

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Dione Almeida Santos

**A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE HUMANA E  
DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO**

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO / SP

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Dione Almeida Santos

Monografia apresentada à Banca Examinadora  
Da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência parcial para obtenção do título de  
especialista em direito do trabalho, sob a  
orientação da Professora, Dra. Fabíola Marques.

SÃO PAULO / SP

2018



Banca Examinadora

---

---

---

**RESUMO.** A Constituição Federal da República de 1988 enfatiza 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, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, igualando homens e mulheres em seus direitos e obrigações. Nesta esteira, este trabalho tem o fito de mostrar que há e sempre que possível acontecem discriminações no ambiente de Trabalho. Por mais que hajam manifestações que façam apologia a Isonomia como Direito e Garantia Fundamental do Ser Humano, sempre haverá, por menor que seja a situação uma prática discriminatória, pois é uma das práticas humanas mais universais. Onde existem diferenças é possível observar grupos dominantes utilizando critérios bastante subjetivos para discriminar e subjugar os outros. No mercado de trabalho, apesar dos esforços de muitas companhias, também é possível encontrar dados concretos que apontam para a discriminação de minorias. A própria OIT (Organização Internacional do Trabalho) acrescenta que “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. Tais práticas são expressamente condenadas e consideradas prejudiciais à construção de relações de trabalho justas e meritocráticas. Um dos desafios propostos no presente trabalho, é tentar responder, ou ao menos levantar indagações que nos leve a refletir se a reintegração ou a indenização do empregado que foi dispensado de forma discriminatória tem alcançado a efetividade na satisfação do direito ao trabalho e resgatado a dignidade humana desse trabalhador. O presente estudo se baseia em pesquisas doutrinárias, Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho. A pesquisa é norteada pela primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e nos demais princípios do direito do Trabalho.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Práticas Discriminatórias. Ambiente de Trabalho.

**ABSTRACT.** The Federal Constitution of 1988 emphasizes that all are equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in the country the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and men and women in their rights and obligations. In this vein, this work aims to show that there is and whenever possible discrimination occurs in the Work environment. Although there are manifestations that make Isonomy apology as the Fundamental Right and Guarantee of the Human Being, there will always be, however small the situation a discriminatory practice, because it is one of the most universal human practices. Where there are differences it is possible to observe dominant groups using very subjective criteria to discriminate and subjugate others. In the labor market, despite the efforts of many companies, it is also possible to find concrete data that point to discrimination against minorities. The International Labor Organization (ILO) itself adds that "any distinction, exclusion or preference based on race, color, sex, religion, political opinion, national origin or social origin, which has the effect of destroying or altering equality of opportunity or of treatment in matters of employment or occupation ". Such practices are expressly condemned and considered harmful to the construction of just and meritocratic labor relations. One of the challenges proposed in this paper is to try to answer or at least raise questions that may lead us to reflect whether the reintegration or indemnification of the employee who has been discriminated against has been effective in satisfying the right to work and has rescued the dignity of that worker. This study is based on doctrinal research, the Federal Constitution, the Consolidation of Labor Laws and the International Labor Organization Conventions. The research is guided by the primacy of the principle of the dignity of the human person and other principles of labor law.

**Key words:** Fundamental Rights. Discriminatory Practices. Desktop.

## Sumário

### Introdução

CAPÍTULO I.....	11
DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIOS NA	
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES.....	11
1. Distinção entre “normas-regras” e “normas-princípios” .....	11
2. Os direitos fundamentais e direitos sociais.....	15
2.1. Conceito de direitos fundamentais e direitos sociais.....	17
2.2. Direitos Sociais dos Trabalhadores como direitos fundamentais.....	17
2.3. A fundamentalidade do direito.....	22
3- Os princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais.....	23
3.1. Diferenciando princípios jurídicos de regras jurídicas.....	25
3.2. O papel do princípio da dignidade humana na efetivação dos direitos sociais do trabalhador.....	26
3.3. Princípio da igualdade.....	32
3.4. Princípio da não discriminação.....	35
CAPÍTULO II.....	39
1. DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO.....	39
1.1 Breve relato sobre a história do direito ao trabalho.....	41
1.2 O direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.....	42
1.3 O direito ao trabalho como direito fundamental.....	43
CAPÍTULO III.....	48
DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO.....	48
1. Conceito de discriminação.....	48
2. O poder direito como fator de discriminação.....	49
3. A criação da Organização Internacional do Trabalho e seus objetivos.....	50
4. Normas Internacionais.....	57

5. Algumas causas de discriminação e dispensa discriminatória e seus enfrentamentos.....	59
5.1. A discriminação da Mulher no ambiente de trabalho e seu enfrentamento.....	60
5.1. 1. A atuação da OIT na proteção da mulher no mercado de trabalho.....	63
5.1.2. O trabalho da mulher na Constituição Federal.....	64
5.1.3. Súmula 244 do tribunal Superior do Trabalho.....	64
5.1.4. A Lei n. 90209/95.....	65
2.1.5. A Lei 9799/99 .....	66
5.2. O enfrentamento no combate á discriminação do homossexual e transexual.....	68
5.3. O enfrentamento contra a discriminação religiosa.....	68
5.4. O Enfrentamento no combate ao trabalhador doente e reabilitado.....	73
5.4.1. Lei Previdenciária n. 8.213/91.....	73

#### CAPÍTULO IV

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E SEU PAPEL NO MERCADO DE TRABALHO.....	75
1- As ações afirmativas como forma de combate á discriminação e á dispensa discriminatória.....	75
2- Reflexos da Dispensa discriminatória na sociedade e a necessidade de ações afirmativas na efetividade da igualdade e da dignidade humana.....	79

Conclusão

## **Introdução**

### **Direito ao Trabalho como Direito Fundamental e a Dispensa Discriminatória.**

A Constituição Federal vigente enfatizou 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, igualando homens e mulheres em seus direitos e obrigações. O inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já os incisos XXX e XXXI do artigo 7º da Carta Magna proíbem a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como proíbem qualquer tipo de discriminação quanto aos salários e critérios de admissão do trabalhador portadora de deficiência.

