



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUSTAVO BATISTA DOS REIS

**PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE:
UMA ABORDAGEM À LUZ DA EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS CONTRATAÇÕES DE EMPREGADOS**

Salvador

2014

GUSTAVO BATISTA DOS REIS

**PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE:
UMA ABORDAGEM À LUZ DA EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS CONTRATAÇÕES DE EMPREGADOS**

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

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO BATISTA DOS REIS

PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONTRATAÇÕES DE EMPREGADOS

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A

Meus pais, Joatan e Rose, por terem me ensinado os valores que tenho hoje e por terem me apresentado os caminhos do Senhor e a meus irmãos, Davi e Poli, por serem meus companheiros em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão de todas as coisas, por me sustentar em todos os momentos.

Aos meus pais Joatan e Rose, e aos meus irmãos Davi e Poliana, por estarem sempre ao meu lado, apoiando e incentivando, assim como aos meus avós, tios e primos.

À minha noiva, Rebeca, por saber estar perto mesmo estando longe, e à sua família, que também se tornou minha.

Ao professor e orientador Gabriel Marques, por não medir esforços para me auxiliar na consecução desta obra, sempre disposto a discutir o assunto e apontar aspectos importantes para o desenvolvimento da temática.

E a todos aqueles que, de uma forma ou de outra tornaram esse trabalho possível.

Muito Obrigado!

A primeira sensação que experimento ao encontrar-me na presença de uma criatura humana, por humilde que seja a sua condição, é da igualdade originária da espécie. Uma vez dominado por esta ideia, preocupa-me muito mais do que ser-lhe útil ou agradável, o não ofender nem ao de leve a sua dignidade.

Charles Tocqueville

PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONTRATAÇÕES DE EMPREGADOS

RESUMO

A presente monografia traz um estudo sobre o conflito entre o princípio da isonomia e o princípio da autonomia da vontade no âmbito das contratações de empregados. O que se pretende saber, primeiramente, é se os direitos fundamentais tem eficácia no âmbito das relações privadas, isto para saber se a isonomia tem algum efeito nas contratações de empregados. Para tanto será feita a análise dos precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico de forma a ver como os nossos tribunais tem se comportado com relação a este tema. Uma vez feita essa análise, se for verificada esta eficácia precisará se analisar então qual princípio deve prevalecer nestas situações em que um empregador quer contratar alguém para prestar algum tipo de serviço, se ele poderá fazer algum tipo de discriminação ou se deverá estar adstrito ao princípio da igualdade e em qual medida. O objetivo deste presente trabalho é também analisar a possibilidade de este conflito ser resolvido no plano abstrato, de forma a não se ter a necessidade de, a cada caso concreto, se fazer uma análise completa. O que se pretende com isso é trazer uma segurança jurídica maior para que as pessoas que possam estar envolvidas nestas questões. Tal estudo se mostra bastante essencial e importante dado à forma que se deu a evolução do nosso país, pautada em um preconceito, que começou com motivos de cor e se alastrou a basicamente qualquer motivo que diferencie as pessoas. Por estes motivos este trabalho visa fazer essa análise do conflito da igualdade *versus* autonomia da vontade para ver qual deve prevalecer e em que proporções.

Palavras-chave: direitos fundamentais; princípios; eficácia horizontal; isonomia; autonomia da vontade; solução de conflito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 CONCEITO	11
2.2 GERAÇÕES	12
2.3 CARACTERÍSTICAS	15
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	18
3 DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE	21
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO	21
3.2 IGUALDADE FORMAL X MATERIAL	22
3.3 CONTEÚDO JURÍDICO	24
4 PRINCÍPIOS, REGRAS E AUTONOMIA DA VONTADE	29
4.1 CONCEITO E PRINCIPAIS DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIO E REGRA	29
4.2 SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE REGRAS	33
4.3 SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS	33
4.4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE UMA PRÉVIA HIERARQUIZAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS	35
4.5 PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO	42
4.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	43
5 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	47
5.1 HISTÓRICO	47
5.2 EFICÁCIA DIRETA	49
5.3 EFICÁCIA INDIRETA	52
5.4 TEORIA DA AÇÃO ESTATAL	53
5.5 IMPERATIVO DA TUTELA	54
6 RELAÇÃO DE EMPREGO	57
6.1 DIFERENÇA ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO	57
6.2 CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	58
6.3 CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	59
6.3.1 Pessoaalidade	59
6.3.2 Pessoa física	60
6.3.3 Onerosidade	61
6.3.4 Subordinação	61

6.3.5 Não eventualidade	63
6.4 AUTONOMIA DA VONTADE NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS	63
7 PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE	65
7.1 ANÁLISE DA FORMA E DOS FUNDAMENTOS NORTEADORES DA SOLUÇÃO DO CONFLITO	65
7.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE	66
8 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A análise da solução do conflito entre isonomia e autonomia da vontade possui um contorno bem extenso no ordenamento jurídico brasileiro devido ao alto grau de preconceito que pode ser visualizado nas relações que aqui se travam. Mesmo com a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais e das crescentes melhorias e vitórias alcançadas pelas minorias, ainda há um preconceito quanto a estas pessoas.

É importante, dentro deste contexto, traçar um paralelo entre as gerações dos direitos fundamentais para que se possa compreender como se dá a atuação do estado quando tais direitos são envolvidos, se ele deve agir para garantir os mesmos ou se sua mera omissão permitiria a sua concretização.

Por este motivo há uma necessidade de se analisar pormenorizadamente este tema dando a ele a importância devida. Este trabalho se propõe a analisar este conflito da isonomia *versus* autonomia da vontade, tentando ao final trazer uma solução para o mesmo com fins de servir de base a eventuais conflitos que tornem a surgir nestes parâmetros.

Primeiramente é necessário analisarmos os direitos fundamentais de forma a ter em mente a sua evolução e como eles se apresentam hoje no nosso ordenamento, ou seja, quais direitos hoje são garantidos e qual o marco histórico para o surgimento dos mesmos. Além disso, serão estudadas as principais características dos direitos fundamentais para que possa-se saber a quem estes são direcionados, se podem ser alienados, ou se alguém pode abrir mão de tais direitos.

Uma vez identificados esses direitos é preciso saber se estes tem algum tipo de influência ou eficácia no âmbito das relações privadas. Este ponto é de extrema importância, pois irá determinar se é necessário analisar o conflito entre a isonomia a autonomia da vontade, pois, não sendo possível caracterizar esta eficácia não há o que se falar deste conflito vez que a autonomia da vontade vai prevalecer pelo fato de a isonomia não interferir na mesma.

Superada esta análise, faz-se mister compreender o que são os princípios e quais as diferenças destes para as regras para que se identifique o motivo pelo qual tais princípios podem colidir em mais de uma situação similar e quais são os métodos para solucionar um conflito entre princípios. Desta forma se compreenderá quais os critérios utilizados para solucionar tais conflitos.

Um estudo ainda precisa ser feito quanto à possibilidade ou não de uma análise fora do caso concreto, ou seja, para saber se a tentativa de solução de uma colisão entre princípios em abstrato é válida juridicamente e quais as consequências caso tal seja aceito em detrimento de análises restritas ao caso concreto.

Diante deste cenário será possível estabelecer quais são os melhores critérios para realizar a solução do conflito da isonomia e da autonomia da vontade, e uma vez estabelecidos tais critérios será feita a análise destes dentro da perspectiva do conflito para saber qual será o resultado a ser aplicado quando tais situações voltarem a ocorrer, caso seja possível a realização de uma ponderação em abstrato.

Solução de conflitos entre princípios não é tarefa fácil, pois muitas vezes nos esbarramos em aspectos muito subjetivos, mas diante da recorrência com que este conflito aparece em nossa sociedade faz-se necessário explorar o tema para tentar saber posição deve ser tomada diante destes conflitos, ou para prevalecer a autonomia ou para prevalecer a isonomia. Este é o objetivo do presente trabalho, tentar ampliar a visão do tema e trazer uma proposta de solução para este conflito entre autonomia da vontade e isonomia à luz das contratações de empregados no âmbito privado.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO

Os Direitos Fundamentais são todas as posições jurídicas que visam proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição Federal Brasileira ou que a própria Magna Carta as admite ou equipara aos direitos fundamentais por ela reconhecidos. Certo é que os direitos fundamentais protegem o cidadão contra o arbítrio do poder estatal e estabelecem condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Diante disso, Dimitri Dimoulis apresentada de forma bastante completa o conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹

Diante desse conceito é possível perceber que uma das finalidades dos direitos fundamentais é limitar o poder estatal para evitar a arbitrariedade e os abusos de poder que possam levar a um cerceamento das liberdades dos indivíduos, ferindo assim a dignidade da pessoa humana.

A ideia de dignidade da pessoa humana, juntamente com os direitos fundamentais não é uma construção atual, mas é fruto de uma evolução gradativa dos direitos que visavam proteger o homem. Essa preocupação é vista desde 1215 na Inglaterra com a edição da Magna Carta e 1689 nos Estados Unidos com o “*Bills of rights*”. Mais adiante, em 1789, na França é editada a declaração dos direitos do homem e do cidadão que já visava proteger o indivíduo, como se percebe na redação trazida logo em seu artigo 1º: “Art. 1º. Os homens nascem e vivem livres e iguais em direitos”.²

¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

² OLIVEIRA, Antônio Carlos. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão: íntegra do documento original**. UOL. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em 12 set. 2013.

Quando se fala em fundamento surge a ideia de algo sobre o qual será construído algo, é a base, o sustento, parte sem a qual a estrutura vem a desmoronar. Diante disso, e ao longo da evolução humana, se percebeu necessário estabelecer direitos fundamentais, que seriam de certa forma a base para a organização da sociedade. Isto devido ao fato de que a sociedade deveria se organizar respeitando tais direitos, por isso Dimoulis traz em seu conceito de direitos fundamentais a expressão “tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Assim parece claro o conceito de direitos fundamentais, como sendo aqueles previstos em lei ou através da interpretação da mesma que traz garantias ao homem para assegurar um grau de justiça e evitar que o Estado atue de forma desproporcional, pois tem como limite estes direitos.

2.2 GERAÇÕES

Os direitos fundamentais não surgiram já da forma como se encontram hoje. Como basicamente tudo na vida estes direitos passaram por um processo de evolução e de desenvolvimento. Com a mudança nas necessidades e nos anseios da sociedade foi necessário ao longo do tempo fazer ajustes no rol dos direitos fundamentais e nas suas finalidades para que eles pudessem suprir cada vez mais a população e evitar as arbitrariedades de quem estar no poder.

No ordenamento brasileiro, a evolução dos direitos fundamentais abrange uma perspectiva de gerações, na qual cada geração possui a sua característica a depender da época em que foi efetivado. Assim é possível falarmos, a princípio, de 3 gerações desses direitos em nosso ordenamento.

A 1ª geração tem influência nas revoluções francesa e americana e tinha como característica marcante a prestação negativa do estado, onde o direito fundamental ia ser concretizado a medida que houvesse uma abstenção dos governantes. Esses direitos, como a liberdade de reunião, por exemplo, eram concretizados à medida que o estado não impunha óbices a essa efetivação, seja através da força ou de qualquer outra medida que impedisse o indivíduo de exercer seu direito.

Explicação esclarecedora é dada por Gilmar Ferreira Mendes ao dizer que:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, daí, esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. [...] Referem-se a liberdades individuais, como a consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião.³

Contudo, o crescimento da sociedade junto com as suas necessidades básicas levou à necessidade de uma maior atuação do estado na concretização de certos direitos. Constatou-se que a mera omissão do Estado concretizava apenas uma gama de direitos fundamentais, deixando outros, também importantes, sem produzir efeitos.

Essa observação de que o Estado não poderia apenas se omitir levou aos chamados direitos de 2ª geração. Esses direitos são chamados de direitos sociais, e como explicitado, necessitavam de uma prestação positiva do estado para sua concretização. Conceito bem esclarecedor é dado por Paulo César ao dizer que:

Direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos sociais, econômicos e culturais, fundados no princípio da igualdade, de alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam a garantia e a concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.⁴

Assim, por exemplo, no que diz respeito ao direito a saúde, se o Estado não intervir na construção de Hospitais públicos e investir no Sistema Único de Saúde (SUS) muitos indivíduos que não tem condição de arcar com os custos dos planos de saúde particulares teriam este direito violado. O mesmo se pode dizer sobre a educação, há a necessidade de atuação do Estado na construção e manutenção de colégios e universidades públicas.

Contudo, como se esta passando de uma fase de omissão para atuação estatal, esta nova fase precisou passar por um processo de programação, pois não havia normas regulando esta atuação estatal e posteriormente uma fase de aplicação destas novas normas, que tiveram melhoras com as constituições trazendo a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Quem bem expõe esta ideia é Paulo Bonavides, que leciona:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir,

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

⁴ BEZERRA, Paulo César Borges; **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador, Podivm, 2007, p. 203, *et seq.*

uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.⁵

No entanto as mudanças continuaram ocorrendo levando aos direitos de 3ª geração. Estes são marcados pela proteção não do homem isoladamente, mas sim a proteção de uma coletividade. Paulo César⁶ esclarece que: “o titular não é mais o homem individual, mas dizem respeito à proteção de categorias ou grupo de pessoas (famílias, povos, nação, entidades representativas), não se enquadrando nem no público, nem no privado”.

Alguns autores chegam ainda a trazer a possibilidade de já existir uma quarta e até quinta gerações. Paulo Bonavides explica bem este ponto ao relacionar a quarta geração a uma ideia de universalidade, dentro de uma ideia de democracia e relações de convivência. Em suas próprias palavras:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁷

Além disso o próprio Paulo Bonavides⁸ ainda traz a ideia de uma quinta geração como sendo um direito à paz, porém as etapas (gerações) mais significativas para a compreensão desta evolução dos direitos fundamentais são as três primeiras.

Porém, essa ideia de geração dos direitos fundamentais não quer dizer que ao passar de uma geração para outra aqueles direitos foram suprimidos para novos serem estabelecidos. A uma necessidade de entender que essa evolução se deu de forma complementar, a fim de abranger o âmbito de proteção do indivíduo. Nesse sentido entende Gilmar Mendes:

Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos de nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos.⁹

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 583.

⁶ BEZERRA, Paulo César Borges; **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador, Podivm, 2007, p. 204, *et seq.*

⁷ BONAVIDES, Paulo. *op cit*, p. 590.

⁸ *Ibidem*, p. 598, *et seq.*

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

Diante dessa evolução dos direitos fundamentais, atrelada à sua importância para garantia da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 reservou, em seu texto, capítulo específico para os mesmos, chamado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

2.3 CARACTERÍSTICAS

O estudo das características dos direitos fundamentais não pode deixar de perpassar por uma de suas principais características, qual seja a da sua supremacia em relação aos outros direitos. Esta característica em particular, de certa forma, é o norte para a construção das demais características que são apontadas pelos doutrinadores, como se verá adiante.

