoção de critérios discriminatórios alicerçados na raça ou origem étnica, haja vista que estes fatores são presumidamente odiosos e atentatórios a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, dificilmente será possível encontrar uma justificativa objetiva e razoável para tornar admissível diferenciação baseada na raça ou origem étnica de um dos contratantes.

⁹ A questão adquiriu tamanha relevância que, nas últimas décadas, foram elaboradas, pela União Europeia, normativas destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o objetivo precípua de combater as práticas discriminatórias ilícitas no tráfico privado. Essas normativas são as Diretivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE e 2004/113/CE. Merece destaque a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho

De igual modo, não são admissíveis tratamentos diferenciados desprovidos de justificativa, tratamentos caprichosos que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, a colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante. Não são lícitas escolhas ou critérios que estejam dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais, em especial, quando baseados na raça, origem étnica ou orientação sexual, em regra, presumidamente odiosos. Deve-se, portanto, rechaçar tratamentos diferenciados que afetem diretamente a dignidade daquele que é discriminado.

Bobbio (1997, p. 30) trata da importância do princípio da igualdade de oportunidades ou de chances para o Estado de democracia social e o descreve como sendo aplicável como regra de justiça em uma situação que pessoas estão em concorrência ou competição para a obtenção de um só objetivo, o qual somente pode ser alcançado por um deles. Essa situação demonstra especificamente o caso da pré-contratação trabalhista. No mesmo sentido:

Em outras palavras, o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais (BOBBIO, 1997, p. 31).

Assim sendo, o princípio da igualdade deve ser observado quando da pré-contratação pelo empregador, funcionando como limite à sua liberdade contratual, garantindo o acesso ao trabalho, além de preservar as características individuais e pessoais de cada indivíduo. Tal princípio se apresenta como valioso instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, da honra e dos valores sociais do trabalho, visto que norteiam ações de zelo pelos direitos dos trabalhadores.

7 Discriminação na fase pré-contratual: exigência de certidão de antecedentes criminais

A fase pré-contratual é o período antecedente à formação do vínculo empregatício e o momento em que o empregador irá avaliar as aptidões do empregado para a pretensa vaga, como testes psicológicos, análise da experiência e da formação profissional na área. Quando da seleção, se iniciarão as tratativas e negociações preliminares entre o pretense empregado e o empregador (MENDONÇA, 2013, p. 120).

Neste momento, quando é iniciada a seleção ou, mesmo quando da divulgação da vaga, é que pode chegar a ocorrer a denominada discriminação pré-contratual, podendo ser

legítima ou não. O empregador, ao fazer uso do seu poder de direção para a escolha do candidato que melhor se enquadre na atividade que pretende ocupar, pode praticar ofensas aos direitos fundamentais dos candidatos (MENDONÇA, 2013, p. 123).

Para Delgado (2010, p. 725), a discriminação é “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. E ainda aduz que:

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis, marcados pela exclusão individual e social (DELGADO, 2010, p. 726).

A Lei Federal n.º 9.029/95 preceitua em seu artigo 1º que é proibida qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação empregatícia em função de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. A Constituição da República de 1988 também não admite a prática de discriminação por ser essa prática que atenta contra os direitos e garantias fundamentais previstos nos artigos 3º, IV; 5º, X e XLI; 7º, XXX, XXXI e XXXII, que tratam da violação dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada do empregado.

Na mesma esteira, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 111, promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 1968, define o termo discriminação em seu artigo 1º como sendo:

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

No caso das relações de trabalho, principalmente no tratamento desigual durante a fase de contratação, qualquer diferenciação desqualificante, negativa e ilícita será considerada inaceitável e arbitrária.

Ressalta-se que, conforme expõe Alice Monteiro de Barros (2006, p. 589), o empregador na direção das atividades em sua empresa, não pode deixar de levar em consideração os direitos básicos do empregado previstos na legislação do trabalho, contratos de trabalho, regulamentos internos e, sobretudo, na Constituição da República, que prevê os direitos fundamentais enquanto cerne do ordenamento jurídicos, aplicável a todas as relações humanas, dentre elas as relações jurídico-trabalhistas.