A discriminação nas relações de trabalho pode se fundar na exclusão ou preferência, o que pode inviabilizar o acesso ao emprego, sua manutenção e a promoção do trabalhador de um determinado grupo, que aqui trataremos de grupo de vulneráveis. Aqui podemos exemplificar a preferência em contratar pessoas com olhos e cabelos claros para trabalhar em churrascarias nas cidades do sudeste com a tentativa de dar ao ambiente ar de sulista, europeu e, portanto, de pessoas brancas. Superada a fase pré-contratual, nada impede que a discriminação ocorra durante a vigência do contrato de trabalho, e que exemplifiquemos com a transferência da recepcionista que após ter seu rosto marcado por queimaduras é transferida para uma função que não mais lhe exige contato direto com os clientes, nesse caso esta empregada não foi dispensada, mas certamente foi discriminada e perdeu a chance de toda e qualquer promoção dentro daquela empresa. Existem outros exemplos de discriminação do empregado no que tange à sua promoção e estes nos parece que estão sempre ligados aos mesmos motivos que já poderiam ter sido utilizados para não contratar esse empregado, porém nos critérios subjetivos daquele empregador, aquela característica do determinado empregado não é por si algo que lhe impedirá de ser contratado, mas que dificultará ou impedirá a sua promoção, exemplificando, A empresa X contrata advogadas, mas o diretor do

departamento jurídico sempre será um homem. A discriminação também pode dar causa à rescisão do contrato de trabalho, caso em que no presente trabalho nos empenharemos em tratar suas peculiaridades e especificidades, por exigência do próprio tema do trabalho que traz como objeto de estudo a dispensa discriminatória sob o enfoque do princípio da dignidade humana e do direito fundamental ao trabalho.

O estudo da discriminação por si já suscita muitas questões, inclusive quando confrontado o ordenamento jurídico pátrio com outros ordenamentos jurídicos. A mesma importância é dada ao estudo da dispensa discriminatória, que não deve ser somente analisada sob o ponto de vista da legislação, ou seja, do texto de lei, mas também sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho como direito fundamental.

Sobre a questão da dispensa discriminatória e suas peculiaridades é importante firmar o compromisso com a dignidade do trabalhador e seu direito ao trabalho, que é um direito fundamental. A análise sistemática da atual estrutura jurídica concedida à dispensa discriminatória é justificada pela sua riqueza científica. Entre os diversos motivos que nos levaram à escolha do tema, destaca-se a necessidade de se dispensar uma maior proteção à esse grupo de pessoas possuidoras de direitos civis e políticos, mas que por questões históricas, culturais e sociais têm seus direitos fragilizados e violados pela sociedade, trataremos esse grupo de “vulneráveis”, sem nos ater se a denominação é correta ou não, mas sim para ressaltar que esse grupo são mais vulneráveis ao desemprego, à discriminação e à pobreza. Certamente que sabemos que em toda e qualquer relação de emprego, o empregado é sempre a parte mais vulnerável e merecedora da proteção na relação empregatícia independentemente do valor do seu salário, mas quando se trata de empregado que se encaixa nesse grupo de pessoas vulneráveis e em razão disso podem ser alvo de discriminação essa proteção deve ser mais efetiva.

A importância de se dispensar um tratamento especial à dispensa discriminatória reside no fato de afetar um grupo considerável de empregados( discriminados em razão de etnia, deficiência, condição sexual, religião), sua importância é inquestionável, inclusive no Direito Internacional, já que a Organização Internacional do Trabalho tratou da matéria em diversas Recomendações, verbetes, todos com o objetivo de zelar pelo posto de trabalho, pela não discriminação e respeito à dignidade do trabalhador. A dispensa discriminatória, ultrapassa o trabalhador e a empregadora, atingindo toda a sociedade, não é somente o empregado discriminado o atingido pela dispensa discriminatória, também é atingida a sua

família, o grupo ao qual esse trabalhador dispensado discriminatoriamente pertence também é afetado na seara econômica e social, haja vista que este grupo tende a ser marginalizado, estigmatizado, o que o inviabiliza de entrar no mercado de trabalho, permanecer ou ascender profissionalmente. Não podemos desconsiderar o fato de que esse empregado dispensado por razões discriminatórias, tende a sofrer discriminação, pelas mesmas razões ao buscar um novo emprego, ou seja, corre-se o risco de se virar um ciclo vicioso, exemplificando, um empregado transexual é dispensado em razão de sua condição sexual, ao ser entrevistado num processo de seleção para novos empregados de uma nova empresa, terá grandes chances de não ser selecionado pelo simples fato de ser discriminado em razão de sua condição sexual, ou seja, a mesma causa de discriminação (condição sexual) foi fator para que esse empregado perdesse um emprego e depois para que não fosse contratado para um novo emprego.

O arcabouço jurídico não será analisado detalhadamente no presente trabalho, mas tão somente elencado ou quando imprescindível, no máximo, sucintamente comentado, e isso é proposital, já que nos propomos a averiguar se a positivação do direito à igualdade tem sido eficaz para garantir a concreção do direito fundamental ao trabalho e o respeito à dignidade humana do trabalhador.

O estudo da dispensa discriminatória será norteado pela primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho como direito fundamental, e sob o viés do Direito Constitucional Internacional e Direito Internacional do Trabalho, Humanos, as vertentes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais mais relevantes. Tentaremos responder as seguintes indagações: A positivação do princípio da não-discriminação, através de convenções, leis, jurisprudências e súmulas tem sido efetivas para a concreção do direito fundamental ao trabalho e extinção da discriminação na relação de trabalho? O arcabouço jurídico tem sido eficaz para extinguir a discriminação no mercado de trabalho? O reconhecimento da existência da dispensa discriminatória e a posterior reintegração ou indenização devolve efetivamente ao trabalhador o direito fundamental ao trabalho e a sua dignidade? Quais os reflexos da dispensa discriminatória na sociedade?

Nossos questionamentos são imprescindíveis para se chegar a uma conclusão que sustente o fato de que ainda que positivado o princípio da não discriminação, através de lei, súmulas e convenções, este não será efetivamente concretizada sem ações afirmativas que

permita uma efetiva igualdade no mercado de trabalho, pois ainda que se reintegre o empregado que foi dispensado de forma discriminatória ou o indenize pela discriminação, o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho como direito fundamental não mais será restabelecido.