O ordenamento jurídico, como se sabe, é formado com base na hierarquia, onde se tem normas hierarquicamente superiores, normas estas que, inclusive, figurarão como referência para a produção de normas hierarquicamente inferiores, as quais, se não estiverem em consonância com as normas superiores não serão consideradas no ordenamento. Esta tese foi, inicialmente, difundida por Hans Kelsen, ao dizer que:

A norma que regula a produção da norma é a norma superior, a norma produzida segundo as suas determinações é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. [...] A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹⁰

Kelsen, ao trabalhar com esta ideia, traz um conceito muito importante, de que existem normas que são superiores às demais e que funcionam como orientadoras destas. Segundo Hans Kelsen: “a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado.” Aqui se percebe a ideia da pirâmide, que possui como topo a Constituição Federal.

Feita esta análise inicial faz-se pertinente trazer a interpretação deste enunciado de Kelsen feita por George Marmelstein que assevera:

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 247.

O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político.¹¹

Então, tendo como base que a Constituição figura como topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro e que os direitos fundamentais estão previstos nesta Constituição não resta dúvida de que eles, como bem apontado acima, estão em um patamar superior aos demais direitos. Estes direitos são tão importantes para o direito que tais foram considerados como cláusulas pétreas, segundo o artigo 60, §4º, IV, que traz que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.”¹²

Desta forma percebe-se a extrema importância destes direitos, sendo a sua supremacia a sua principal característica. Este elemento inclusive é o norteador para o surgimento de outras características destes direitos, como aponta Marmelstein que: “[...] fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis.” Logo, a característica que determina que tais direitos são inegociáveis, que será analisado adiante, é fruto desta superioridade destes direitos.

Contudo, os direitos fundamentais possuem outras características próprias. Os diversos doutrinadores que escrevem sobre o tema apontam diversas características para os direitos fundamentais, percebendo-se assim que esta lista não é taxativa, mas algumas destas características são citadas por todos eles, sendo assim consideradas as mais importantes. As principais destas características são a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, historicidade e universalidade.

Os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica, sendo aperfeiçoados e modificados ao longo do tempo. Por esta razão se dizer que tais direitos são fruto de uma evolução histórica, sendo a historicidade uma das características de tais direitos. Bem afirma Rodrigo César¹³ que: “[...] os direitos

¹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 235.

¹² BRASIL. **Constituição Federal: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 fev. 2014.

¹³ PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 66.

fundamentais são fruto de uma evolução histórica. Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade”.

Desta forma fica claro que tudo que já se passou no direito brasileiro de alguma forma contribuiu para a formação destes direitos como o temos hoje.

A imprescritibilidade é uma característica dos direitos fundamentais de extrema importância. A prescrição segundo Pablo Stolze¹⁴ é “a perda da pretensão de reparação de direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei.” Tomando esta definição como base, percebe-se que, pela inércia do titular é possível a perda de um direito, porém, os direitos fundamentais estão livres da prescrição. Por mais que o titular nunca use este direito ele não o perderá, sendo estes, portanto, imprescritíveis.

A questão da prescrição também esta ligada a questão da patrimonialidade. O entendimento majoritário é o de que a prescrição só atinge direitos de cunho patrimonial. O fato de os direitos fundamentais, por não terem valor econômico, faz subentender que tais direitos, além de inalienáveis, ou seja, que não podem ser negociados, são também imprescritíveis. Importante é a lição de José Afonso da Silva:

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.¹⁵

A universalidade dos direitos fundamentais é uma característica que revela basicamente quem são os destinatários destes direitos, apontando que todos os seres humanos são detentores destes direitos. A irrenunciabilidade atrelada à imprescritibilidade revela que as pessoas não podem abrir mão destes direitos e o não uso destes direitos não faz com que eles se percam.

¹⁴ GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 455.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 181.

Essas características, aparentemente revelam uma ideia de que tais direitos são absolutos. Porém, também se percebe a característica da limitabilidade, e Alexandre de Moraes bem explica ao dizer que:

Os direitos Humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para um afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).¹⁶

Diante disso se percebe que os direitos fundamentais trazem certas características com o fulcro de preservar a dignidade da pessoa humana, impedindo que indivíduos sejam desrespeitados, mas ao mesmo tempo abre uma brecha para que, dentro dos próprios direitos ali elencados, se possa encontrar uma limitação aos mesmos.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Os textos constitucionais brasileiros, à medida que os direitos fundamentais foram surgindo e sendo modificados, recepcionaram tais direitos em seu conteúdo. Porém, a cada Constituição a recepção destes direitos era modificada através da ampliação do rol, da nomenclatura do título, que por algum tempo foi “Dos direitos individuais”, até se chegar à forma encontrada na Constituição Federal de 1988.

A primeira questão que chama logo atenção na disposição dos direitos fundamentais na atuação Constituição é a concernente ao fato de tais direitos terem sido trazidos para o início do texto constitucional. Hoje, os direitos fundamentais estão expressos a partir do artigo 5º. A posição destes direitos no início do texto tem um significado, qual seja mostrar que tais direitos são padrão para o resto do texto trazido na constituição, revelando a sua importância. Paulo César bem aponta esta ideia ao dizer:

Dentre as inovações trazidas pela Constituição em termos de direitos fundamentais, tem sido apontado a situação topográfica, ou seja, o local onde foram inseridos, que além de traduzir um maior rigor lógico na medida

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo; Atlas, 2012, p. 30, *et seq.*

em que os direitos fundamentais constituem parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica, também atende à tradição do constitucionalismo na esfera destes direitos.¹⁷

No entanto, esta não foi a única alteração, a de se ressaltar a mudança na terminologia do título, que deixou de ser “Dos direitos Individuais” para ser chamado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Segundo Paulo César¹⁸ esta mudança representa a mudança de uma proteção individualista para uma proteção coletiva, social. Esta também é uma representação dos direitos de terceira geração, que visam realmente proteger a coletividade. No que tange ao termo “Fundamentais” abre espaço para a interpretação de que além de proteger os indivíduos tais direitos são imprescindíveis para o ordenamento.

Estas foram as mudanças mais relacionadas à estrutura, porém houveram também diversas mudanças referentes ao conteúdo. Duas mudanças são consideradas mais importantes, quais sejam, a inclusão do artigo que diz que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e o artigo que diz que outros direitos decorrentes do regime e dos princípios ou tratados internacionais também aceitos. A característica que revela a aplicabilidade imediata gera uma segurança muito grande à sociedade como um todo, pois não há mais desculpas ao não cumprimento destes direitos.

Por outro lado, o fato de o parágrafo segundo do artigo 5º revelar que outros direitos são aceitos, revela que o rol não é taxativo e sim exemplificativo, como bem explicita Paulo César:

Ao afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros, o legislador constituinte estabeleceu que o rol expresso não era taxativo; outros decorrentes dos princípios por ela adotados confere a natureza fundamental a muitos direitos espalhados pelo texto constitucional; e a referência os tratados internacionais de que o Brasil seja parte, abre a tipicidade de direitos fundamentais ao ordenamento internacional de direitos humanos, transformando-os em fundamentais pela posituação advinda de sua recepção.¹⁹

Com relação aos tratados internacionais, a Constituição ainda trouxe expressamente em seu artigo 5º que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a

¹⁷ BEZERRA, Paulo César Borges; **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador, Podivm, 2007, p. 232.

¹⁸ *Ibidem*, p. 232, *et seq.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 234.

Emenda Constitucional. Isto revela ainda mais que os direitos fundamentais ali abordados realmente devem ser recepcionados pelo nosso ordenamento.

Para finalizar o aspecto da recepção dos direitos fundamentais pela Constituição de 1988 faz-se mister falar que o artigo 60, §4º dispõe sobre as chamadas cláusulas pétreas, ou seja, tudo aquilo que não pode ser reduzido do texto constitucional e se for alterado só poderá se for para melhor. Dentre os itens dispostos no artigo esta que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] IV – os direitos e garantias individuais”.²⁰

Com isso se percebe que os direitos fundamentais, previstos na atual Constituição são divididos cinco grupos, quais sejam: os direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade, políticos e direitos de existência de partidos políticos. Sabendo que estes direitos não são taxativos e que possuem aplicabilidade imediata e não podem ser abolidos por emendas constitucionais. Em linhas gerais tais são as principais características dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988.

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 maio. 2014.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO

Dentre os direitos fundamentais, um que se mostra bastante evidente no meio a essa polêmica da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direito fundamental à igualdade, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput* diz que:

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.²¹

Este artigo é de extrema importância no Brasil, pois durante muito tempo se viveu períodos de pré-conceitos, seja por motivos raciais decorrentes da colonização, seja por questões de opção sexual provenientes de uma cultura católica ou até mesmo por questões sociais.

Então, este direito fundamental visa quebrar essa visão preconceituosa e trazer os homens, como cidadãos a um mesmo patamar. Durante bastante tempo, se tentou encontrar a melhor forma de encarar essa igualdade, pois não adianta apenas proteger a igualdade entre as pessoas e nessa tentativa de alcançar esse bem gerar ainda mais desigualdades. Este tema sempre foi bastante discutido porque em na sociedade as pessoas são diferentes, então não adianta apenas tratar as pessoas de forma igual que a desigualdade permaneceria. Então essa perspectiva de igualdade e de como deve ser esse tratamento sofreu diversas modificações até se chegar ao modelo que se tem hoje de que a igualdade deve ser vista sob um prisma formal e material.

Alice Bianchini²² traz em seu texto sobre a igualdade que várias regras igualitárias já tentaram ser adotadas, tais como a regra das partes iguais para todos, das partes iguais para os iguais e a regra do merecimento.

²¹ BRASIL. **Constituição Federal: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 maio. 2014

²² BIANCHINI, Alice. A igualdade Material e Formal. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. Volume II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 297, *et seq.*

Segundo Alice²³, a regra das partes iguais para todos seria aquela segundo a qual os indivíduos seriam iguais na medida em que recebessem de forma igualitária os bens. Porém se percebeu que esta regra não trazia igualdade vez que, no momento de aplicação da regra, quem possuísse mais bens ia continuar sempre possuindo mais bens e tendo essa vantagem sobre as outras pessoas e isto não representaria a igualdade.

No que tange a regra das partes iguais aos iguais, Alice²⁴ traz que: “Para esta regra de distribuição, seriam dadas partes iguais de qualquer tipo especificado aos que forem iguais em alguma característica específica”. Contudo, uma falha é bem nítida aqui, que só seriam contemplados por esta igualdade aqueles que possuíssem uma característica em comum, negligenciando aqueles que não possuem esta mesma característica.

Outra tentativa de se achar a melhor regra para tratar a igualdade foi a da regra da igualdade por merecimento, como bem aponta Alice Bianchini:

Por meio de uma característica específica, identificada como mérito, é que se faz igualdade, de sorte que a quantidade de benefícios há de ser proporcional ao grau de merecimento. Quanto maior for o merecimento, maior será a recompensa. As pessoas de iguais merecimentos terão partes iguais.²⁵

Entretanto, também se percebe a falha aqui, pois a desigualdade surgiria à medida que a pessoa não possuísse aptidão para a característica específica o que o levaria a um rendimento baixo e conseqüentemente a um baixo recebimento. Por isso, depois de superadas tais ideias foi que surgiu a ideia da igualdade vista sob a perspectiva formal e material e estas, sendo bem atendidas geraria uma maior ideia de igualdade.

3.2 IGUALDADE FORMAL X MATERIAL

No processo de evolução do direito fundamental à igualdade, a concepção formal ficou bastante evidente na França, na época da Revolução Francesa, onde foi

²³ BIANCHINI, Alice. A igualdade Material e Formal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. Volume II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 297, *et seq.*

²⁴ *Ibidem*, p. 297.

²⁵ *Ibidem*, p. 298.

editada a Declaração Universal do Homem e do cidadão, onde havia a previsão de igualdade para todos os homens estampada logo no artigo 1º: “Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”²⁶

Este artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão traz a ideia de que todos os homens serão iguais diante da lei, ou seja, o tratamento jurídico dado a estas pessoas deve ser o mesmo, não podendo haver lei que tratasse estas pessoas de maneira distinta.

O Brasil recepcionou esta ideia e ao longo de suas constituições que surgiram pós revolução francesa trouxe a defesa da igualdade entre os homens. Na Constituição Federal de 1988, contudo, trouxe dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais a ideia de que todos são iguais perante a lei. Essa igualdade é conceituada de formal, no qual a lei não pode fazer distinção, todos devem ser tratados igualmente sem distinções de grupos. Bem aponta José Afonso da Silva que:

Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.²⁷

Assim sendo, igualdade formal é aquela em que todos são iguais diante da lei. Porém, analisar a igualdade apenas sob o ponto de vista formal continuaria gerando desigualdades. Com o advento do capitalismo e a sua ideia de produção, surgiu um período de exploração do homem pelo homem no qual a intenção era enriquecer independentemente das consequências e isso levou a um abismo social em nossa sociedade, onde alguns obtiveram bastante riqueza e outros passaram a viver na completa miséria.

Por isso se fez insuficiente dizer que todos eram iguais perante a lei, era preciso mecanismos que tentassem efetivar este direito, impedindo a sua violação. Quanto a isso bem aponta Carlos Roberto de Siqueira Castro:

²⁶ OLIVEIRA, Antônio Carlos. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão: íntegra do documento original.** UOL. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em 28 jan. 2014.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 214.

A tendência do constitucionalismo contemporâneo é no sentido de não limitar-se à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar na constituição medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados do Estado, ou então, de exigir, mediante coordenadas e indicativos precisos, que o legislador adote tais medidas.²⁸

Então surge a igualdade material com esta intenção de sanar estas desigualdades sociais e a única forma para isto acontecer é ter a convicção de que há desigualdades e atuar de forma desigual para controlar a desigualdade. A igualdade material reforça a ideia de tratar os desiguais de maneira desigual. Segundo Dirley da Cunha Jr.²⁹ o direito a igualdade seria justamente o direito que as pessoas tem de ser tratados igualmente na medida de suas igualdades e de forma desigual a medida que se desigualem, sendo essa a chamada igualdade material.

Essa igualdade material traz diversas polêmicas que precisam ser esclarecidas para poder se ter mais clareza acerca de como essa igualdade deve ser usada. Não é toda e qualquer desigualdade que vai permitir o tratamento desigual, existem limites para tanto, limites estes que precisam ser analisados principalmente com fins de saber como se da aplicação desta igualdade nas relações privadas.

3.3 CONTEÚDO JURÍDICO

Diante deste aspecto da igualdade sendo vista tanto sob uma perspectiva formal e material é necessário aprofundar um pouco este estudo tendo em vista uma maior compreensão do tema. Isto se dá pelo fato de que uma mera afirmação de que diante da lei todos são iguais e de que há desiguais que devem ser tratados de formas desiguais pode levar, se não bem explicadas, a uma confusão do que realmente traz este direito fundamental a igualdade.

Isto porque de um lado se pensa que realmente os homens são iguais e que devem ser tratados de forma igual e de outro lado diz-se que os homens são diferentes e precisam ser tratados de maneira diferente. Então para evitar maiores transtornos quanto ao tema faz-se necessário analisar mais a fundo este direito para se

²⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira *apud* BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (orgs.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. Volume II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 318, *et seq.*

²⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador : Jus Podivm, 2013, p. 664.

compreender melhor a sua extensão e qual é realmente o seu conteúdo, de forma a facilitar sua compreensão e aplicação.