Nesse sentido, determinados critérios que serão considerados discriminatórios e, portanto, ilegais; mas há situações em que a eficácia do princípio da igualdade será mais restrita. (MENDONÇA, 2013, p. 28). Corroborando com o exposto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 17) expõe que:

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 os interesses prestigiados na Constituição.

Coadunando com esse entendimento, Ana Paula (2013, p. 154), fazendo referência a Virgílio Afonso da Silva e à sua teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aduz:

A Lei 9.029/95 e a Convenção 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, impõem-se a aplicação do disposto na Lei n. 9.029/95 e na Convenção 111 da OIT. Entretanto, nas situações fáticas mais complexas de diferenciações, em que há restrições aos princípios da igualdade e não se tem claramente definido se trata-se de discriminação ou de uma exigência lícita, faz-se necessário recorrer 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.

E destaca 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 (MENDONÇA, 2013, p. 155).

Nesse diapasão, cumpre indagar se o empregador, na fase pré-contratual, embasado em sua autonomia privada, liberdade contratual e em seu poder diretivo, pode ou não exigir que os candidatos à vaga de emprego, apresentem atestado de antecedentes criminais.

Ressalta-se que as informações contidas em folhas de antecedentes criminais de uma pessoa são de interesse público e utilizadas na persecução penal, além de serem técnicas, não

podendo se valer o particular de alguma informação sigilosa para justificar a não contratação de um empregado, embasado no risco do empreendimento, “penalizando-o” por uma segunda vez, se colocando no lugar do Estado e estigmatizando o trabalhador.

Coadunando com o exposto e para reprimir a discriminação de pessoas que já foram condenadas criminalmente, a Lei de Execuções Penais (LEP), em seu artigo 22, estabelece que, uma vez cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestado ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal.

No caso da exigência de antecedentes criminais no ato da pré-contratação, há um confronto entre a liberdade contratual do empregador e seu direito à informação, em contraponto ao direito à intimidade, a vida privada, a honra e à imagem do trabalhador, bem como o seu direito à ressocialização, evitando a prática de novos delitos com sua reinserção no mercado de trabalho.

Ana Paula (2013, p. 128), ao descrever as principais formas de discriminação pré-contratual, faz referência e critica a exigência de antecedentes criminais no ato da seleção de empregados de forma generalizada, podendo ser feita apenas quando o uso de tal instrumento se justifique na ponderação de direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e autonomia privada, conforme a seguir:

E, pior ainda, o uso do banco de dados de antecedentes criminais, para fim diverso da hipótese legal prevista na Lei 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 trabalho.

Existem certas atividades para as quais se é razoável a exigência de antecedentes criminais, pois há pertinência e relação com a natureza da atividade que será exercida perante o empregador, como no caso de vigilantes (art. 16, VI, da Lei n. 7.102/1983) e dos empregados domésticos, não sendo, assim, considerado um ato discriminatório ilegítimo e enfatizando o princípio do amplo acesso à informação nestes casos essenciais (BRASIL, 2014).

Isso significa que os antecedentes criminais podem ser utilizados como parâmetro de seleção de candidatos à vaga de emprego quando estiver relacionado com a atividade que será desempenhada ou com a capacidade do trabalhador para exercer a função. Do contrário, o ato será desprovido de razoabilidade, sendo, portanto, ilegal, prevalecendo o direito à privacidade (BRASIL, 2014).

Insta salientar que, conforme exposto por Ana Paula (2013, p. 148), havendo a discriminação pré-contratual, diferenciando o empregado por razões ilegítimas, pelo simples fato de ter uma certidão de antecedentes criminais positiva que não tenha nenhuma relação com função que será exercida, cabe a ele o dever de indenizar o empregado de acordo com a responsabilidade civil pré-contratual, com fundamento no art. 422 do Código Civil.