## CAPÍTULO I

### DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

#### 1. Distinção entre “normas-regras” e “normas-princípios”

Cumpre aqui, para melhor compreensão deste trabalho, distinguir em apertadas linhas as “normas-regras” das “normas princípios”. A autora Maria Hemília Fonseca, em sua obra *Direito ao trabalho: Um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*, admite que Robert Alexy contribuiu para o tema com a “teoria forte”, desenvolvendo o conceito de mandamento de otimização, cujo ensinamento a autora colacionou em sua obra<sup>1</sup>:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Contrariamente, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é o bem uma regra ou um princípio”(ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86-87).

A autora esclarece que Robert Alexy ainda leciona que havendo conflitos entre regras, esta oposição poderá ser eliminada com base na máxima “*Lex specialis derogat legi generali*”, ou seja, lei específica derroga a lei geral, o que permite a inserção de uma espécie de “cláusula de exceção” em uma das regras, e que alguns casos não admitem que seja inserida uma “cláusula de exceção” e isso ocorre quando estas regras são incompatíveis para a mesma situação fática, e que tal contradição será solucionada pelo critério de validade da lei, ou seja, pela declaração de invalidade de uma das regras, que serão submetidas aos critérios “*lex superior derogat legi inferior*”(lei superior prevalece sobre a inferior) e “*lex posterior derogat legi priori*”(lei posterior derroga a anterior)<sup>2</sup> e que os princípios são considerados mandamentos de otimização, razão pela qual exigem que algo seja realizado na medida fática

<sup>1</sup> FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*, Ed. LTr, São Paulo; 2016, p. 35

<sup>2</sup>FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*, LTr, São Paulo; 2016, p. 30-31

e juridicamente possível, ao contrário das regras que são normas que podem ou não ser cumpridas. O fato é que existem várias doutrinas distinguindo regras de princípios, mas não enveredaremos por este caminho, nos limitaremos a seguir o mesmo caminho percorrido pela autora Maria Hemília Fonseca, que aceita a possibilidade de que a norma de direito fundamental assuma a estrutura de uma regra ou de um princípio e quando nos referirmos à “norma-princípio” esta será concernente à norma que exige que algo realizado na maior medida possível diante das possibilidades reais e jurídicas existentes<sup>3</sup>. Somente é possível a colisão entre princípios válidos, lembrando que não se exige a declaração de invalidade de um deles e que não se permite que seja inserida “cláusula de exceção”, fazendo-se necessário sopesar cada princípio naquela situação concreta, o que chamamos de ponderação, sobre ponderação transcorremos a nota de rodapé citada pela autora:

(83) Robert Alexy defende que o uso da ponderação como método permite que se chegue, de forma racional, a um resultado concreto quanto aos diferentes graus de realização dos princípios, ou ainda, quanto às distintas intensidades de intervenção nos mesmos( “leve”, “média” e “grave”- ver Epílogo a La teoría de los derechos fundamentales, p. 32-33; Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, p. 78<sup>4</sup>

Essa ponderação é subdividida em três premissas, *intitulada* “máxima da adequação”, “máxima de necessidade” e “máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação propriamente dita”. E sob esse prisma, a autora cita os ensinamentos de Willis Santiago Guerra filho, na obra Teoria processual da Constituição, que são no sentido de que “*uma medida é adequada se atinge o fim almejado; necessária quando se trata do meio mais benigno, e proporcional em sentido estrito se pondera que as suas vantagens superam as desvantagens*”<sup>5</sup>

No que tange aos princípios, insta salientar ainda que inexistem em nosso ordenamento jurídico, direitos ou garantias de caráter absoluto, já que os órgãos estatais podem, ainda que excepcionalmente, adotar medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, contanto que sejam respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.452/RJ, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, cujo trecho transcorremos:

<sup>3</sup>FONSECA, Maria Hemília. Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, Ed. LTr, São Paulo; 2016Op. Cit., p. 33

<sup>4</sup>FONSECA, Maria Hemília.Op. Cit. p. 35

<sup>5</sup>FONSECA, Maria Hemília. Op. Cit. 35

“Se é certo que os órgãos de investigação parlamentar, em tema de restrição a direitos e garantias individuais, estão vinculados ao dever de motivar as deliberações que adotarem, sob pena de nulidade de tais atos declaratórios, não é menos exato-segundo entendo ( MS 23.491-DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 02/08/99) – que as comissões parlamentares de inquérito podem decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de pessoas por elas investigadas, desde que justifiquem, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional e indiquem a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados, como reconhece autorizadíssimo magistério doutrinário( MIGUEL REALE, “ Questões de Direito Público”, p. 128, 1997, Saraiva).

Não há, no sistema constitucional brasileiro, diretos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.<sup>6</sup>( GRIFOS NOSSOS)

## 2. Os direitos fundamentais e direitos sociais

### 2.1. Conceito de direitos fundamentais e direitos sociais

Em que pese o fato das expressões direitos humanos e direitos fundamentais ser empregadas indistintamente, é importante distinguir uma da outra, sendo que os autores anglo-americanos e latinos utilizam as expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”, ao passo que os autores alemães utilizam com maior freqüência a expressão “direitos fundamentais”<sup>7</sup>.

A autora Ana Lucia Coelho de Lima, fazendo referencias aos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres, sintetiza que os direitos fundamentais da pessoa humana apresentam o conceito moderno de cidadania, sendo estes os direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e os difusos, e que estes estão constantemente em conflito com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam:

Em suma, o conceito moderno da cidadania compreende os direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e os difusos, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam( TORRES, Ricardo

<sup>6</sup> MS n. 23.452/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12.5.200.

<sup>7</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 27

Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo(Coord.), Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 243-341<sup>8</sup>.