A princípio tem que se ter em mente que ao se falar em igualdade esta se falando em comparação. Para saber se uma determinada pessoa ou objeto é igual a outro tem que se ter em mente um padrão, um modelo, para que dentro destas características se verifique a igualdade. Bem aponta Maurício Machado Marca que:

O juízo de igualdade está invariavelmente vinculado a uma comparação entre pessoas, coisas ou fatos. A comparação pressupõe a existência de no mínimo duas pessoas. O juízo de igualdade faz-se com base em algum ou alguns elementos destacados dos entes comparados entre si. A diferenciação não é fortuita, mas faz-se tendo em mira determinada finalidade. Portanto, para elaborar um juízo de igualdade (ou desigualdade) são indispensáveis: a) duas ou mais pessoas, coisas ou fatos postos em comparação; b) a eleição de um critério ou mais critérios que os distinga ou iguale; c) a finalidade para a distinção.³⁰

Diante desta explanação é possível aqui já traçar uma linha de que quando se fala em igualdade diante da lei parece estar acontecendo uma comparação dos homens enquanto espécie, do gênero humano. Desta forma a lei deve ver todos com igualdade, pois fazem parte de um mesmo grupo com mesmas características. Por outro lado, quando se pensa nos homens individualmente, com suas peculiaridades referentes a cor, gênero, idade, altura, se percebe que é necessário criar uma comparação. Deve-se escolher uma destas categorias para que haja a comparação.

Por exemplo, os homens, anatomicamente, são diferentes das mulheres. Não só isso, costuma-se citar a questão da gravidez, a mulher engravidada e o homem não. Resta claro então, que há necessidade de mais de uma pessoa para a comparação e há necessidade da escolha de um critério para a mesma. É a partir deste ponto que se analisa mais a fundo a questão do conteúdo jurídico da igualdade e como ele funciona e como deve se dar sua aplicação tendo vista as diferenças existentes entre as pessoas.

Quanto a este tópico, Celso Antônio Bandeira de Mello traz que:

Sabe-se que entre as pessoas há diferenças, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares. Assim, *exempli gratia*, são nitidamente diferenciáveis os homens altos dos de baixa estatura. Poderia a lei estabelecer – em função desta desigualdade evidente – que os indivíduos altos tem direito a realizar

³⁰ MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador a autonomia da vontade privada à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Legislação do trabalho**. São Paulo, LTR, ano 72, Julho, 2008, p. 806.

contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho?³¹

É com esta primeira explicação e questionamento Daniel Sarmiento³² explica que por mais que se tenha o primado de que se deve tratar os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades não é qualquer desigualdade que vai dar ensejo a uma discriminação ou tratamento diferenciado. A exemplo, o próprio autor traz duas situações nas quais se usa o mesmo critério de comparação onde há duas soluções diferentes.

A primeira das situações foi a trazida a cima, na qual parece inviável que as pessoas mais altas tenham o direito de realizar o contrato de compra e venda enquanto que as mais baixas não usufruiriam do mesmo direito. Porém, o critério de altura pode ser utilizado como fator de tratamento diferenciado, por exemplo, na hora de integrar a guarda de honra, nas cerimônias militares oficiais, pois neste caso, como bem explica Sarmiento³³ a situação e a justificativa permitem a discriminação. Conclui então o autor que um mesmo fator pode ou não ser utilizado como causa de discriminação a depender da situação.

É justamente diante desses fatos que se questiona em quais casos a situação concreta justificaria o tratamento diferenciado ou não. É diante disto que Celso Antonio Bandeira de Mello parece chegar a uma conclusão de extrema importância ao dizer 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 interesses prestigiados na Constituição. [...]. Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivos de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidencia certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomadas gratuitamente como *ratio* fundamentadora de *discrimen*.³⁴

Percebe-se com isso que Celso Antônio declara que os preconceitos em razão de cor, sexo, opção religiosa não devem ser aceitos em sociedade como causa de discriminação, em qualquer hipótese, sendo configurado, se isso ocorrer, uma violação ao princípio da isonomia. Para o autor, como verificado em treco de sua

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 11, *et seq.*

³² *Ibidem*, p. 12, *et seq.*

³³ *Ibidem*, p. 12.

³⁴ *Ibidem*, p. 17, *et seq.*

obra, para que a discriminação não seja atentatória a igualdade deve haver uma lógica entre o causa discriminadora e a situação concreta em que se encontram, situação esta válida juridicamente.

A partir destas constatações e da análise de que deve haver uma análise do caso para saber se é possível se fazer a diferenciação entre as pessoas é que Celso Antônio³⁵ traz critérios para que se possa “desrespeitar” a isonomia, sendo este, segundo o autor o cerne da questão do conteúdo jurídico da igualdade.

Para Celso Antônio³⁶ três são os tópicos a serem analisados diante de uma situação concreta que exija uma análise para saber se a discriminação pode ser feita. O primeiro elemento é referente ao que vai ter tomado como referência como fator de desigualação, ou seja, precisa-se saber se o critério vai ser a cor, a raça, a altura, etc. O segundo elemento reporta-se a relação existente entre o fato trazido como critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

O terceiro elemento traz a ideia da análise deste critério dentro do sistema constitucional, ou seja, se é válida juridicamente esta causa de discriminação, se existe algum amparo para esta medida, se há correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Resumindo e explicando estes fatores, Celso Antônio traz que:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda harmonia com eles.³⁷

Outro ponto a ser citado aqui, dentro do conteúdo normativo do princípio da igualdade é que este traço diferenciador não pode ser tão específico que singularize apenas uma pessoa. O *discrimen*, alcançando as condições acima citadas deve ser feito de forma a não individualizar apenas um indivíduo, deve contemplar no mínimo um grupo. Desta forma traz Celso Antônio: “A lei não pode erigir em critério

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 21, *et seq.*

³⁶ *Ibidem*, p. 21, *et seq.*

³⁷ *Ibidem*, p. 21, *et seq.*

diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.”³⁸

Diante destas premissas trazidas parece claro que não há necessariamente uma vedação a uma discriminação, porém há uma vedação quando esta é feita de forma desproporcional ou sem nexos que a justifique. Vale lembrar aqui que a proporcionalidade deve sempre ser levada em consideração nestes momentos para que se preserve ao máximo este direito constitucionalmente consagrado. Consideração de extrema importância é trazida por George Marmelstein ao dizer que:

A constituição estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consagrando inegavelmente um direito de qualquer ser humano de não ser discriminado. Essa igualdade, contudo, não é um direito absoluto. [...] Portanto, o que a constituição proíbe não é a discriminação em si, mas a discriminação desproporcional. Logo, é possível limitar o direito de igualdade, devendo, contudo, qualquer tratamento desigual ou diferenciador ser justificado através de uma argumentação convincente, pautada na proporcionalidade.³⁹

Este pensamento apenas corrobora o que Celso Antônio traz sobre o assunto, reforçando que se houver uma proporcionalidade ou uma causa justificadora do discrimen dentro dos limites constitucionais, que poderia haver uma relativização da igualdade para se fazer um tratamento diferenciado. Cabe lembrar, que parece estar claro que a regra é a preservação da igualdade como direito podendo haver a discriminação e “violação” a este direito fundamental apenas em casos específicos, após feitas as análises aqui debatidas.

Feita essa análise percebe-se realmente que o direito fundamental a igualdade não é tão simples de ser compreendido.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 23.

³⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo. Atlas; 2008, p.405.

4. PRINCÍPIOS, REGRAS E AUTONOMIA DA VONTADE

4.1 CONCEITOS E PRINCIPAIS DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Faz-se mister a este ponto do estudo aprofundar as noções sobre normas jurídicas para que se compreenda mais facilmente o que vem a ser princípios e regras e qual a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Trazer um conceito de norma não é tarefa fácil, diversos estudiosos já se debruçaram sobre o tema sem chegar, contudo, a uma definição única e universal. O que se conseguiu, no entanto, foi traçar as linhas gerais para se entender tal instituto.

Cabe, preliminarmente, traçar as linhas diferenciadoras entre dispositivo, enunciado normativo e norma, conceitos estes que permeiam o estudo sobre o tema norma. É muito comum que as pessoas, de uma forma geral, se refiram a enunciado normativo quando quer se referir a norma, ou se refere à norma pensando em dispositivo. Como se verá mais a frente, maior parte dos doutrinadores ao trazer o conceito de norma jurídica acaba esbarrando também nas questões referentes a enunciados normativos e dispositivos. Por isso a importância de se ter bem clara as suas definições para evitar maiores dúvidas.

Luís Roberto Barroso⁴⁰ traz conceitos bem claros sobre o que seria cada um destes institutos. Segundo este autor dispositivo seria: "... um fragmento de legislação, uma parcela de um documento. Pode ser o caput de um artigo, um inciso, um parágrafo". Desta forma resta claro que para ser dispositivo deve haver algo escrito, explícito em texto de lei. Enunciado normativo, por sua vez corresponderia, para Barroso⁴¹ "a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado é um texto ainda por interpretar". Logo, percebe-se aí a clara distinção entre enunciado normativo e dispositivo.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 194, *et seq.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 195.

Isto se mostra mais claro a medida que se estuda o conceito de norma, que segundo Robert Alexy⁴² o ponto de partida do estudo de norma seria a sua distinção de enunciado normativo. Para este estudioso a norma seria o significado de um enunciado, porém nem toda norma provém de apenas um enunciado, podendo uma norma ser extraída de diferentes enunciados normativos. Bem aponta Alexy⁴³: “A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa de diferentes enunciados normativos”.

Desta forma, ao se falar em norma não se pode pensar em texto, em um enunciado, pois pode haver norma sem que haja um texto a ele correlato e pode ainda haver um texto que não traga em si nenhuma norma. Por isso Humberto Ávila⁴⁴ diz que: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”.

Para maiores esclarecimentos do tema, Humberto Ávila⁴⁵ traz alguns exemplos bem elucidativos. Não há, por exemplo, dispositivo que traga o princípio da segurança jurídica ou da certeza do direito, ou seja, há uma norma mais não há dispositivo. Da mesma forma há exemplos de dispositivo sem que haja norma, qual seja o enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus. Neste último caso, apesar de haver o enunciado não há nenhuma norma referente ao mesmo.

Com isso fica claro que as normas podem vir de enunciados ou não. Diante disso a doutrina tem entendido que as normas são compostas por princípios e regras. Desta forma norma seria o gênero do qual as regras e princípios seriam espécies.

Diante disso percebe-se a importância de uma boa conceituação e distinção entre princípios e regras. Primeiramente, cabe reforçar que regras e princípios são normas jurídicas, ou seja, pois ambos dizem o que deve ser. José Afonso da Silva, ao tratar do assunto diz que as normas seriam:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p.53 *et seq.*

⁴³ *Ibidem*, p.54.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Ed. 10. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 30.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 30, *et seq.*

obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção, em favor de outrem.⁴⁶

Assim, percebe-se claramente a ideia de que princípios e regras são normas. Para corroborar o entendimento Alexy⁴⁷ diz que: “Tanto regra como princípios são normas [...] Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”

As normas jurídicas então surgem da interpretação dos enunciados e da observação social, à medida que surge a necessidade. A segurança jurídica, por exemplo, apesar de não existir nenhum enunciado sobre a questão se percebeu dentro da sociedade que era necessário estabelecer esta norma com fins de trazer maior segurança aos indivíduos como um todo. Isto bem explica Thiago Bomfim ao dizer que:

Os princípios que hoje povoam o imaginário do direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético, moral ou religioso. As normas jurídicas nascem da observação social. O direito não cria suas normas em um laboratório hermenêutico, alheio às vicissitudes da evolução social. O valor que a norma protege não é criado em um passe de mágica no momento em que ela entra em vigor. A evolução do sistema jurídico representa a evolução dos valores necessários ao melhor controle da vida em sociedade. Valores que se originam, muitas vezes, em outros campos do saber, posteriormente transformados em normas jurídicas.⁴⁸

Diante disso o que Thiago Bomfim⁴⁹ quer trazer é que quando determinados valores precisam ser protegidos, independentemente de enunciados jurídicos existentes, normas jurídicas são criadas para proteger tais valores. O que ele explica é que no âmbito do ético, moral, social e religioso, se há uma violação a uma de suas regras a única sanção que o indivíduo pode sofrer é por aqueles que fazem parte do grupo e esta sanção é meramente social, de forma que a pessoa pode, por exemplo, ficar impossibilitado de voltar ao local do encontro, em se tratando de normas religiosas, mas não há possibilidade de uma sanção jurídica.

Com isso, para que haja a inteira proteção, se transformam estes valores sociais, religiosos ou éticos em normas jurídicas dotadas de eficácia, que vai gerar uma

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 91.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 87 *et seq.*

⁴⁸ BOMFIM, Thiago. **Os princípios Constitucionais e sua força normativa**. Salvador, Jus Podivm, 2008, p. 61.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 61, *et seq.*

coercibilidade com o objetivo de proteger determinado bem. Esta norma então pode surgir por meio de regras proibitivas ou por meio de princípios.

Resta claro que princípios e regras são figuras extremamente importantes na análise dos direitos, seja para determinar a possibilidade ou não de restrição destes direitos ou até mesmo para entender a dinâmica destes preceitos fundamentais nas relações humanas. É assim que entende Robert Alexy ao proferir:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.⁵⁰

Porém, como já visto, apesar de ambos serem normas, são bem distintos uns dos outros. Cabe então perpassar pelos traços distintivos destas espécies de normas para dúvida alguma reste quanto a cada um destes institutos. A doutrina traz diversos critérios de diferenciação, alguns destes sendo abordados de uma forma geral e outros, por sua vez, são abordados por pequena parte da doutrina, porém não menos importantes.

Um dos critérios de diferenciação é o da generalidade. Segundo este critério, o grau de generalidade em relação aos indivíduos determina se será uma regra ou um princípio. A generalidade esta ligada, neste ponto, a uma ideia de que pode alcançar um maior número de pessoas e situações, bem como a possibilidade de maiores interpretações. Por isso os princípios possuem um grau maior de generalidade do que as regras.

Diante disso pode se destacar que os princípios seriam, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁵¹

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p.85 *et seq.*

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo; Malheiros, 2013, p. 54.

Já as regras, por outro lado, por não possuírem tanta abstratividade são normas diretas, que trazem conceitos que normalmente não demandam uma análise hermenêutica mais aprofundada para entender o seu conteúdo.

4.2 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE REGRAS

Segundo Robert Alexy⁵², a solução de conflito entre princípios ocorre de forma diferente da solução de conflito entre regras. A solução de conflito entre regras é mais simples, ocorrendo quando há uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou quando uma das regras for considerada inválida.

Ronald Dworkin⁵³ chama este fenômeno de tudo ou nada, enfatizando que: “As regras são aplicadas à maneira tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

A exemplo temos uma regra que diz que pode entrar em determinado recinto com animais e uma outra que diz que não pode. No caso de escolha entre umas das regras a outra deve ser invalidada, a não ser que haja a cláusula de exceção, que elimina o conflito.