Portanto, a liberdade contratual e o poder diretivo do empregador ao realizar a seleção e a contratação de empregados para a sua empresa deve ser realizada de forma que não reflita em abuso de direito, devendo respeitar a igualdade, a intimidade, a honra e a vida privada dos candidatos à vaga de emprego. A exigência de antecedentes criminais na pré-contratação é admissível, desde que seja razoável e que justifique em razão a atividade que o empregado exercerá, sendo que, do contrário, tratar-se-á de conduta arbitrária e abusiva.

8 Considerações Finais

Por todo o exposto, a exigência pelo empregador de certidão de antecedentes criminais a um candidato à vaga de emprego ofertada em sua empresa, exige cautela e que seja realizada embasada em fundamentos razoáveis, ou seja, condizente com a atividade que será desenvolvida ou com o exercício da função almejada.

A partir do momento que a exigência de referido documento passa a ser arbitrária, de forma abusiva pelo empregador e restando demonstrado que o trabalhador somente não foi contratado por ter uma certidão de antecedentes positiva, parte-se para a chamada discriminação ilegal ou ilegítima, a qual não é admitida pelo ordenamento jurídico, podendo ser aplicada a responsabilidade civil pré-contratual do empregador.

Há hipóteses legais em que é possível a exigência de antecedentes criminais do trabalhador, como no caso de vigilantes e trabalhadores domésticos. Mas, se houver qualquer fuga desarrazoada por parte do empregador dos casos previstos em lei, bem como da importância para qualquer outra atividade que for desenvolvida na empresa, não será válida a exigência, quiçá a não contratação por tais razões.

O poder diretivo do empregado e a sua liberdade de contratação não podem prevalecer sobre os direitos fundamentais à honra, à intimidade, à vida privada e à dignidade do trabalhador. Apesar do empregador ter referidos direitos, estes não são absolutos devendo respeitar a ordem jurídica constitucional, por colidirem com os direitos fundamentais do empregado.

Ao mesmo tempo em que há a necessidade do empregador de proteger a sua propriedade e a sua segurança, de seus familiares e de seus empregados, há a necessidade da ressocialização do trabalhador, proporcionando-o meios de se reinserir no mercado de trabalho, evitando, assim, a prática reiterada de novos delitos.

A atitude do empregador em exigir antecedentes criminais de um candidato à vaga de emprego de forma arbitrária e sem qualquer ligação relevante com a atividade que será desenvolvida, leva ao seu estigma social, sendo indiscreta a intromissão na vida pessoal do indivíduo.

Não se admite, todavia, a possibilidade de adoção de critérios discriminatórios alicerçados na raça ou origem étnica, haja vista que estes fatores são presumidamente odiosos e atentatórios a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, dificilmente será possível encontrar uma justificativa objetiva e razoável para tornar admissível diferenciação baseada na raça ou origem étnica de um dos contratantes.

De igual modo, não são admissíveis tratamentos diferenciados desprovidos de justificativa, tratamentos caprichosos que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, a colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante. Não são lícitas escolhas ou critérios que estejam dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais, em especial, quando baseados na raça, origem étnica ou orientação sexual, em regra, presumidamente odiosos.

Ademais, o princípio da igualdade deve ser observado quando da pré-contratação pelo empregador, funcionando como limite à sua liberdade contratual, garantindo o acesso ao trabalho, além de preservar as características individuais e pessoais de cada indivíduo. Portanto, tal atitude é considerada um ilícito trabalhista e precisa ser coibida pelo Direito de forma efetiva com o fim de seja abandonada de forma definitiva conduta discriminatória que tem gerado segregações e exclusão de grupo de pessoas dentro da sociedade.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. 1351 p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. 1373 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 122 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 976 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2016. 795 p.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas Relações Contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 282 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 20ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 48 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2012. 1134 p.

MENDONÇA, Ana Paula Nunes. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2013. 174 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 362 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. 924 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 279 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. Revista Direito GV 1, maio de 2005, v. 1, p. 173 – 180.