Reconhecendo que as terminologias são habitualmente empregadas indistintamente, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, distinguiu os direitos do homem, direitos humanos e os direitos fundamentais, concluindo que direitos do homem os direitos naturais que lhe são conferidos pelo simples e mera condição humana e que ainda não foram positivados, que os direitos humanos são aqueles já positivados no âmbito do direito internacional e que esses direitos estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva, já os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno em cada país. Leciona ainda que muito embora as expressões sejam corriqueiramente utilizadas como sinônimos e tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais sejam positivados, inexistente identidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo perfeitamente possível que algumas vezes esse rol dos direitos fundamentais seja menor que o rol dos direitos humanos elencados nos documentos internacionais, e em outras vezes esse rol dos direitos fundamentais ultrapasse o rol dos direitos humanos, é o que ocorre na Constituição Federal brasileira vigente.<sup>9</sup>

Sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, vale ressaltar os ensinamentos de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, que leciona que em que pese possuírem a mesma finalidade, são direitos distintos e produzidos por poderes diferentes, as normas de direitos humanos são criadas pelos organismos internacionais e dizem respeito ao conjunto mínimo de normas imprescindíveis à dignidade humana, ao passo que os direitos fundamentais são criados no âmbito interno dos Estados e são compostos pelo conjunto de direitos mínimos dos seres humanos, na esfera interna de um Estado.<sup>10</sup> Ainda sobre essa distinção, o autor salienta que os direitos fundamentais são direitos que o constituinte de um Estado adotou como os imprescindíveis à preservação da dignidade do homem, e que podem coincidentemente, mas não necessariamente, ser direitos humanos, sendo que inclusive podem seguir em outro sentido, o que depende da perspectiva sob a qual é trabalhada, nesse sentido

---

<sup>8</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 30

<sup>999</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 39.

<sup>10</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. A negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, 11ª, 2006, Brasília. O MPT como promotor dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2006. p. 206-214.

temos como exemplos o FGTS, 13º salário e o 1/3 de férias, verbas estas elevadas à condição de direitos constitucionais, mas não direitos humanos, já que são dispensáveis para a preservação da dignidade humana.<sup>11</sup>

Cumprir destacar que após a Revolução Francesa, os direitos fundamentais foram positivados nas Constituições de vários países, e tal fato ocorreu gradativamente e em processo cumulativo e qualitativo, e em razão desse processo gradativo, os constitucionalistas passaram a classificá-los, para efeitos didáticos e de acordo com o momento histórico em que foram reconhecidos nas Constituições desses países, em direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração.<sup>12</sup>Ocorre que o termo “geração” tem sido doutrinariamente criticado pela doutrina moderna, isso porque muito embora viabilize o estudo dos direitos fundamentais, induz à idéia de uma sucessão histórica inexistente, que não segue a ordem cronológica desses direitos, ou seja, primeiro os de liberdade, depois os de igualdade e prosseguindo o terceiro que são os de fraternidade, isso porque em alguns países os direitos civis e políticos foram constitucionalizados antes dos direitos sociais.<sup>13</sup>O Brasil é um exemplo de país em que a efetivação dos direitos civis e políticos antecedeu a dos direitos sociais, sendo que inclusive na “Era Vargas”, entre o ano de 1937 e 1945 período compreendido como Estado Novo, inúmeros direitos sociais, principalmente os direitos trabalhistas e previdenciários foram reconhecidos, sem que direitos de liberdade, como o de imprensa, de reunião, associação, e direitos políticos como o de voto e de filiação partidária ainda não tinham sido positivados. Essa desarmonia cronológica também ocorreu na esfera internacional, eis que a Organização Internacional do Trabalho criada em 1939, instituiu diversas convenções regulamentando direitos sociais, antes mesmo de internacionalizar os direitos civis e políticos. Não houve uma sucessão de geração de direitos fundamentais, mas sim uma complementaridade da primeira geração, daí a razão do autor Ingo Wolfgang Sarlet adotar o termo “dimensões” dos direitos fundamentais<sup>14</sup>, posicionamento ao qual nos filiamos.

---

<sup>11</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. A negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, 11ª, 2006, Brasília. O MPT como promotor dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2006. p. 206-214.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.563

<sup>13</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p.31-32.

<sup>14</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 53

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, também conhecida como direitos individuais ou direitos de liberdade surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, tinham como objetivo a preservação da liberdade individual e o não intervencionismo estatal, e tem como destinatários os indivíduos isoladamente considerados, pois constitui os direitos civis e políticos, dentre eles: o direito à liberdade individual, à vida, à segurança, à igualdade de tratamento perante a lei, direito de ir e vir, direito de liberdade de culto, crença.

Já a segunda dimensão de direitos fundamentais se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes de anseios de igualdade, frutos de movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX que buscavam a garantia de condições materiais aos cidadãos cobrando atitudes de promoção de igualdade formal, material e real por parte do Estado, a quem foi atribuído o dever de proteção dos hipossuficientes nas relações sociais de trabalho e os padrões mínimos de uma sociedade equitativa, estando elencados no rol dos direitos de segunda dimensão os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos ou de coletividades. Sua institucionalização começou com a Constituição do México, de 1917, prosseguindo com a Constituição da Alemanha( Constituição de Weimar, de 1919), sendo os direitos sociais acolhidos por outras Constituições de outros países após o término da primeira Guerra Mundial<sup>15</sup>.

Por derradeiro temos a terceira dimensão de direitos fundamentais, iniciando os direitos de povos ou direitos coletivos motivados no anseio de fraternidade ou solidariedade, que dominou a segunda metade do século XX, repleto de conteúdo de humanismo e universalidade destinado não especificamente à proteção de um indivíduo, de um grupo ou um Estado, mas sim ao gênero humano, surgindo daí os direitos metaindividuais ou difusos, dentre eles o direito ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à paz, ao meio ambiente. Sobre os direitos de primeira, segunda e terceira geração, explica com brilhantismo o Ministro Celso de Mello no voto exarado no Mandado de Segurança 22.164:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos

---

<sup>15</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009... p. 30

genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.[MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.]