4.3 SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

A solução de conflitos entre princípios se opera de forma extremamente diversa daquela aplicada ao conflito entre regras. Bem explica Robert Alexy⁵⁴ quando há colisão entre princípios não se usa a cláusula de exceção, onde um dos princípios prevaleceria de forma absoluta em detrimento do outro. No caso de um princípio permitir determinada prática e outro princípio proibir um dos princípios ter que ceder, o que não significa que o princípio cedente seja considerado inválido, tanto é que em outra situação poderá ser amplamente utilizado.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p.91 *et seq.*

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo; Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *op cit*, p.93 *et seq.*

O que se pretende diferenciar aqui, com relação a solução de conflito entre regras é que neste último a solução se dá com base na dimensão da validade. Quando uma norma deixa de ser válida ela para de gerar efeitos, não podendo ser mais aplicada. Tal não ocorre com os princípios e por isso, como bem afirma Alexy⁵⁵, os conflitos entre princípios são solucionados na dimensão do peso.

O que parece claro aqui neste ponto é que, ao se falar de peso na solução de conflito entre princípios, se está trazendo a ideia de caso concreto, ou seja, diante de cada situação em que envolva colisão de princípios uma análise deve ser feita para se apurar qual destes princípios deve pesar mais na situação para ser utilizado. Robert Alexy inclusive ressalva que:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão seja resolvida de forma contrária.⁵⁶

Isto ressalta mais uma vez, que este “sopesamento” não gera invalidade do outro princípio, ele apenas cede espaço para o outro princípio na situação específica. Alexy⁵⁷ inclusive afirma que: “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”

Válido citar aqui, ainda sob a perspectiva do ilustre Alexy⁵⁸, que para que haja o sopesamento em sentido amplo deve ser respeitada a máxima da proporcionalidade. Esta máxima prevê que para a solução do conflito no caso concreto deve-se analisar três fatores, quais sejam, a adequação, a necessidade (que corresponde a solução menos gravosa, mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito, que seria o próprio mandamento do sopesamento. Evidente é que o que se quer passar com isso é que este deveria ser, de certa forma, uma espécie de critérios objetivos no momento da escolha do princípio que vai ser utilizado.

Diante de uma situação concreta, quando há colisão de princípios deve-se pensar qual será o princípio mais adequado para a situação e que gerará menos danos aos

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 94 *et seq.*

⁵⁶ *Ibidem*, p.96.

⁵⁷ *Ibidem*, p.91 *et seq.*

⁵⁸ *Ibidem*, p.116 *et seq.*

envolvidos e por fim, deverá haver a proporcionalidade. Isto se reflete no próprio fato de o princípio ser visto como mandamento de otimização, ou seja, deve ser preservado para abranger o máximo de situações possíveis e não apenas uma situação específica, por isso o cuidado na hora da análise da ponderação.

Então, no que tange aos princípios, o que se pretende na solução de seus conflitos é preservar o máximo que se puder de ambos. O princípio funciona como mandado de otimização, na tentativa de abranger o maior número possível de casos.

4.4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE UMA PRÉVIA HIERARQUIZAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Há, neste ponto, a necessidade de se analisar a possibilidade ou não de um princípio já ingressar em um conflito com uma prévia hierarquia quanto ao princípio conflitante. Há de se analisar, neste ponto a possibilidade de uma maior objetividade na solução do conflito ou se é realmente necessário, diante de cada caso concreto, uma análise pormenorizada.

Segundo Humberto Ávila⁵⁹ esta problemática de hierarquização abrange dois planos, sendo um concreto e um abstrato. O plano concreto compreende, segundo o autor, um conflito já existente e neste caso precisaria se saber qual norma imperaria neste caso. Nas próprias palavras de Humberto Ávila se tem que: “No plano concreto, importa saber qual norma deverá prevalecer em caso de conflito, o que pressupõe uma contraposição concreta entre normas jurídicas.”⁶⁰

Conclui ainda Humberto⁶¹ que, para estes casos é importante perceber que existe aqui uma regra concreta de preferência entre as normas que estão em conflito diante do caso concreto. Resta claro então, e aqui se encontra umas das principais distinções entre o plano concreto e o abstrato é que no plano concreto a estrutura argumentativa ocorre em cima de uma situação já posta e esta solução vai gerar uma prevalência de uma das normas.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126, *et seq.*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁶¹ *Ibidem*, p. 126, *et seq.*

Por sua vez, o plano abstrato teria duas vertentes a serem analisadas, a primeira sendo a referente a possibilidade de se ter normas de superior hierarquia decorrentes do próprio ordenamento, normas que, por serem superiores, em qualquer situação e em conflito com qualquer outra norma possuiriam uma prevalência. O segundo sentido do plano abstrato, diferente da primeira vertente, diz respeito a uma análise interna, para saber se dentro de um ordenamento existiria uma relação de dependência entre normas jurídicas. Isto é bem esclarecido por Humberto Ávila:

No plano abstrato, há dois problemas a resolver. De um lado, importa saber se algumas normas jurídicas possuem hierarquia superior, no sentido de uma preferência imanente ao sistema jurídico, de caráter definitivo ou relativo, relativamente a outras normas. De outro lado – e esta é uma questão completamente diferente – é preciso saber quais são as relações de dependência (Abhängigkeitsbeziehungen) existentes entre as normas jurídicas dentro de um sistema jurídico específico.⁶²

Ainda demonstra um pouco melhor esta ideia ao dizer:

[...] no plano abstrato há dois aspectos diferentes: uma relação de prevalência abstrata entre normas e uma relação de conexão de sentido entre normas. A primeira hipótese, de prevalência abstrata, é normalmente apresentada como uma relação de hierarquia e pressupõe descobrir qual norma “vale mais” ou se “sobrepõe”. A segunda hipótese, de conexão de sentido, por vezes é apresentada como uma relação de hierarquia, mas recebe também a denominação de ordenação interna[...].⁶³

Parece-nos aqui, que neste ponto se fará uma análise dessa análise no plano abstrato, ou seja, não diante de um caso concreto e sim em um plano amplo, para saber se, de uma forma geral, há a possibilidade de um princípio constitucional se mostrar previamente superior a outro em caso de conflitos.

Para Humberto Ávila⁶⁴ faz-se necessário neste ponto explorar os postulados normativos aplicativos, que não seriam, segundo ele, nem princípios e nem regras, mas seriam metanormas que orientariam a aplicação das demais normas. Estes postulados deveriam ser embasados na razoabilidade, proporcionalidade e vedação do excesso, e uma vez estabelecidos estes postulados, deveriam ser utilizados na aplicação das demais normas.

O que existe aqui é a possibilidade, por exemplo, de se diante de uma determinada lacuna ou possível conflito se fazer uma análise prévia com base, mais uma vez, na

⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126, *et seq.*

⁶³ *Ibidem*, p. 126, *et seq.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 135, *et seq.*

proporcionalidade, razoabilidade e vedação do excesso, poderá se chegar a um resultado que seria o postulado normativo e, caso surgissem casos que pudessem ser resolvidos pela aplicação deste postulado que o mesmo deveria ser feito. Desta feita, se um postulado disser que determinado principio se colidir com outro deve ser respeitado por se entender que assim se preservará melhor o ordenamento este postulado deve ser respeitado.

Segundo Humberto Ávila⁶⁵, portanto, alguns procedimentos devem ser adotados na construção deste postulado normativo. Dois merecem destaque, quais sejam a necessidade de levantamento de casos e o exame da fundamentação que levou a tais decisões.

O que se conclui com isto é que, tendo sendo feita a avaliação dos julgados, bem como suas fundamentações, os postulados surgirão e serão utilizados em possíveis situações futuras. Desta forma, quanto mais eles forem aplicados, mais se terão decisões uniformes e isso levará, em determinado momento a uma certa objetividade.

Isto se dará, por exemplo, quando uma colisão entre princípios for resolvida pela aplicação destes postulados, à medida que isto for sendo feito, chegará um ponto que quando estes princípios chocarem já se terá uma ideia de qual princípio dará lugar ao outro, pois diversos conflitos semelhantes já foram resolvidos no mesmo sentido devido à aplicação dos postulados. Então, por isso Humberto Ávila acredita na possibilidade de uma prevalência prévia de um princípio sobre outro, pois os postulados uma vez criados e bem aplicados vão criar esta tendência aplicativa.

Pensamento interessante, também, é o trazido por Ana Paula de Barcellos⁶⁶, segundo a qual a ponderação pode ocorrer tanto em concreto, quanto em abstrato. A ponderação em concreto seria aquela feita diante de um caso concreto, analisando-se apenas as peculiaridades trazidas por aquele caso em consideração. Já a ponderação em abstrato seria uma observação contínua de experiências e interpretações que formariam um banco de dados extraídos destas análises que trariam um parâmetro de solução caso uma situação concreta surja dentro do que já foi ponderado em abstrato.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141, *et seq.*

⁶⁶ BARCELOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p. 60, *et seq.*

Exemplo elucidativo é trazido pela própria autora Ana Paula⁶⁷ ao citar um grupo de professores que se encontra para debater o conflito entre liberdade de imprensa e informação e intimidade pessoal. Nesta reunião os professores formulam perguntas e possíveis soluções ponderativas para que quando um caso em concreto aparecer possa se utilizar o que se concluiu desta reunião. Este exemplo mostra claramente o que seria esta ponderação em abstrato. Ana Paula reforça dizendo: “Como se percebe, os modelos descritivos foram construídos por meio de uma ponderação feita em abstrato e eles servirão de parâmetro para o aplicador no momento em que este se debruçar sobre casos concretos.”⁶⁸

Este modelo de ponderação traria uma maior segurança jurídica, na medida em que se teria uma maior uniformização à interpretação das normas constitucionais e não se deixaria completamente ao arbítrio do juiz a solução de determinado caso. Bem aponta Ana Paula de Barcellos ao dizer que:

Se a ponderação é inevitável, por conta da complexidade da sociedade contemporânea, da estrutura estatal e da própria Constituição, isso não condena os cidadãos a dependerem cegamente de cada intérprete e de suas concepções pessoais. Parâmetros – e aqui se estará tratando de parâmetros normativos – não só podem como devem ser buscados para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica da norma.⁶⁹

Adepto a esta ideia de que um alto grau de subjetividade traria uma falta de segurança jurídica encontramos também Virgílio Afonso da Silva que diz:

No caso dessa última, embora seja óbvio que não se pode imaginar uma previsibilidade absoluta, alguma possibilidade de previsibilidade é necessária, e isto traz consigo ideias como as de segurança jurídica, coerência e consistência. Em outras palavras: garantir ou aumentar a objetividade na interpretação do direito e, também, no sopesamento, significaria garantir ou aumentar a realização dessas duas variáveis, ou seja, garantir ou aumentar a possibilidade de controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade.⁷⁰

Com isso parece pertinente esta primeira observação quanto à possibilidade de uma ponderação abstrata, que seria justamente esta ideia de trazer maior segurança jurídica para aqueles que, por algum motivo precisam acionar a prestação jurisdicional. Esta segurança jurídica, pode-se dizer, seria fruto de uma certa

⁶⁷ BARCELOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p. 60, *et seq.*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 68.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cartada (orgs). **Direito e interpretação**. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 367, *et seq.*

objetividade que esta ponderação trará para os julgamentos futuros de casos em concreto que surjam e digam respeito à matéria tratada.

Cabe diante disso, nos reportar a Virgílio Afonso da Silva⁷¹ que tem o entendimento que uma subjetividade exacerbada no momento da solução de conflitos normativos traz prejuízos aos tutelados, além da insegurança jurídica que o mesmo traz por deixar na pura conveniência do julgador decidir aquele caso com base no que lhe parece correto. Contudo, de forma bem explicada, aponta que não se pode ter um método totalmente objetivo, no qual se tire por completo uma certa subjetividade no momento do julgamento. Esclarece isto ao dizer:

Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ter sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável.⁷²

Desta maneira, o que estamos tentando esclarecer aqui é que não esta sendo proposto nenhum método extremamente radical que exclua por completo outras hipóteses. O que resta demonstrado é que deve-se buscar maior objetividade, para gerar mais segurança jurídica.

Ana Paula de Barcellos⁷³ em consonância com este pensamento, dentro da sua teoria da ponderação abstrata, revela que se surgir um caso concreto que não consiga encontrar respaldo na análise em abstrato que já foi feita devido a seus elementos fáticos o que se deve fazer é uma ponderação em concreto e este resultado desta análise em concreto será incorporado ao modelo geral com fins de o aprimorar.

Neste ponto o que se percebe é que é afastada também a possibilidade de um engessamento do direito, demonstrando que, caso a ponderação em abstrato não seja suficiente, nada impede que uma ponderação em concreto seja feita. Contudo, ao final deste processo o que se encontrar de resultado deve ser incorporado ao modelo geral para que, caso nova situação com os mesmos elementos surja não se

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cartada (orgs). **Direito e interpretação**. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 367, *et seq.*

⁷² *Ibidem*, p. 367, *et seq.*

⁷³ BARCELOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, 62, *et seq.*

necessite mais de nova ponderação. É exatamente isto que Ana Paula de Barcellos diz:

Uma vez que se proceda a uma ponderação em concreto, a solução adotada naquele caso poderá aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato. Isto é, o modelo geral deverá incorporar os novos dados fáticos que se verificam no caso concreto, assim como a solução a que se chegou em função deles, de tal modo que, caso eles se reproduzam novamente em situação análoga, não será mais necessário recorrer à ponderação no caso concreto.⁷⁴

Diante então dessa explanação percebe-se que parece ser possível trazer uma maior segurança jurídica ao trazer uma maior objetividade aos julgamentos que envolvam conflitos de princípios através da ponderação em abstrato. Lembrando, entretanto que, por serem mandamentos de otimização, esta maior objetividade não exclui a possibilidade de que se mostre ser mais viável uma aplicação diferente no caso concreto, pois, como foi exposto, não existe objetividade plena no direito.

Resta então, traçar, em linhas gerais, os parâmetros e aspectos que tornariam possível essa maior objetividade, ou seja, de que forma aconteceria a ponderação abstrata e de que forma se conferiria uma maior objetividade nestes julgamentos em que se perceba uma colisão de princípios fundamentais.

Para que se alcance um maior grau de objetividade na solução de conflitos normativos um elemento parece ser essencial, qual seja a análise dos precedentes judiciais que se refiram a casos de semelhantes elementos fáticos. A análise desses precedentes ajudaria de uma certa forma a formar um banco de dados para a ponderação em abstrato. Ou seja, para se saber como um conflito deve ser resolvido, de forma abstrata, não se pode deixar de analisar como vem sendo o entendimento da jurisprudência a respeito do tema para que se chegue a uma ideia do que parece ser mais adequado.