Ocorre ainda que a autora Ana Lúcia de Lima admite já haver doutrinadores visualizando novas espécies de direitos, citando que Paulo Bonavides<sup>16</sup> afirma surgir uma quarta dimensão de direitos, provenientes da globalização política, imprescindível para minimizar os efeitos devastadores do neoliberalismo extraído da globalização econômica deste novo milênio, sendo os mesmos direito à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>17</sup>. A autora ainda sintetiza que essa concepção contemporânea dos direitos fundamentais não exclui uma dimensão da outra, pelo contrário, se complementam, conforme trecho que ora transcorremos:

“A concepção contemporânea dos direitos fundamentais, portanto, compreende a liberdade( direitos civis e políticos), a igualdade( direitos sociais, econômicos e culturais) e a fraternidade ou solidariedade( direitos ou interesses metaindividuais) como valores indissociáveis, na medida em que tais gerações ou dimensões de direitos não são categorias isoladas, que se excluem, mas que se complementam, dado o caráter de universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade que esses direitos assumem no ordenamento brasileiro e no direito internacional”<sup>18</sup>

De fato, a matéria dos direitos fundamentais está relacionada à teoria geral da cidadania, que é vinculada à preservação e ao respeito da dignidade humana. Sobre o conceito de cidadania, mencionaremos o conceito do professor Carlos Henrique Bezerra Leite, ao qual nos filiamos:

A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanção do direito subjetivo do indivíduo de participar dos negócios do Estado para se transformar na idéia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exhibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e direitos sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.571

<sup>17</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 28

<sup>17</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Op. Cit.. p. 29

<sup>18</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Op. Cit.. p. 28-29

<sup>19</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. Cit. p. 32

A cidadania é composta pelos direitos fundamentais da pessoa humana, isto é, direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e difusos, intimamente ligado com a concepção de liberdade, justiça social, econômica, igualdade e solidariedade. Segundo Maurício Godinho Delgado, a cidadania é a titularidade de um variado rol de direitos atribuída à pessoa humana no âmbito do Estado e da sociedade civil, sendo a cidadania conexas à democracia que por sua vez equivale à noção de inclusão social, política e institucional conexas e ainda que o indivíduo seja pobre e não detentor do poder ele é titular de uma série de prerrogativas institucionais, sociais, econômicas e culturais, e isso só realmente existiu após o século XX.<sup>20</sup>

## **2.2. Direitos sociais dos trabalhadores como direitos fundamentais**

Conforme já afirmado anteriormente, os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, são normas positivadas, que viabilizam melhores condições de vida aos trabalhadores e que tem como objetivo equilibrar as condições de desigualdade, através da criação de condições materiais com maior efetividade de se alcançar uma real igualdade, o que conseqüentemente também viabilizará o efetivo exercício da liberdade.

As Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988, elencavam os direitos de ordem social juntamente com os direitos de ordem econômica, catalogando os direitos sociais (art. 6º, 7º usque 11; 170 usque 232), no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II do Título II da Constituição Federal). Ao contrário das anteriores, a Constituição Federal de 1988 dedicou o Capítulo II, do Título II aos direitos sociais, prevendo expressamente no artigo 6º, que a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados são direitos sociais<sup>21</sup>. De fato, a Constituição Federal vigente inseriu o capítulo dos “Direitos Sociais” no mesmo título destinado aos “direitos e garantias fundamentais”, ao lado dos Direitos individuais e coletivos, porque são os direitos sociais que garantem dignidade ao

---

<sup>20</sup>DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 4ª Edição, São Paulo, 2017. p. 95

<sup>21</sup>Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015\)](#)

trabalhador, não havendo que separá-los, mas sim interligá-los. Nesse sentido leciona Flávia Piovesan:

O texto de 1998 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais( ver capítulo II do título II da Carta de 1998). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não contando do título dedicado aos direitos e garantias. Nesta ótica, a Carta de 1998 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade<sup>22</sup>.

### 2.3. A fundamentalidade do direito

O que é um direito fundamental no ordenamento jurídico?

Nossa Constituição Federal quanto á fundamentalidade de direitos é mais abrangente que outras Constituições, isso é facilmente constatado se por exemplo comparada às constituições portuguesa e espanhola, conforme leciona Maria Hemília Fonseca ao citar os ensinamentos de SILVA, Virgílio Afonso, na obra “A constitucionalismo do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 39 “*o sistema jurídico brasileiro tem uma Constituição mais abrangente do que a Constituição alemã (e que podemos inserir as Constituições portuguesa e espanhola), especialmente no seu catálogo de direitos fundamentais*”. Leciona ainda a autora que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil vigente prevê expressamente que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados(...)*” e tal previsão legal permite que outros direitos não elencados no Título II possam revelar o caráter de fundamental <sup>23</sup>. Explica a autora que o conceito de fundamental não é doutrinariamente pacificado, e por isso se reportando aos comentários de Martin Borowski, na obra *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 33-37 que mostra três possíveis conceitos ou talvez três prováveis critérios para conceituar direito fundamental, e que para melhor esclarecimento também nos

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34

<sup>23</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p. 46

remeteremos aos mesmos preceitos, transcorrendo integralmente os parágrafos mencionados apontados na obra autora:

“O primeiro conceito possível de direito fundamental é o conceito formal, o qual, como o próprio nome indica, vale-se de um critério formal para delimitar a categoria dos direitos fundamentais. Este critério pode materializar na inscrição de uma norma em um determinado catálogo, mas “esta variante do conceito formal pode não ser um conceito satisfatório, porque existem alguns direitos fundamentais que estão previstos fora do catálogo de direitos fundamentais da Constituição”.

Uma outra variante do critério formal é a via processual, que se baseia nas garantias processuais impressas a determinados direitos pela Constituição. Contudo, quando encarada de forma isolada, esta via também não parece ser um critério satisfatório de conceituação.

Sob tal perspectiva, “os conceitos formais de direito fundamental de direitos fundamental certamente podem ser úteis para o trabalho prático porém em caso de dúvida resulta imprescindível acudir a um conceito material”. Este, por sua vez, concentra-se no fato de que os direitos fundamentais procuram transformar direito positivo.

Por último, o autor trabalha o conceito procedimental que, sem se afastar dos critérios formal e material, refere-se “a quem pode decidir sobre o conteúdo dos direitos: o constituinte ou o legislador ordinário”

Após transcorrer as lições supramencionadas, a autora Maria Hemília Fonseca concorda que o posicionamento doutrinário mais adequado é aquele cuja fundamentação é vinculada a um critério formal, tendo em vista que este corresponde à forma de positivação adotada no texto constitucional<sup>24</sup>.

Um direito fundamental retrata a vanguarda do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais. A Constituição Federal de 1988 é a norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo que art. 7º, I da Constituição Federal, é um exemplo de norma de eficácia limitada, razão pela qual os trabalhadores somente estarão protegidos contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa após a edição de lei complementar, isso não significa que enquanto esta lei complementar não for editada os trabalhadores estarão desprotegidos contra a dispensa arbitrária, pois as normas constitucionais possuem efeitos jurídicos imediatos. Assim, ainda que o art. 7º, I, da Constituição Federal esteja pendente de regulamentação, tem o poder imediato de revogar todas as normas que com ele sejam incompatíveis e aptas a impedir a edição de normas que contrariem seus princípios, consoante

---

<sup>24</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p 48- 49

a denominada eficácia negativa, ou paralisante. O texto constitucional exterioriza claramente a sua intenção na manutenção do emprego e a continuidade do pacto laboral, exemplo disso foi a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.721-3 ter declarado inconstitucional o §2 do artigo 453 da CLT, cujo texto o texto extinguiu o vínculo de emprego do aposentado que não tivesse completado 35 anos de serviço, se homem, ou 30 se mulher. Sendo o trabalho um direito social, previsto no art. 6º da Constituição, e a relação de emprego protegida expressamente artigo 7º, I, da Constituição Federal, os referidos dispositivos legais não poderiam ser alterados por emenda constitucional, muito menos poderiam sofrer limitação através de simples lei ordinária, como é o caso da Lei n. 13.467/2017.

### **3- Os princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais**

#### **3.1. Diferenciando princípios jurídicos de regras jurídicas**

Primeiramente, oportuno diferenciar princípios jurídicos de regras jurídicas para melhor entendimento do papel dos princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais, isso porque ambos são normas, porém o princípio é mais genérico e mais abstrato que as normas, pois não se referem aos fatos concretos, porém o espaço de sua aplicabilidade é mais limitado, podendo ser cumpridos de diferentes maneiras e em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas do caso concreto. Em contrapartida, as regras são expressamente determinadas, só podendo ser cumpridas de uma única forma, exatamente como preceituado no dispositivo legal. Leciona ainda Ana Lucia Coelho de Lima que a diferença entre princípios e regras fica mais perceptível no momento em que acontece colisão de princípios e conflitos de regras, a colisão do princípio é solucionada de maneira diferente do conflito de regras, eis que havendo colisão de princípios válidos( “lei de colisão”), esse conflito será solucionado através da teoria da ponderação, ou seja, analisar-se-á a dimensão do peso de cada princípio, já se ocorrer um conflito entre duas regras tal conflito, o que será analisado é a validade jurídica da regra, ambas juridicamente válidas, o conflito será solucionado por outra regra(especialidade), a norma especial prevalecerá sobre a geral.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup>LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p.35-36

### 3.2. O papel do princípio da dignidade humana na efetivação dos direitos sociais do trabalhador

A dignidade humana sempre foi uma preocupação desde a antiguidade, sendo que na antiguidade clássica a dignidade era auferida de acordo com a posição social de cada indivíduo, logo, existiam pessoas mais ou menos dignas e isso se dava em razão de sua posição social, já no período do estoicismo, considerava-se a dignidade intrínseca ao ser humano, e esta dignidade que não era nem maior e nem menor para um ou para outro, mas sim igual o distinguia o homem dos demais seres<sup>26</sup>.

O autor Alysson Leandro Mascaro, ao discorrer sobre a dignidade humana, cita os ensinamentos de Ernst Bloch( 1885-1977) filósofo de tradição marxista, que tinha o futuro como objeto de análise, o que o tornou o mais importante filósofo contemporâneo a tratar de temas como utopia e esperança, publicando obras como *O espírito da utopia* e *o Princípio esperança*, o autor separou o socialismo científico do que foi chamado de socialismo utópico, o que representou uma visão bastante idealista e inerente ao século XIX, já que afirmava ser a visão do socialismo utópico a responsável por transformar o termo utopia em algo fantasioso, e combatendo tal fato, apontou o conceito de utopia concreta, como sendo esta constituída pela “*compreensão das reais situações históricas, com suas contradições e as possibilidades de sua superação*”<sup>27</sup>Bloch, na obra *Direito natural e dignidade Humana* Bloch, na qual aborda a utopia jurídica como uma especificidade da utopia concreta que somente alcançada com a transformação da miséria e humilhação, próprias da estrutura social capitalista em uma sociedade fraterna e socialista. O filósofo ainda criticou o direito natural dizendo que o mesmo é incapaz de garantir a dignidade humana, justificando a necessidade de sua superação e apontando a dignidade como suma luta social radical, sugerindo ainda que houvesse uma mudança de ótica do leitor e do estudioso do direito, não mais construindo o pensamento a partir do alto, do poderoso e explorador, mas sim partindo de baixo, do pobre e explorado, também se posicionou quanto ao quadro das utopias jurídicas, tratando dos lemas da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”, registrando que esse conjunto de lemas só podem ser efetivamente implantados pelos proletários sendo o socialismo a

---

<sup>26</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 4. Ed. Porto alegre: livraria do advogado, 2006. p.29-30.

<sup>27</sup> MASCARO. Alysson Leandro. Filosofia do direito. 5. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Atlas Ltda. São Paulo, 2016 . P. 491-493

fraternidade indispensável para a paz e a fraternidade, com ampla liberdade e com igualdade suficiente á felicidade<sup>28</sup>.

Antonio Pinto de Carvalho, na tradução da obra Fundamentação da metafísica dos costume, do filósofo Immanuel Kant, afirma que este elaborou uma fórmula com o imperativo: *“Proceda de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio”*<sup>29</sup>, tal pensamento enaltece o homem, colocando o ser humano na posição de prestígio, de ser a meta atingida e não o meio para se atingir uma meta. O filósofo se posiciona no sentido de que a dignidade humana não tem preço e está infinitamente acima de qualquer valor. Para melhor elucidação do pensamento do filósofo, destacamos parte de seus ensinamentos:

(...) tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por outra qualquer coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo o preço, e por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade(...). esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a santidade”(grifos do original)<sup>30</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>31</sup>, datada de 1948, trouxe em seu preâmbulo a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamentos da liberdade e da justiça e da paz no mundo, no art. 1º, reitera que *“(...) todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e uns devem agir em relação aos outros com espírito e fraternidade”*e, no artigo 23 elencou que

- “1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade

<sup>28</sup> MASCARO. Alysson Leandro, Op Cit. P. 497

<sup>29</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964.p 62

<sup>30</sup> LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 98

<sup>31</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n. 217, na 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10.12.1948.

humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses”.