Dessa forma, poderia começar a se chegar a uma conclusão em abstrato, tendo feito essa análise para que assim, se uma situação concreta ocorrer poder se utilizar deste estudo já feito para aplicar na situação nova. Isto bem explica Virgílio Afonso da Silva ao dizer que:

Respeito a precedentes pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um

⁷⁴ BARCELOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p. 66.

sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores. Quando existe um histórico coerente de decisões jurisprudenciais, há um grande ônus argumentativo para esse histórico seja contrariado.⁷⁵

Porém, a análise dos precedentes judiciais não é única medida a ser tomada para que se fuja de uma subjetividade extrema, diversos outros fatores são abordados, mas um outro que merece atenção é o chamado controle social defendido por Virgílio Afonso da Silva⁷⁶, segundo não seria um controle por um órgão jurisdicional e sim um controle da própria população, da imprensa e da comunidade acadêmica para saber se estes precedentes e estas decisões são válidas. A conclusão trazida quanto a isso por Virgílio Afonso da Silva é a de que:

Quanto maior for o controle, quanto maior for a transparência, quanto maior for a publicidade das decisões de um determinado tribunal (na internet, por exemplo), tanto menor será a possibilidade de decisões ad hoc. Com isso, aumenta-se a segurança, a previsibilidade e, parece-me ser possível afirmar, a objetividade.⁷⁷

Desta forma se constrói as linhas gerais da possibilidade de uma maior objetividade na solução de conflitos, para trazer maior segurança jurídica, e dois dos elementos utilizados para tal é são a observação dos precedentes judiciais do Estado e o controle social destas decisões. Isto seria, em outras palavras, uma ponderação em abstrato, uma forma de análise previa para que quando o caso concreto surgir não seja necessário uma nova análise e sim a utilização do que já foi analisado.

Lembrando, mais uma vez, que estes parâmetros não são feitos para trazer uma objetividade plena, e sim uma orientação com fins a possibilitar uma maior segurança jurídica para aqueles que porventura venham se encontrar em situações concretas que demandariam uma ponderação concreta.

Neste ponto cabe lembrar o posicionamento de Alexy quanto a este tópico. Alexy é adepto da ideia que não é possível se trazer uma ordenação previa de valores constitucionais e em suas próprias palavras diz que: “É fácil perceber que uma ordenação abstrata de valores constitucionais, não importa se cardinal ou ordinal, é inaceitável.”⁷⁸

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cartada (orgs). **Direito e interpretação**. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 376.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 377, *et seq.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 378.

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 160.

Porém, diante de uma leitura superficial a impressão que se tem é de que Alexy é radical quanto a essa ideia e que, realmente, em nenhuma hipótese, se poderia ter uma prevalência prévia de um princípio sobre o outro. Mas isso não é verdade. O que Alexy defende é a não possibilidade de distinção hierárquica entre princípios, contudo sua visão não é fechada pois afirma que isto não exclui uma ordenação mais flexível. Esta ordenação flexível seria a preferência *prima facie* de um princípio sobre o outro pela análise da jurisprudência sobre o assunto. Dessa forma, se um novo caso concreto surgir com as mesmas características, pode-se pensar nessa preferência, o que não exclui, segundo ele o sopesamento. Dessa forma afirma Alexy:

A impossibilidade de uma ordenação “rígida” não implica a impossibilidade de uma ordenação “flexível” e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas de preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou dos interesses coletivos.⁷⁹

Com isso percebe-se que, até os mais “conservadores” com relação ao tema parecem não trabalhar com conceitos absolutos, permitindo, em determinados casos que se possua uma certa preferência de um determinado valor constitucional em detrimento do outro. Elemento que se mostra bastante importante diante deste tema proposto é a observação do comportamento dos tribunais no que tange à matéria que possivelmente será apreciada no caso concreto nas hipóteses de soluções de conflitos.

4.5 PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO

Como já ficou claro até neste estudo, os princípios são mais abrangentes e genéricos que as regras. Enquanto as regras se propõem a regular uma situação específica e de forma que deve ser feito exatamente o que nela está disposto ou deixar de fazer o que ela proíbe, os princípios são basicamente o oposto.

Na precisa lição de Robert Alexy o cerne desta questão é:

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p.162, *et seq.*

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁸⁰

Desta forma o que se destaca é que os princípios são feitos para abrangerem o maior número de situações possíveis, podendo ser aplicado em diversas situações concretas dentro das possibilidades existentes. Quando se fala no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, se pensa que este princípio deve nortear os indivíduos em todas as situações possíveis. Este é um dos motivos pelo qual ao solucionar um conflito entre princípios não se pode invalidar o princípio que cedeu espaço ao outro, pois este princípio pode e deve ainda ser utilizado em diversas outras situações. Por isso se dizer que os princípios são mandamentos de otimização.

4.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Como sabemos, o Estado só pode fazer o que a lei lhe permite, estando ele adstrito à legalidade. Porém, tal premissa não se aplica ao particular, pois esse é regido pela ideia de que se pode fazer tudo que não seja proibido em lei. De antemão já fica claro que ao particular é dado um espaço de livre atuação, podendo ele fazer, contratar e agir da forma que lhe parece conveniente, contanto que não implique em alguma limitação imposta seja por lei expressa ou algum dos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Com isso, podemos utilizar aqui o exemplo do homicídio. Existe um artigo do código penal que prevê que é crime matar alguém, inclusive com cominação de pena para quem praticar este ato. Logo, não poderia o particular praticar tal ato pois este é explicitamente proibido. Por outro lado, não existe nenhuma proibição em lei para que este particular pratique um contrato de compra e venda, logo, poderá praticar tal ato. Esta liberdade dada ao homem de gerir a sua vida particular dentro daquilo que é lícito é uma primeira noção da autonomia da vontade.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008, p.90.

Não há na Constituição brasileira hoje nenhum dispositivo que regule explicitamente a autonomia privada, mas este princípio pode ser claramente extraído de diversas normas constitucionalmente previstas. Bom exemplo é o trazido por George Marmelstein⁸¹ ao dizer: “Pode-se mencionar, ainda, como fonte normativa para a proteção da autonomia da vontade o art. 5º, inc. II, que diz que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei””.

Ainda segundo George Marmelstein, para corroborar esta ideia inicial de autonomia da vontade, temos que:

Há, ainda, dentro do artigo 5º, uma proteção implícita à autonomia da vontade, aqui entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com os seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia.⁸²

Pode-se ainda encontrar diversos outros conceitos de autonomia privada, todos com o mesmo viés e mesma significação de que será o poder de “auto-regulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, principalmente nos princípios sociais contratuais.”⁸³

Parece oportuno trazer algumas definições trazidas por alguns doutrinadores quanto a este princípio para que se possa perceber que em todos eles os elementos de auto regulamentação e faculdade das partes estão sempre presente quando se fala em autonomia da vontade.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.⁸⁴

Lição interessante também é a de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, ao trazerem que:

⁸¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

⁸² *Ibidem*, p. 94, *et seq.*

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords). **Direito Contratual**. São Paulo, Método, 2009, p. 49.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

A autonomia da vontade, nessa linha, vista no plano da bilateralidade do contrato, pode ser expressa pelo denominado consensualismo: encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual.⁸⁵

A autonomia privada, então, regula a atuação do indivíduo na sua esfera particular. Daqui já se pode fazer algumas considerações importantes a respeito deste princípio. A sua maior visualização se encontra dentro dos negócios jurídicos, principalmente nos contratos, pois não se pode entender os mesmos sem essa noção de liberdade. É neste ponto que este direito encontra sua maior relevância.

Segundo Mário Figueiredo Barbosa:

É a liberdade de contratar, primeiro aspecto da autonomia da vontade, uma vez que o homem decidiu-se a contratar e escolher com quem fazê-lo, é igualmente livre na concepção liberal individualista para estipular as cláusulas que lhe atendam a seus interesses e satisfaçam suas necessidades, podendo ditá-las com plena soberania, sem submeter-se a nenhuma coação ou imposição de autoridade superior.⁸⁶

Contudo, esta liberdade de contratar, de regular os aspectos da vida privada não é absoluto, encontrando alguns limites dentro do próprio ordenamento jurídico. Uma primeira limitação é encontrada no próprio conceito de autonomia privada trazida por George Marmelstein quando este diz que: “Cada um deve ser senhor de si, agindo como responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia.”⁸⁷

Percebe neste ponto que uma determinada pessoa no gozo de sua liberdade não pode privar terceiros do uso de suas liberdades. A disposição da autonomia privada de uma determinada pessoa tem que gerar efeitos apenas entre as partes que fazem parte da situação. Além disso, com a superação da dicotomia direito público *versus* direito privado e a constitucionalização do direito o direito privado, bem como a autonomia da vontade passaram a ser analisadas levando em contas os direitos de ordem pública.

Aqui cabe ressaltar então, que uma pessoa não poderia, em prol da sua autonomia privada praticar um ato que expusesse um terceiro a uma situação em que lhe fosse retirado algum direito fundamental. A exemplo disto temos a situação em que um indivíduo estabelece um contrato de prestação de serviços no qual a pessoa

⁸⁵ GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

⁸⁶ BARBOSA, Mário Figueiredo. **Autonomia da Vontade.** Salvador: JM gráfica, p. 8.

⁸⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

trabalharia em situações análogas de escravo. Neste ponto, apesar de se saber que as partes são livres para contratar, mesmo que o prestador de serviços concordasse este contrato não seria válido.

Bem aponta quanto a isso Rose Melo ao dizer que:

Assim, a atuação da vontade individual após a constituição Federal de 1988 é remodelada pela observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial que integram o estado social de Direito delineado pelo constituinte.⁸⁸

Diante destes delineamentos gerais já é possível entender um pouco mais este princípio tão importante para o direito privado, não perdendo de vista, contudo, pelo que foi visto, que a autonomia da vontade não pode ser utilizada a qualquer custo. Se a autonomia da vontade fosse absoluta nos parece que se estaria dando uma carta em branco para que os particulares pudessem desrespeitar direitos fundamentais sem maiores consequências com o argumento de que a sua autonomia privada o autorizaria.

Então, para concluir, percebe-se a extrema importância deste princípio para a ingerência do homem em sua vida privada, mas não se pode perder de vista a relativização deste princípio, diante dos limites a ele acima trazidos.

⁸⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83.

5 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

5.1 HISTÓRICO

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, primeiramente, tem sido uma construção doutrinária e jurisprudencial. Isto é devido ao fato de não se possuir no ordenamento jurídico brasileiro, nem na Constituição, nem em normas infraconstitucionais, dispositivo que regulamente esta eficácia. Diante dessa lacuna legislativa, tem-se feito uma análise da evolução dos direitos fundamentais no Brasil, para ver se é viável ou não a sua aplicação nas relações que envolvam particulares e se possível em que medida.

Durante o período do Estado Liberal os direitos fundamentais eram vistos apenas como limitadores da ação estatal, seriam uma forma de impedir as arbitrariedades do estado contra os cidadãos. Assim, ficava claro que o destinatário de tais normas era o Estado. Bem aponta Wilson Steinmetz que: "... os direitos fundamentais, invenção do constitucionalismo liberal, foram concebidos exclusivamente como limites ao poder do Estado. Eram direitos que se reportavam à relação indivíduo-Estado"⁸⁹.

Neste contexto é possível perceber que o princípio vigente era o da autonomia da vontade, uma vez que o cidadão poderia fazer tudo que não fosse proibido na lei. Assim, a regra era a autonomia privada e como exceção apareciam as proibições. Diferentemente do Estado, que só poderia fazer o que estava previsto na lei. Assim pensa Wilson Steinmetz:

Já em relação aos particulares, também em virtude do princípio da liberdade, vigorava o princípio da autonomia privada. Para fazer algo, os particulares não necessitavam de autorização legislativa, porque a autonomia privada era a regra. A lei se operava como limite externo à autonomia privada. Em outros termos, a autonomia privada só deixava de operar quando transpusesse o limite estabelecido em lei. Para os particulares, tudo o que não estava proibido estava permitido.⁹⁰

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 64.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 65.

Contudo, com o passar do tempo, alguns paradigmas foram quebrados e algumas concepções se fortaleceram, o que, de certa forma, quebrou o pensamento de que só haveria uma eficácia vertical (entre estado e os cidadãos) dos direitos fundamentais.

Uma das mudanças foi justamente na ideia que o Estado seria o único detentor de poder e o único que geraria insegurança para a sociedade. Virgílio Afonso da Silva bem chama atenção a este ponto ao dizer: ... “nem sempre é o estado que significa maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.”⁹¹ Este entendimento é também aceito por Wilson, ao trazer um conceito de poder bastante esclarecedor:

“(re)define-se, aqui, poder como relação entre, no mínimo, dois atores ou sujeitos (individuais ou coletivos) na qual um dos autores tem (i) a capacidade de induzir, determinar ou obrigar o outro a fazer algo, em uma determinada esfera ou âmbito da vida, que de outra forma não faria ou (ii) a capacidade de impedir, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que o outro faça algo que desejaria fazer.”⁹²

Ora, é bem claro que existe, nas relações entre particulares (relações horizontais) a capacidade de induzir ou impedir que o outro faça ou deixe de fazer alguma coisa. Logo, não seria lógico, pelo argumento do poder, restringir a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, vez que estes, diante desse conceito de poder, o possuem e o usam.

O Brasil é um país acentuadamente desigual, o que faz com que os detentores das riquezas tenham poder sobre os menos favorecidos. Então não há porque não pensar na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas como um limite também a essa exploração que pode ocorrer entre particulares decorrente do poder. Por isso aponta Wilson que: “De fato, os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela CF.”⁹³

Diversas outras mudanças e fundamentos constitucionais poderiam ser apontados como prova da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porém, vale frisar mais um elemento, qual seja: Supremacia da Constituição.

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 18

⁹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p. 86.

⁹³ *Ibidem*, p. 91.

A supremacia da constituição, também conhecida como princípio da constitucionalização, revela que a Constituição Federal como o topo do ordenamento jurídico brasileiro. Isto levou a um fenômeno chamado de constitucionalização do direito, ou seja, os diversos ramos do direito passaram a ser vistos com base na constituição. Todas as demais normas devem estar de acordo com esta norma superior. Virgílio Afonso da Silva bem aponta que:

Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção [...] à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto desta irradiação, ao qual se dará maior ênfase, como indica o título desta investigação, revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.⁹⁴

Assim, com estes argumentos é possível perceber, que em algum nível os direitos fundamentais afetam os particulares em suas relações, contudo, divergências surgiram quanto à forma e o grau de vinculação dos particulares a tais direitos. Neste ponto, a dúvida não paira mais sobre se há ou não eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sim como se da essa eficácia.

Diversas teorias surgiram a este respeito, as quais serão analisadas pormenorizadamente neste capítulo, quais sejam a teoria da eficácia direta, indireta, da ação estatal e até mesmo a teoria do imperativo da tutela.

5.2 EFICÁCIA DIRETA

Diante da visualização da possibilidade de eficácia do direito fundamental às relações particulares, há quem entenda que esta eficácia é direta ou imediata, ou seja, as normas constitucionais são aplicadas imediatamente e de forma irrestrita nas relações entre particulares, a norma se subsume diretamente ao fato concreto envolvendo particulares. Com efeito, deste modo instrui Virgílio Afonso da Silva:

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 Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados.⁹⁵

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Malheiros, 2005, p 18.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 86

Duas características se mostram evidentes neste momento. A primeira delas é referente a desnecessidade de legislação para fundamentar a aplicação desses direitos nas relações privadas. O segundo elemento que parece estar ligado ao fato de que não há necessidade de se fazer nenhuma interpretação desses direitos para que eles sejam aplicados, pois os mesmos têm eficácia direta.