Ao explicar a dignidade humana Ana Lucia Coelho de Lima, faz menção aos ensinamentos do Professor *Ingo Wolfgang Sarlet*, que por sua vez explica que as principais dimensões da dignidade humana são: Ontológica, onde a dignidade é considerada uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, não podendo ser criada e sim reconhecida, respeitada e protegida, também não pode ser retirada mas tão somente violada. Na dimensão Intersubjetiva, a dignidade é tida como o valor próprio de cada pessoa e de todas as pessoas, e em razão disso só faz sentido na esfera da intersubjetividade e da pluralidade, e em razão disso resulta na obrigação de respeito pela pessoa que é detentora de um conjunto de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, além de acarretar ao Estado a obrigação de reconhecer e proteger essa dignidade pela ordem jurídica, cuidando para que todos recebam igual consideração por parte do Estado e da comunidade. Já na dimensão histórico-cultural, a dignidade o professor leciona que a dignidade não deve ser considerada exclusivamente intrínseca á natureza humana, pois também é resultado do trabalho de várias gerações e da humanidade como um todo, motivo pelo qual as dimensões naturais e culturais da dignidade humana se dialogam entre si e se completam. Destaca ainda que o Professor *Sarlet* conclui que a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão dúplice, que se revela como expressão da autonomia da pessoa humana, ou seja da autodeterminação no que se refere às decisões essenciais a respeito de sua própria existência, e qual também se revela como a necessidade de proteção por parte da comunidade e do Estado que deve prestar assistência à pessoa humana, principalmente quando esta não possuir capacidade de autodeterminação, sendo que o professor atribuiu à dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundamental do ordenamento jurídico, vez que o artigo 1º, III, da Constituição Federal vigente declarou que o Estado existe em função da pessoa humana e reforçou a idéia de dignidade como limite e tarefa dos poderes estatais<sup>32</sup>. Importante evidenciar que o referido posicionamento está em perfeita consonância com os ensinamentos do filósofo Immanuel Kant, que já tratamos anteriormente, e é nessa mesma direção que o legislador brasileiro caminhou ao consagrar a dignidade humana como um dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil ( art. 1º, III) e ao dispor inúmeros artigos da

---

<sup>32</sup>LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 39- 41

Carta Magna de 1988, como por exemplo no artigo 170, *caput*, que preceitua que “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,*” no artigo 227 que prescreve que “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”. A dignidade também está consignada no artigo 230, *caput*, que estabelece que “*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*. Mais uma vez constou na Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vez que o artigo 3º dispõe que “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:(...). IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, como um dos objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil.

Ao relacionar o direito do trabalho com os direitos humanos Maurício Godinho Delgado explica que o universo social, econômico e cultural dos direitos humanos passa pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este direito regula a principal modalidade de introdução dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, desempenhando o papel de garantir um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas que, em regra, não alcançariam. Evidencia ainda o autor que a dignidade da pessoa humana não pode mais se limitar à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com conseqüências positivas conexas no plano cultural.<sup>33</sup>

O artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal deve ser interpretado juntamente com o artigo 7º da Carta Magna, que está ligado ao artigo 5º da Constituição Federal, o que nos leva afirmar que os direitos sociais dos trabalhadores nada mais são que a concretização da democracia substancial prevista no preâmbulo da Constituição Federal vigente que assim dispõe “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores*

---

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit 78.

*supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional*". Esse Estado democrático e social de direito restou sobejamente demonstrado na maioria dos princípios fundamentais, dentre eles no artigo 1º, I a III que preceitua que a República Federativa do Brasil(...) tem como fundamentos: *I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;*" e art. 3º, I, III e IV que "*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*". Em razão de tudo isso, ousamos concluir que os direitos sociais dos trabalhadores constituem direitos fundamentais de segunda geração, devendo ser considerados como "cláusulas pétreas", o que conseqüentemente os impede de ser objeto de emenda constitucional e eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, impedindo o retrocesso, conforme leciona Flávia Piovesan:

Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos. Além disso, sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais.<sup>34</sup>

Após consignar todos esses dispositivos legais acima, é importante destacar que nossa Constituição Federal está em total consonância com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe em seu preâmbulo que "*o relacionamento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*", bem como reconhece que tais direitos derivam da dignidade intrínsecos à pessoa humana e que o "*ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria*", sendo certo que para que esse ideal ocorra, faz-se necessário a criação de condições que permitam que cada indivíduo possa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, civis e políticos.<sup>35</sup> Também importante de destacar que além

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.p.183

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto n° 592, de 6.7.1992

do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais anteriormente mencionado neste parágrafo, o Brasil também subscreveu o *Protocolo de San Salvador*, de 1988, como instrumento adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1996, intitulada pacto de *San José da Costa Rica*, que explicitamente recepcionou o princípio da proibição do retrocesso social ou da aplicação progressiva dos direitos sociais.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana é vetor axiológico e interpretativo da Constituição Federal, esta passa a ser indispensável para se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, sociedade esta que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o inciso I do artigo 3º da Carta Magna, logo a dispensa do trabalhador deve ser analisada sob esses prismas. A dispensa do trabalhador encontra óbice na Constituição Federal, pois o artigo 1º, inciso IV, elenca como um dos fundamentos da república os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o caput do artigo 170 traz como um dos princípios gerais da atividade econômica a valorização do trabalho humano, dispondo ainda no artigo 193 que *“a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”*, acrescentando, no artigo 5º que *esses direitos e garantias expressamente previstas “(...) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”*. Consignando ainda no artigo 5º, § 2º que, além de todos os direitos previstos, os direitos e garantias expressos na Constituição *“(...) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. Essas garantias são instrumentos de efetividade dos direitos fundamentais, bem como legitimam as ações estatais para a defesa dos direitos fundamentais, e como ponderou o professor Ingo Wolfgang Sarlet as garantias são autênticos direitos subjetivos, haja vista que são vinculadas aos direitos fundamentais, são essas mesmas garantias que conferem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos respeito efetivação dos seus direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Não sendo o objetivo do presente trabalho esgotar os princípios do direito do trabalho e de direitos humanos, mas sim tratar da dispensa discriminatória sob o enfoque do princípio da dignidade humana e do direito fundamental ao trabalho, nos limitaremos a tratar do princípio da igualdade e do princípio da não discriminação.