Esta tese da eficácia direta encontra precedentes na Alemanha, em um caso conhecido como “caso Luth”. Neste episódio, Erich Luth, convocou diversas pessoas, dentre elas produtores cinematográficos, para boicotarem os filmes de Veit Harlan, que era produtor de filmes e propagandas do regime nazista. Isto, ao chegar ao judiciário Alemão, foi decidido que estava envolvido no caso o direito fundamental a manifestação e que por isso não deveriam haver maiores consequências para Luth, pois segundo a corte os direitos fundamentais teriam eficácia direta, mesmo nas relações entre particulares.⁹⁶

Esta decisão foi dada depois de Luth não obteve êxito com a questão diante do Tribunal Estadual, que o condenou a pena pecuniária ou pena de prisão pois entendeu que o pedido dele de que os proprietários de salas de cinema não incluíssem em suas programações o filme de Harlan e o pedido ao público para que não assistisse o filme foi uma convocação imoral ao boicote.⁹⁷

Diante desta derrota, Luth entrou com uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão dizendo que o Tribunal Estadual feriu seu direito fundamental à livre expressão do pensamento. O Tribunal Constitucional chegou à conclusão de que o Tribunal Estadual desconheceu o significado do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. Desta forma o Tribunal Constitucional acolhe o pedido de Luth, dando a entender que o direito fundamental, mesmo diante de conflito com direitos privados, deve prevalecer, ensejando a ideia da eficácia direta dos direitos fundamentais.⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal também entende desta forma. O Recurso Extraordinário 158.215 é referente a uma cooperativa que havia expulsado alguns

⁹⁶ CORREA, Fernando. **Liberdade de expressão tem lugar de honra na hierarquia de valores.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-24/liberdade_expressao_ocupar_lugar_honra?pagina=5>. Acesso em: 06 nov. de 2013.

⁹⁷ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Uruguai, Konrad-adenauer-stiftung E.V, 2005, p. 385.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 385, *et seq.*

de seus associados sem observar as devidas normas do contrato a respeito desta possibilidade e restringindo o direito de defesa dos mesmos. Neste julgado, o STF entendeu que a ampla defesa é preceito de ordem pública e que a aplicação direta deste direito deveria conferir um direito subjetivo aos associados expulsos da cooperativa a serem reintegrados e terem um julgamento com respeito a esse direito fundamental.⁹⁹

Outro julgado interessante nesta mesma linha foi o do Recurso Extraordinário 201.819-8, referente à União Brasileira de Compositores. O processo é referente a exclusão de um sócio que descumpriu resoluções da sociedade que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Contudo essa exclusão ocorreu sem que fosse respeitado o direito constitucional da ampla defesa, pois não foi possibilitado ao sócio o seu direito de defesa. A empresa, contudo, alegou que este princípio é inaplicável pois não se trata de órgão da administração pública, mas entidade de direito privado, dotada de estatutos próprios, que disciplinam seu relacionamento com o sócio.¹⁰⁰

Na decisão a Supremo entendeu da seguinte forma:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.¹⁰¹

Essa teoria, entretanto, é minoritária. O próprio Virgílio Afonso da Silva afirma que “A teoria da aplicabilidade direta é amplamente minoritária em praticamente todos os países em que o tema é objeto de estudo sistemático.”¹⁰² Contudo, ainda há países

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 158215. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2EENUME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lm5m96v>>. acesso em 30 março de 2014.

¹⁰⁰ PEDRO, Duque. **246_caso UBC - RE_201819**. Disponível em: <www.scribd.com/doc/91087677/246-Caso-RE-201819>. Acesso em 21 dez. 2013.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p. 94

que adotam esta teoria como a prevalente, como é o caso de Espanha, Portugal, Itália e Argentina.¹⁰³

Várias são as razões que mostram que, realmente, esta não é a teoria sobre a eficácia horizontal que se mostra mais aceitável. A primeira destas diz respeito a completo menosprezo ao princípio da autonomia da vontade, princípio este que é um dos mais, senão o mais importante do direito privado. Aceitar essa teoria é jogar de lado a livre vontade dos particulares em suas ações.

Wilson Steinmetz, ao traçar uma crítica à teoria de Canaris a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares como imperativos da tutela afirma que a única coisa que impede Canaris de aceitar a eficácia direta seria o fato de que isso implicaria em uma grande interferência na autonomia de partes importantes do direito privado.¹⁰⁴

Diante disto é possível perceber o motivo pelo qual esta teoria é hoje, minoritária. Foi através destes contrapontos desta teoria que se passou a achar mais adequada a teoria da eficácia indireta ou mediata.

5.3 EFICÁCIA INDIRETA

O ponto de partida desta teoria foi justamente o ponto crítico da teoria da eficácia direta, a autonomia privada, o direito geral de liberdade. Essa liberdade, que é um dos princípios norteadores do direito privado faz com que não haja uma subsunção absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Virgílio Afonso da Silva bem aponta que:

O ponto de partida do modelo de 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.¹⁰⁵

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo, Lumen Juris Ltda., 2004, p. 258.

¹⁰⁴ STEINMETZ, Wilson. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares: Anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela**. Revista de direito Privado, Coordenação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 75.

Entretanto, da mesma forma como se entende que os direitos fundamentais não são absolutos nas relações privadas, a autonomia da vontade também não poderia ser absoluta. Caso contrário se estaria diante de uma completa separação dos âmbitos público e privado, no qual nenhum teria nenhum efeito sobre o outro e não haveria que se falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Este entendimento é fundamentado por Wilson Steinmetz, ao dizer que:

Mas, ao contrário do que uma primeira leitura poderia dar a entender, a liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado não são absolutas, senão estaríamos diante de uma separação total entre os âmbitos dos direitos fundamentais e do direito privado (ou outros ramos do direito) e, por conseguinte, diante de um modelo de não efeito dos primeiros no âmbito do segundo.¹⁰⁶

Então, tomando como premissa básica o fato de que esses ramos do direito não são absolutos, corroborando o entendimento de que há eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi construída a teoria de que há uma eficácia mediata, indireta. Assim sendo, os direitos fundamentais não teriam eficácia direta e irrestrita mas sim uma eficácia pautada na “influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado.”¹⁰⁷

Segundo essa teoria, diante dos conflitos entre direitos ou princípios, o juiz deveria analisar a solução diante das cláusulas gerais, de modo a preservar tanto a autonomia da vontade e o direito fundamental em questão.

5.4 TEORIA DA AÇÃO ESTATAL

Esta teoria nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas trazendo a ideia de que o poder público é o destinatário destes direitos previstos na constituição. Este pensamento tem como base a doutrina norte-americana, que preceituava no Bills of rights que os direitos traziam obrigações e proibições ao estado.

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. . **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p. 190.

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p. 76.

Explica Wilson Steinmetz¹⁰⁸ que: “em suma, os direitos fundamentais tão-somente vinculam os poderes públicos e só podem ser acionados judicialmente ante uma ação estatal.” Por este motivo o nome desta teoria ser teoria da ação estatal (state action doctrine).

Esta teoria representa um pensamento extremamente inovador. A linha de raciocínio aqui é a de que os direitos individuais são protegidos por lei e diante de uma violação a um direito fundamental deve se ingressar com uma ação judicial para que, percebida realmente a lesão, se for a particular, se impute ela ao estado. Wilson bem explica isso ao dizer:

O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de state action operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese de que os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.¹⁰⁹

Esta teoria, no entanto, não parece ser a mais adequada para a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base alguma críticas pertinentes que podem ser feitas a ela. Primeiramente, é sim possível perceber situações em que há conflito entre particulares que digam respeito a direitos fundamentais e que tais violações vão poder ser impostas ao estado. Porém isto só vai poder ser visualizado, basicamente, quando o particular estiver exercendo uma função pública, deixando de fora a maioria dos conflitos entre particulares. Além disso, esta teoria é bem aplicada em Estados liberais, porém quando se fala em Estados democráticos e sociais. Assim bem explica Wilson:

[...] há situações nas quais esta claro que a ação de um particular é subsumível ao conceito de state action. É quando o particular exerce uma espécie de “função pública” ou “quase pública” ou então quando se detecta uma “conexão ou implicação estatal significativa. [...] Isso remete para o problema dos critérios delimitadores da state action. O segundo argumento diz respeito ao paradigma constitucional. É compreensível que a state action doctrine tenha encontrado abrigo nos Estados Unidos da América. Trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal. Assim, a state action doctrine não é relevante – não encontra referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático.¹¹⁰

¹⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. *op cit*, p. 178.

¹⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. . **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p. 179.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 180 *et seq*.

Diante disso, fica claramente perceptível que esta não é a teoria mais adequada para se aplicar ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o grau de democracia impregnado nas normas que regem o sistema jurídico brasileiro.

5.5 IMPERATIVO DA TUTELA

A teoria do imperativo da tutela reconhece eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porém, a estruturação deste imperativo jurídico constitucional depende do direito ordinário, ou seja, legislação infraconstitucional. Seriam estes dispositivos que trariam e reconheceriam qual a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Desta forma bem aponta Claus-Wilhelm Canaris:

Para tanto, o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. Pois pertence fundamentalmente a este – e não ao direito constitucional – a tarefa de disponibilizar os instrumentos de protecção - que vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até o direito privado -, já que, caso contrário, com tal tarefa acabaria, quer por se exigir demasiado, quer por se desnaturar a Constituição.¹¹¹

Não se pode confundir aqui o imperativo da tutela com proibição de intervenções pois as proibições consistem, segundo Canaris¹¹², em controlar uma disciplina em consonância com os direitos fundamentais, ou seja, pressupõe uma disciplina já existente. Por outro lado o imperativo da tutela vai aparecer nos momentos em que houver ausência de uma disciplina, ou seja, uma omissão estatal diante de uma intervenção.

Contudo, tal visão poderia implicar, no questionamento acerca da liberdade excessiva do legislador ao ter em suas mãos grandes poderes de a qualquer momento editar lei ou ato normativo para regular a eficácia de certo direito fundamental nas relações privadas, o que traria uma certa insegurança jurídica.

Porém, a ideia desta eficácia como imperativo de tutela vai ser vista em uma globalidade e no funcionamento do direito em conjunto. Isto bem explica Canaris, ao dizer que:

¹¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 115.

¹¹² *Ibidem*, p. 115.

[...] nem todo e qualquer regime infra-constitucional que serve para a realização dos direitos fundamentais é também, logo por esta razão, constitucionalmente imposto. À disposição do direito infra-constitucional existe, antes, um amplo espectro de diferentes instrumentos, que apenas na sua globalidade e no seu funcionamento conjunto devem assegurar uma eficiente protecção dos direitos fundamentais.¹¹³

Então, diante disso se percebe que não vai ser qualquer criação infraconstitucional que tente realizar um direito fundamental que vai produzir os seus efeitos. Tais normas devem ser analisadas dentro de um conjunto normativo.

Um último aspecto de extrema relevância desta teoria desenvolvida por Canaris diz respeito à liberdade de conformação do legislador ordinário entre proibição do excesso e proibição de insuficiência. A teoria do imperativo da tutela, como exposto, é baseado na produção infraconstitucional para realização de direitos constitucionais nas relações privadas, logo, exige uma atividade do legislador na edição destas normas. Porém esta atuação não pode ser insuficiente (não pode haver omissão) e ao mesmo tempo não pode extrapolar os limites impostos, que se resume basicamente a não violar a constituição. Exposição bem clara quanto a isso é a de Canaris, que diz:

[...] o primeiro exige, apenas, que o direito infra-constitucional ofereça, no seu conjunto, uma protecção eficiente, [...] E a proibição de excesso não limita, em princípio, o legislador na escolha de seus objectivos e fins, os quais, segundo a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional Federal – num nível e raciocínio anterior ao controlo do excesso -, apenas devem ser controlados quanto a saber se são constitucionalmente “legítimos” ou se “não podem ser considerados jurídico-constitucionalmente censuráveis”, e se, portanto, não contrariam a Constituição.¹¹⁴

Desta forma se percebe que o imperativo da tutela é uma teoria criada que privilegia uma construção infraconstitucional para regular os direitos fundamentais nas relações entre particulares, tendo em vista que quando houver alguma omissão constitucional quanto ao referido direito deve se buscar no conjunto do ordenamento que dispositivos infraconstitucionais podem resolver tal conflito.

¹¹³ *Ibidem*, p. 117 *et seq.*

¹¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 119 *et seq.*

6 DA RELAÇÃO DE EMPREGO

6.1 DIFERENÇA ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Dentro do âmbito do direito privado, há primeiramente que se fazer uma breve distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, para que possamos delimitar mais o tema do estudo em questão. As relações de trabalho se configuram como todas as relações e modalidades de trabalho realizado pelo homem, independente de suas características. Bem explica isso Luciano Martinez:

Sendo o trabalho qualquer atividade humana que visa ao sustento próprio do trabalhador e, se for o caso, o de sua família, há de concluir que o seu universo é, realmente, extremamente amplo. Afinal, sob o rótulo de “trabalho” se encontram atividades prestadas “por conta própria” (inclusive para subsistência) ou “por conta alheia” (com sentido econômico); de modo “autônomo” ou “subordinado”; de forma “eventual” ou “não eventual”. Enfim, do mesmo tronco comum surgem diversas ramificações com suas particularidades, não obstante todas elas tenham o idêntico propósito de garantir a sobrevivência humana.¹¹⁵

Neste ponto resta claro que a relação de trabalho é um gênero do qual se tem diversas modalidades, desde os trabalhos por conta alheia aos trabalhos subordinados. Deste ponto teremos diversos tipos de trabalho, cada qual com suas características próprias que os definem. Trabalho avulso, relação de emprego, trabalho autônomo, cada um destes possui suas características próprias que os distinguem um dos outros, porém todos são relações de trabalho.

Cabe lembrar que há um ponto em comum entre todas as relações de trabalho, qual seja, a ideia da remuneração, são serviços prestados com fins de subsistência. Trabalho faz parte da atividade *latu sensu*, da qual também faz parte a atividade em *estricto sensu* e a distinção entre ambos é a característica da remuneração. Desta forma Luciano Martinez bem explica que:

A atividade é entendida como gênero que comporta duas espécies: o trabalho e atividade em sentido estrito. O que distingue as referidas espécies substancialmente é a meta. Enquanto o “trabalho”, indispensavelmente remunerado, tem por escopo o sustento próprio e, se for o caso, familiar do trabalhador, a forma identificada como “atividade em sentido estrito”, prestada em regra, sem qualquer onerosidade ou mediante uma contraprestação meramente simbólica, tem objetivos diferentes, ora

¹¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

relacionados com o intento de aperfeiçoamento, ora associados a ações meramente solidárias.¹¹⁶

Com isso se percebe que a relação de trabalho é aquela que visa o sustento, bem como a relação de emprego, não sendo este o traço diferenciador entre ambos. A relação entre estes institutos é que a relação de trabalho é gênero, do qual a relação de trabalho é uma espécie, figura esta que possui características próprias que a singularizam. Assim esclarece Martinez¹¹⁷: “O trabalho é um gênero que, entre suas espécies, contém o emprego. Por isso é possível afirmar que o emprego será sempre uma forma de trabalho, embora nem todo trabalho seja considerado emprego.”

Desta forma a relação de emprego seria uma espécie de relação de trabalho, com características próprias. A relação de emprego para se concretizar precisa que haja a reunião de certos quesitos. Diante disso Luciano Martinez afirma:

A relação de emprego é caracterizada pela necessária cumulação de alguns elementos. São, portanto, configuradores desta especial relação a conjunção dos seguintes elementos: Pessoalidade, Onerosidade, Não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços, duração contínua ou não eventual e subordinação.¹¹⁸

6.2 CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Assunto, dentro desta perspectiva, que ainda não resta claro é no âmbito das contratações. As contratações podem se dar de várias formas. Primeiramente cabe lembrar as contratações feitas pela administração pública, que, via de regra são feitas através de concursos públicos. Esses concursos permitem que as pessoas, com requisitos mínimos para o cargo possam fazer a prova, e uma vez aprovados possam tomar posse efetiva da função. Nestes casos não há grande polêmica quanto a aplicação do direito à igualdade, pois as poucas distinções que podem ser feitas estão previstas em lei.

A exemplo disto temos o concurso para trabalhar em um presídio feminino. Nesses casos a própria lei permite que no edital do concurso se traga a possibilidade de apenas mulheres se submeterem a prova. Então é a própria lei que permite. Porém,

¹¹⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 123.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 126.

como se verá, problema maior reside nas contratações que não são feitas pela administração pública.

6.3 CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Aqui se faz necessário analisar algumas características da relação de emprego que a distingue das demais relações de trabalho. Esta relação possui algumas características que são essenciais, ou seja, se estas não se fizerem presentes não a relação não se configura como relação de emprego. Bem aponta Rodrigues Pinto que:

O conceito de empregado se constrói facilmente através da compreensão de quatro elementos essenciais ou obrigatórios e de dois elementos acidentais ou facultativos que identificam sua prestação na relação de emprego. Os elementos essenciais ou obrigatórios, assim chamados porque sem eles o trabalhador não será empregado, são: a) subordinação; b) pessoalidade; c) onerosidade; d) permanência ou não eventualidade.¹¹⁹

Diante disso serão analisadas neste tópico algumas destas características que são fundamentais para a caracterização da relação de emprego.

6.3.1 Pessoalidade

A pessoalidade, como característica da relação de emprego revela que a prestação do serviço deve ser feito pela pessoa contratada e não por pessoa diversa, por mais que seja outra pessoa física. Por este motivo a pessoalidade não se confunde com a característica de pessoa física.

A prestação do serviço, para que se tenha caracterizada a relação de emprego deve ser pautada na infungibilidade. Desta forma ensina Maurício Godinho Delgado:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do serviço, pela pessoa natural tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir

¹¹⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo; LTr, 2007, p. 119.

intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.¹²⁰

Contudo, essa pessoalidade não é absoluta. Existem situações em que se poderá fazer a substituição, e estas podem ser divididas em situações de consentimento do empregador e situações normativamente autorizadas. Explicação a respeito do tema é feita por Maurício Godinho¹²¹ ao explicar que dentro das situações de consentimento do empregador há a possibilidade de uma substituição consentida, tomando o devido cuidado apenas para que esta substituição constante não caracterize uma prestação de serviço de caráter autônomo e sem pessoalidade.

Continua Maurício Godinho¹²² relatando hipóteses nas quais há uma normatização autorizando a substituição e como exemplo se tem as férias e licenças gestante. Nestes casos o contrato do trabalhador afastado apenas fica em suspenso, não havendo qualquer descaracterização da pessoalidade.

6.3.2 Pessoa física

Esta característica aqui exposta revela que o empregado deve ser, como o próprio nome já diz, pessoa física. Ou seja, tem que ser pessoa natural, não podendo ser o serviço realizado por pessoa jurídica. Maurício Godinho¹²³ diz que: “A prestação de serviços que o direito do trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural).”

O que fica claro neste ponto é que pessoalidade não se confunde com a característica da pessoa física. A pessoalidade esta relacionada com a prestação do serviço, que deve ser feita por quem foi contratado, ou seja, a pessoa, via de regra, não pode delegar a sua função para terceiros realizarem. Já a característica da pessoa física diz que a pessoa que vai ser contratada para a realização do serviço, que vai ser prestado com pessoalidade, deve ser pessoa natural, não podendo ser pessoa jurídica.

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo, LTr, 2009, p. 271.

¹²¹ *Ibidem*, p. 271.

¹²² *Ibidem*, p. 271, *et seq.*

¹²³ *Ibidem*, p. 270.

6.3.3 Onerosidade

A onerosidade é característica referente ao fato de que para se tenha configurada relação de emprego há a necessidade de que seja pago ao empregado uma retribuição pelo trabalho prestado. Essa característica não é, necessariamente, vista nas relações de trabalho, vez que é possível o trabalho voluntário, no qual a pessoa trabalha sem receber nenhum tipo de retribuição em troca.

A onerosidade é vista em dois planos, um objetivo e um subjetivo. O plano objetivo é referente ao pagamento material (salário propriamente dito), enquanto que o objetivo é referente a uma intenção de pagar. Então por mais que o empregado ainda não tenha recebido a remuneração, se houver a intenção, ou o acordo entre as partes de que haverá o mesmo esta caracterizada a característica da onerosidade. Maurício Godinho bem explica que:

No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. [...] No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção, contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes – em especial pelo prestador de serviços – ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado.¹²⁴

Diante desta explicação percebem-se as duas vertentes da onerosidade, tanto a objetiva, quanto a subjetiva, sendo que, de forma simplória, há possibilidade de se ter a onerosidade subjetiva sem necessariamente ter ainda ocorrido ou se concretizado a onerosidade objetiva, sem que isso descaracterize a relação de emprego.

6.3.4 Subordinação

¹²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo, LTr, 2009, p. 277, *et seq.*

A Característica da subordinação é uma das mais polêmicas, pois da margem a diversas interpretações quanto ao que esta subordinação representa. A expressão subordinação por si só já traz a ideia de ordem, comando dirigida a partir de um superior. Luciano Martinez¹²⁵ diz: “A etimologia da palavra “subordinação” revela suas características fundamentais. Subordinar (sub + ordinare) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito.”

Deste modo percebe-se que a subordinação vai ser concretizada na medida em que o empregador vai definir o modo e o tempo da prestação de serviço. A subordinação teve um processo de construção, perpassando por algumas concepções até chegar a que se utiliza hoje.

A primeira forma de se analisar a subordinação foi a partir da dependência econômica, quem possuía mais recursos financeiros era o superior na relação. Maurício Godinho¹²⁶ bem aponta que: “A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.” Porém, tal entendimento não prosperou vez que nem sempre quem tinha menos recurso financeiro era necessariamente o inferior da relação.

Segunda tese foi a da dependência técnica, na qual o empregador seria, segundo Maurício Godinho¹²⁷, o monopolizador, aquele que teria o conhecimento técnico e necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado. Contudo esta teoria é bastante fragilizada. Basta pensarmos, por exemplo, nos contratos advocatícios, quem possui o conhecimento técnico é o contratado e não contratante. Diante disso esta teoria também não veio a prosperar.

Diante da fragilidade das teorias a respeito desta subordinação, uma tese bastante promissora foi criada, a chamada subordinação jurídica. Bem explica Maurício Godinho:

A subordinação jurídica é polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é insita e distinta perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas

¹²⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

¹²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo, LTr, 2009, p. 282.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 283.

em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão.¹²⁸

Esta se firmou como sendo a teoria predominante quanto a característica da subordinação nas relações de emprego. Cabe lembrar que é necessário que todas as características estejam presentes concomitantemente para que seja caracterizada a relação de emprego.

6.3.5 Não eventualidade

A característica da não eventualidade esta relacionada a um certo grau de repetição, ou seja, o trabalho tem que ser, de certa forma, constante. Esta ideia, no entanto não se relaciona com a ideia de continuidade. Bem explica Alice Monteiro que:

O pressuposto da não eventualidade traduz-se pela exigência de que os serviços sejam de natureza não eventual, isto é, necessário à atividade normal do empregador. Observe que o legislador não se utilizou do termo “continuidade”. Logo, mesmo que descontínuo, isto é, intermitente, o serviço executado pelo empregado poderá ser de natureza não eventual. Basta para isso que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador.¹²⁹

Assim, a eventualidade traz consigo a ideia de uma imprevisibilidade de repetição. Assim, a não eventualidade traduz justamente a ideia de que o empregado não vai prestar uma atividade instantânea, ou seja, haverá uma repetição nesta atividade. Porém, esta não eventualidade não quer dizer que o indivíduo deverá trabalhar todos os dias mas que a sua prestação de serviço deve ser fundamental ao desenvolvimento da atividade normal do empregador.

A exemplo disto temos a atividade realizada por um professor, que apesar de não dar aula todos os dias, possui seu cronograma de aulas e isto é suficiente para suprir a necessidade do empregador. Assim, para se caracterizar a relação de emprego deve haver a não eventualidade ou permanência, lembrando que esta não se confunde com a continuidade na prestação do serviço.

6.4 AUTONOMIA DA VONTADE NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo, LTr, 2009, p. 282.

¹²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo; LTr, 2009, p. 266.

Com base no que foi exposto até aqui neste trabalho não resta dúvidas quanto a autonomia existente no momento da contratação de um empregado. A relação de emprego, alvo deste capítulo e também deste trabalho, esta localizada no campo do direito privado, onde o empregador não precisa realizar concursos, por exemplo, para saber quem vai contratar ou não.

Não é em vão que tais empregados não são regidos por leis que estabelecem normas dos servidores públicos, a exemplo da lei 8.112/90 que traz as regras aplicadas aos servidores públicos da União. Os sujeitos da relação de emprego são regidos pela Consolidação das leis Trabalhistas (CLT), sendo este mais um traço diferenciador destes para os empregados públicos.

Assim, claro está que, por se encontrar dentro do âmbito privado, os empregadores possuem autonomia para contratar os seus funcionários. Logo, a autonomia privada rege o regime de contratação dos trabalhadores que compõe a relação de emprego. Contudo, como já foi mencionado algumas vezes neste trabalho, esta autonomia não é absoluta, existindo alguns limites para este exercício de da liberdade na hora de contratar.

7 PRINCÍPIO DA ISONOMIA x AUTONOMIA DA VONTADE

7.1 ANÁLISE DA FORMA E DOS FUNDAMENTOS NORTEADORES DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

Até este ponto diversas análises foram feitas para que se pudesse, justamente, tentar trazer uma possível solução para o conflito dos princípios da isonomia e da autonomia privada no âmbito das contratações de empregados. Alguns pontos, então, pareceram ser definidores e de suma importância para a análise aqui proposta.

Primeiramente cabe ressaltar que esta análise não será feita com base em um caso concreto. O que se pretende neste momento é realizar, o que pode ser chamado de ponderação em abstrato, ou seja, uma análise feita partindo-se de elementos gerais para que quando este conflito ocorra já se tenha uma base para a sua solução e se evitem decisões contraditórias, trazendo mais segurança para o ordenamento jurídico brasileiro, como bem ressalta Ana Paula de Barcellos¹³⁰: “O estudo em abstrato desses conflitos e os parâmetros que venham a ser propostos em decorrência dele proporcionarão maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais.”

Com isto concorda Virgílio Afonso da Silva¹³¹ que afirma: “[...] alguma possibilidade de previsibilidade é necessária, e isso traz consigo ideias como as de segurança jurídica, coerência e consistência.”

É diante disso que se pretende aqui fazer esta ponderação em abstrato, trazendo uma análise levando em conta argumentos jurídicos que justifiquem o posicionamento quanto ao resultado apresentado, para que já se tenha uma resposta caso ocorram situações futuras que levem a este conflito. Cabe lembrar

¹³⁰ BARCELOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p. 61.

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cartada (orgs). **Direito e interpretação**. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 367.

aqui que não se pretende trazer algo absoluto, sendo possível uma análise em concreto da situação caso haja motivos para tanto como se verá adiante.

Diante disso, são três os argumentos que serão utilizados para realizar esta tarefa de sopesamento em sentido amplo. Um primeiro ponto que será observado é o da possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para saber se a isonomia, como direito fundamental pode ter alguma eficácia no âmbito das contratações, que são regidas pelo direito privado.

Segundo elemento que será tratado será referente ao posicionamento destes direitos fundamentais (isonomia e autonomia privada) no texto constitucional e as conclusões que podem ser extraídas desta estruturação.

Em um terceiro momento será analisado o que se chama de proporcionalidade em sentido estrito, que é o estudo, dentro da ponderação, que se analisa qual das escolhas gera o menor dano possível ao ordenamento. Neste ponto então, será analisado se a prevalência da isonomia preserva mais o outro princípio em tela e o ordenamento jurídico como um todo ou se será mais vantajoso dar a prevalência à autonomia da vontade. George Marmelstein bem aponta neste sentido que:

A proporcionalidade exige uma análise das vantagens e das desvantagens que a medida trará. A pergunta mental a ser feita para aferir a presença da proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens?¹³²

Após o estudo destes pressupostos, dentro da ponderação em abstrato, pretende-se chegar a uma conclusão sobre qual dos princípios deve prevalecer nesta colisão de princípios.

7.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA X AUTONOMIA DA VONTADE

Parte-se então para a análise dos fundamentos utilizados para solucionar a colisão destes princípios. Um primeiro elemento fundamental é referente à possibilidade de direitos fundamentais possuírem eficácia nas relações privadas. Parece não restar dúvidas que, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais tem

¹³² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 383.

influência nas relações privadas, seja de forma direta ou indireta. O que não se pode imaginar é a possibilidade de a autonomia privada atuar de forma absoluta, sem sofrer algum tipo de limitação.

Admitir uma situação em que os direitos fundamentais não tivessem eficácia sobre o direito privado, seja de forma interpretativa ou de forma direta, seria regredir, seria permitir que direitos tão difíceis de serem alcançados pudessem ser totalmente desprezados por mera utilização da autonomia da vontade. Seria admitir, por exemplo, que uma pessoa pudesse ser contratada para trabalhos análogos à de escravo porque tanto quem esta contratando quanto quem esta sendo contratado estão atuando dentro do campo do direito privado e assim com autonomia para reger os seus atos.

Por isso, para que não haja um retrocesso neste aspecto, diversos princípios e direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, isonomia, da proteção ao trabalhador devem possuir algum tipo de eficácia dentro da livre iniciativa, seja para impor alguns limites a atividade privada, seja para atuar diretamente impedindo tais abusos.

Neste contexto, os tribunais e instâncias superiores como o Supremo Tribunal Federal já vem trazendo decisões nesse sentido. Alguns tribunais do trabalho, por exemplo, já se manifestaram da seguinte maneira:

Ementa: TRT-PR-26-07-2011 TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. **EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** A pessoa jurídica de **direito** público, além de zelar pela juridicidade da contratação da terceirização de serviços, deve servir-se de rigoroso e constante acompanhamento da idoneidade da empresa frente aos meios utilizados por esta para a satisfação do objeto contratual, como bem instruem os artigos 58 , III , e 67 , § 1º , da Lei nº 8.666 /93. Por derradeiro, cumpre ao tomador, incluindo os entes públicos, fiscalizar a atuação da prestadora de serviços, a fim de assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas e, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador. Trata-se, aqui, de respeito a **direito** humano e aos valores sociais do trabalho, protegidos pela Constituição Federal . Enfatiza Douglas Alencar Rodrigues que "Nas relações privadas de emprego, há de observar a **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando que os **direitos fundamentais** refletem o norte axiológico da sociedade, então sua observância, respeito e efetividade não devem se restringir ao Estado, mas a toda e qualquer relação jurídica, seja ela de **direito** público ou de **direito** privado." (TST - AIRR 142140-04.2004.5.03.0036, Data de

juízo: 02.12.2009, 6ª T., Data de Publicação: DEJT 11.12.2009).
 Recurso da Reclamada a que se nega provimento, no particular.¹³³

Cabe lembrar aqui também da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 158.215, que deixou clara a necessidade de se respeitar o contraditório e a ampla defesa quando ocorre um desrespeito de uma norma de um acordo feito entre a empresa e o associado. O entendimento é que, por mais que o acordo seja particular, para que haja a demissão do associado que não cumpriu o acordo, deve ser garantido a ele o direito fundamental do contraditório e ampla defesa. Assim foi proferida a ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757)¹³⁴

De uma forma ou de outra, então, parece claro que a isonomia deve ter eficácia dentro da autonomia privada no âmbito das contratações de empregados, não podendo menosprezar os direitos fundamentais no momento de realizar uma contratação.

Tendo feita esta primeira análise passa-se para a análise do segundo elemento escolhido para ser utilizado nesta ponderação, qual seja o posicionamento dos

¹³³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20113193/5400200971906-pr-5400-2009-71-9-0-6-trt-9>>. Acesso em 27 maio. 2014.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal federal. Ministro Marco Aurélio, segunda turma. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2EENUME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lm5m96v>>. Acesso em 30 mar. 2014.

princípios aqui trabalhados no texto constitucional. O título II da Constituição Federal é o “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que é iniciado com o artigo 5º. Este artigo então vai elencar quais são os direitos individuais que foram considerados como indispensáveis para o homem dentro da sociedade, sendo estes os mais importantes.

Este artigo se inicia, em seu *caput*, com a expressão: “Todos são iguais perante a lei [...]”¹³⁵. Neste ponto se percebe que o primeiro direito garantido é o da igualdade, tendo sido este o eleito para dar início ao rol de direitos fundamentais que devem ser assegurados aos homens. Não fosse suficiente, esta isonomia ainda é repetida nos incisos do artigo 5º, reforçando a importância do mesmo.

A autonomia privada, por sua vez não se encontra explícito neste artigo, fato este que não põe em cheque a sua existência ou importância. Este princípio se encontra implícito em diversos momentos, inclusive nos incisos do próprio artigo 5º da Constituição Federal. George Marmelstein¹³⁶ bem explica este fato ao dizer: “Pode-se mencionar, ainda, como fonte normativa para a proteção da autonomia da vontade o art. 5º, inc. II, que diz que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei””.

A conclusão que pode ser extraída neste ponto é que não parece ter sido um incidente que a proteção à isonomia tenha se dado tanto no *caput* do artigo 5º quanto em seus incisos. Aqui é preciso lembrar um pouco do processo de evolução do Brasil no que tange à proteção da igualdade para se perceber o motivo de sua importância.

O Brasil foi um país que surgiu sendo colonizado por outro país que utilizava mão de obra escrava para produção de suas riquezas, motivo que impulsionou a vinda de muitos negros escravos para estas terras. Os negros eram vistos como objetos e não como humanos, eram seres inferiores aos olhos dos detentores de poder.

O tempo se passou e a escravidão acabou, mas não o preconceito. Os negros, apesar de livres, eram vítimas do preconceito racial e por isto não tinham a chance de concorrer a bons empregos e estavam sempre à margem da sociedade. Desta forma o Brasil cresce com um alto grau de preconceito, que não se limitou a

¹³⁵ BRASIL. **Constituição Federal: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 maio 2014.

¹³⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96.

questões raciais, tendo se expandido a fatores de opção religiosa, opção sexual e até escolha política.

Diante disso fica claro que a visão de igualdade sempre foi prejudicada no Brasil, os indivíduos possuem dificuldades de se ver como iguais porque sempre algum elemento, seja qual for, os leva a acharem que são diferentes e por isso menosprezam e fazem distinções.

Parece, então, que o legislador, diante deste panorama se ver na necessidade de proteger estas pessoas que são “marginalizadas” por motivos de mero preconceito e traz já no *caput* do artigo 5º que todos são iguais diante da lei para amenizar este dano que durante muito tempo foi causado devido à julgamentos precipitados por causa de fatores externos, de mera aparência.

Assim, parece que opção legislativa de trazer o princípio da isonomia no *caput* e nos incisos do artigo 5º não foi um acidente e sim uma forma de mostrar a verdadeira importância deste princípio em relação aos demais ali expostos, e isto inclui a autonomia privada.

Resta aqui ainda tratar do sopesamento em sentido estrito, que seria a análise de qual princípio, se prevalecer na ponderação, trará menos prejuízo ao princípio em conflito e ao ordenamento jurídico como um todo. Isto deve ser analisado pois os princípios são mandamentos de otimização, e por isso se entende que estes devem alcançar a maior quantidade de situações possíveis e não devem ser considerados inválidos caso sejam preteridos em uma solução de conflito entre princípios. O que deve acontecer é justamente o oposto, deve-se aproveitar, no que puder, o princípio preterido. Então aqui deve-se analisar qual destes princípios, se escolhido, trará menos prejuízo ao princípio conflitante.

Para que se possa saber qual destes gerará menos prejuízo ao princípio preterido é necessário que se crie hipóteses de prevalência para cada um deles e assim analisar o resultado de cada escolha.

Partindo-se do pressuposto que o objetivo de uma contratação de um empregado é a obtenção de mão de obra para realização de um serviço e de uma situação hipotética na qual uma empresa divulgue que há vagas disponíveis a serem preenchidas, tem-se que:

Se a autonomia privada prevalecer diante da isonomia, o empregador, que irá escolher qual dos candidatos preencherá a vaga, poderá se utilizar de justificativas arbitrárias para não contratar alguns dos candidatos, seja por motivo de opção sexual, religiosa, mesmo de cor ou até por motivos de aparência, em prol da sua liberdade de escolher quem achar conveniente.

Isto claramente fere a isonomia e a possibilidade de todos competirem de forma igual à vaga anunciada. Além disso, dentro de uma visão mais ampla, ainda se estaria prejudicando o direito de acesso ao trabalho de alguns que, por motivos não de competência quanto à realização da tarefa, foram preteridos.

Por outro lado, se for dada a preferência à isonomia, todos que quisessem competir à vaga estariam aptos a concorrer, sendo dadas a estes iguais possibilidades e o empregador ainda teria assegurada a mão de obra para realizar o serviço, que é o objetivo da contratação, e ainda teria resguardada, em certa medida, a autonomia da vontade, pois, entre aqueles candidatos ainda terá a palavra final para decidir quem será o escolhido.

Desta forma, fica claro que a prevalência da isonomia no momento da contratação trará menos prejuízo ao princípio conflitante e ao ordenamento jurídico como um todo.

Como foi visto, devido à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e à expressa previsão da isonomia em posição de destaque na Constituição é possível perceber que o mesmo deve ser respeitado nas situações que envolvam a liberdade de agir de um empregador no momento da contratação, em detrimento da autonomia privada.

A isto deve ser acoplado o fato de que a prevalência da isonomia sobre a autonomia privada gerará menos prejuízos a todos os envolvidos na relação jurídica que surge, bem como aos direitos constitucionalmente previstos. Dessa forma, entende-se que, diante de uma colisão entre o princípio da igualdade e a autonomia privada deve haver uma prevalência, inclusive prévia, da isonomia.

Contudo, deve ser ressaltado aqui neste ponto que tal prevalência não é absoluta, sendo que, se alguns casos mais complexos surgirem deve ser feita uma análise

concreta do mesmo. Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁷ bem leciona que se houver uma relação válida juridicamente entre o fato trazido como critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado poderá ocorrer o “desrespeito” à isonomia.

Conclui-se então que a regra é que deve haver uma prevalência prévia da isonomia em relação à autonomia privada em caso de colisão entre estes princípios. Porém, como esta regra não pode ser absoluta, se o empregador conseguir justificar, de forma válida, que a causa de discriminação é plausível, então, nestes casos a autonomia privada será aceita.

Desta forma se chegaria a uma maior segurança jurídica e seriam evitadas atitudes arbitrárias e preconceituosas por parte dos empregadores, preservando assim um princípio que por muito tempo se lutou para que fosse concretizado, qual seja, o da isonomia.

¹³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 21, *et seq.*

8 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira é marcada por um alto grau de preconceito, seja por motivo de cor, opção religiosa ou até mesmo por motivo de opção sexual. Diversos casos têm acontecido comprovando esta afirmação, casos de pessoas espancadas e até queimadas porque os agressores acharam que a pessoa era “prostituta” ou “homossexual”.

Porém esta discriminação não se restringe apenas ao ambiente social, nas ruas ou redes sociais, este ato tem se expandido também para as relações de emprego. Pessoas bem qualificadas para diversos cargos deixando de serem contratadas por motivos de mera aparência ou opção sexual, por ter tatuagem ou cabelo “crespo”. Todas estas situações, pelo menos a maioria delas, são encobertas no discurso de que a empresa é privada e o empregador tem o direito de escolher quem ele quiser para ocupar a função.

Neste ponto surge o conflito do que seria mais importante, a garantia da igualdade ou a garantia da autonomia da vontade dos particulares no âmbito do direito privado. Sabe-se que ambos são princípios fundamentais, garantidos a todos os cidadãos, porém, é inegável que nessas situações há um conflito entre eles e precisa-se saber qual deles deve prevalecer.

Uma primeira discussão que precisou ser travada neste trabalho foi da possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque se a resposta fosse no sentido de que tais direitos não tem eficácia nas relações privadas a discussão estaria finalizada no sentido de que realmente os particulares não precisam observar o principio da isonomia, podendo agir como bem entendessem pois o direito fundamental não afetaria o mesmo.

Contudo, mediante análise de diversas teorias e de suas implicações não resta dúvidas de que não tem como se imaginar o nosso ordenamento jurídico sem pensar na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Seria pensar um ordenamento que admitisse a escravidão como forma de trabalho porque não se precisariam respeitar os direitos fundamentais, sendo a forma de contratação exclusivamente a critério do empregador e da anuência do empregado em se submeter aquela condição.

Diante desse cenário fez-se necessário estudar se tal eficácia seria direta ou indireta, ou seja, se os direitos fundamentais seriam normas interpretativas dentro do direito privado ou se teriam uma aplicação direta nas situações que ocorressem. O STF já tem se posicionado no sentido de uma aplicação direta, julgando inclusive, que não se pode demitir uma pessoa, por mais que o empregador tenha autonomia para tal, sem respeitar o direito do contraditório e ampla defesa.

Superada esta análise, partiu-se então para o estudo propriamente dito do conflito entre a isonomia e a autonomia da vontade. Os grandes estudiosos do tema tendem a pensar que a solução de um conflito entre princípios se dá no plano concreto, ou seja, uma vez configurada uma situação em que princípios colidam se passaria para a análise de qual dos dois deveria prevalecer, podendo, em situações similares preterir um ou outro.

Isto se dá porque se entende que cada caso é um caso e como a escolha de um princípio não invalida o outro, como ocorre com as regras, poderia se ter um princípio prevalecendo em uma situação e em outra situação parecida ele sendo preterido. Contudo, neste trabalho foi defendida a tese de uma ponderação em abstrato, para que quando um conflito envolvendo princípios que já passaram por essa ponderação se possa aplicar o mesmo resultado.

Mas isto foi feito tomando cuidado, pois nada é absoluto. Seria complicado ponderar em abstrato uma solução de conflitos e tal tivesse que ser aplicado obrigatória e irrestritamente em todos os outros conflitos. Um dos motivos que levaram a escolha desta opção abstrata de solução de conflitos foi justamente a percepção de inúmeros casos envolvendo os princípios da igualdade e da autonomia privada.

Desta forma, com a solução trazida para este conflito neste trabalho o que se espera é que quando outras situações similares ocorrerem se aplique este estudo que já foi feito. Caso na análise do caso concreto se perceba algum elemento novo, a opção é que após a análise este se incorpore à situação em abstrato para enriquecer mais aquela ponderação.

Então, na análise em abstrato da solução do conflito entre autonomia privada e isonomia três critérios foram utilizados para solucionar o conflito. O primeiro foi o da eficácia, o segundo da posição e o terceiro da ponderação em sentido estrito. Diante disso, como já foi visto sabe-se que o princípio da isonomia tem eficácia nas

contrações, não devendo ser desrespeitado. Logo em seguida se analisou que o princípio da igualdade se encontra no *caput* do artigo que introduz os direitos e garantias fundamentais e em um dos seus incisos enquanto que o princípio da autonomia da vontade é fruto de uma interpretação, não estando explícito, o que denota uma maior força ao princípio da igualdade.

Por fim foi analisado que na ponderação em sentido estrito tem que saber qual preferencia vai trazer menos danos ao ordenamento jurídico como um todo. Diante disso se percebeu que ao preterir a isonomia neste conflito mais danos surgiriam do que ao preterir a autonomia da vontade, pois quando se diz que deve prevalecer a isonomia não tira do empregador o direito a contratação, mas apenas que ele não poderá fazer discriminações.

Por outro lado, caso se entenda que a autonomia da vontade deve prevalecer muitos perderiam o direito a serem contratados e ainda se teria uma violação à isonomia, ou seja, ia se tirar das pessoas o direito ao trabalho e o direito à igualdade. Desta forma, por estes três motivos, o entendimento deste trabalho é que deve haver uma prevalência da isonomia em relação à autonomia da vontade, no plano abstrato.

Assim, quando novas situações envolvendo estes princípios aparecerem deve-se seguir esta base feita neste trabalho. Contudo, como foi dito acima, nada é absoluto, então, é aqui que entra o conteúdo jurídico da igualdade, ou seja, em situações em que a causa da discriminação seja justificável é possível pensar em uma prevalência da autonomia em relação à igualdade, nos demais casos deve-se aplicar o proposto nesta ponderação.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2E%2E%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lm5m96v>>. Acesso em 30 mar. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20113193/5400200971906-pr-5400-2009-71-9-0-6-trt-9>>.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira *apud* BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (orgs.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. Volume II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CORREA, Fernando. **Liberdade de expressão tem lugar de honra na hierarquia de valores**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-24/liberdade_expressao_ocupar_lugar_honra?pagina=5>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador : Jus Podivm, 2013

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo, LTr, 2009

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo; Martins Fontes, 2002

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords). **Direito Contratual**. São Paulo, Método, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador a autonomia da vontade privada à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Legislação do trabalho**. São Paulo, LTR, ano 72, Julho, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Uruguai, Konrad-adenauer-stiftung E.V, 2005

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo; Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Antônio Carlos. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão: íntegra do documento original**. UOL. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>.

PEDRO, Duque. **246_caso UBC - RE_201819**. Disponível em: <www.scribd.com/doc/91087677/246-Caso-RE-201819>.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo; LTr, 2007

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo, Editora Lumen Juris Ltda., 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cartada (orgs). **Direito e interpretação**. São Paulo; Saraiva, 2011.

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