---

<sup>36</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 4. Ed. Porto alegre: livreria do advogado, 2006. p. 199

### 3.3. Princípio da igualdade

A igualdade é uma busca constante da humanidade, em que pese não haver um consenso quanto à inserção do princípio da igualdade na história, pois alguns autores afirmam que iniciou com os estoicos, outros com o Cristianismo, tendo o auge com a Revolução Francesa de 1789, que tinha como lema “igualdade fraternidade e liberdade”. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 1789 dispõe que todos os homens nascem e permanecem iguais em direitos. Também é prestigiada pela nossa Constituição Federal vigente, tanto é verdade que a mesma em seu preâmbulo enaltece o princípio da igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, exaltando a igualdade como um dos objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme previsto no art. 3º, III. A Carta Magna também zelou pela igualdade ao afiançar no art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Mas a Constituição Federal não parou por aí, zelou pela igualdade em outros inúmeros dispositivos legais, seja proibindo a discriminação ou estabelecendo políticas públicas para acabar ou ao menos diminuir as desigualdades sociais existentes. O artigo 5º reconhece os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos, promovendo a igualdade ao preceituar que “(...) os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações(...)” (inciso I); “(...) ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política(...)” (inciso III); “(...) a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLV); “( a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (inciso XLI). Ainda velando pela igualdade, no artigo 7º, o constituinte ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX), bem como proibiu qualquer tipo de discriminação quanto ao salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI), proibiu a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais com vínculo empregatício ou avulso (XXXIV). A igualdade também foi zelada e conseqüentemente vedada a discriminação quando preceitou no artigo 12 que “(...) a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados(...)”. De fato, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, enfatizou a igualdade tanto como princípio quanto como regra constitucional, e como bem

asseverou a autora Ana Lucia Coelho de Lima, explicando os ensinamentos Lutiana Nacur Lorentz sintetizou que: *“A igualdade, portanto, atuando como norma jurídica- como regra e princípio constitucional- deverá nortear toda a lógica jurídica, tanto como função interpretativa do sistema jurídico quanto como função normativa própria, ou seja, a norma jurídica da igualdade deverá ser usada para interpretar o sistema jurídico, assim como para normatizá-lo supletivamente e de forma concorrente com outras regras existentes”*(LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. In: Revista do Ministério Público do trabalho, Brasília: LTr, n.27, p. 27, p.88-122, Marc. 2004).<sup>37</sup>

Maurício Godinho Delgado enfatiza que muito embora não seja pacífica a diferenciação entre o conceito de princípio da não discriminação e princípio de isonomia, esclarece que o princípio da não discriminação parte de um piso de civilidade, de um patamar mínimo indispensável para a convivência humana, ao passo que o princípio da isonomia é mais amplo e ultrapassa o da não discriminação, tem como objetivo igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham importante ponto de contato entre si, podendo esse comando igualizador ser resultado de simples conveniência política, cultural ou de outra natureza, sem necessariamente se apresentar fundamentalmente para assegurar um piso mínimo de civilidade( não discriminação). Completa o autor que o direito, por critério isonômico amplo, enfatizador dos pontos de contato entre o que se enquadra em princípio da não discriminação e da isonomia, desconsiderando os pontos diferenciadores reais entre os dois, optou em determinar a igualdade de tratamento, sendo esta determinação de cunho constitucional( art. 7º, XXXIV, CF/88). Citando o jurista Américo Plá Rodriguez, na obra Princípios de Direito do trabalho, 3. Ed, São Paulo: LTr, 2000. P. 442, explica que não é objetivo do Direito do Trabalho proibir todas as diferenças, mas sim proibir as diferenças injustificadas(discriminação).<sup>38</sup>

A obrigatoriedade dessa igualdade é imprescindível para a redução das desigualdades, porém não basta que o Estado não discrimine, para que essa igualdade seja efetivamente cumprida, o Estado deve atuar positivamente, promovendo políticas de igualdade, essa igualdade está profundamente ligada ao princípio da dignidade humana, tanto é verdade que a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas assegurou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Essa igualdade é pressuposto indispensável para

---

<sup>37</sup>LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 43

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo p. 810/812

que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, daí a razão de ser inaceitável a discriminação da pessoa humana em razão de sua raça, condição financeira, estado de saúde, sexo ou condição sexual.

O princípio da isonomia consiste na “igualdade formal” e também denominada “igualdade perante a lei”, de origem na teoria constitucional clássica, que é herança do filósofo Jean-Jacques Rosseaue foi criada com o objetivo de acabar com as vantagens advindas da divisão da sociedade por castas sociais. O referido princípio foi adotado pelas Constituições Francesas de 1791, 1793 e 1795; Constituição Belga de 1830(art. 6º); Constituição de Weimar de 1939(art. 109, §1º; Constituição austríaca de 1920( art. 7º, §1º; Constituição Búlgara de 1947( art. 71), Constituição italiana de 1948( art. 3º); e nossa Constituição Federal vigente preceitua expressamente a igualdade no art. 5º, *caput.*. Trata-se de um princípio genérico, que pode ser compreendido pela “igualdade perante a lei” e a “lei é igual perante todos”, é uma forma genérica, historicamente determinada de igualdade ou dos direitos, porém esta se mostrou ineficaz para garantir a efetiva igualdade entre os seres humanos, motivo pelo qual o entendimento doutrinário e jurisprudencial passou a atribuir à expressão “igualdade perante a lei” um novo sentido:” igualdade na lei” ou “igualdade em direitos”, esse novo sentido tem uma acepção maior que uma mera “igualdade perante a lei”, ou seja, não se trata somente de todos serem considerados iguais perante a lei, mas sim da possibilidade de todos usufruírem, sem qualquer tipo de discriminação, de todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Parte da idéia de que a igualdade real é efetivamente realizada não quando todos possuem o mesmo direito, mas sim quando o Estado possibilita que todos exerçam e desfrutem efetivamente dos direitos que lhe são conferidos, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem estar de todos, ainda que para isso tenham que ser tratados desigualmente, dispensando um tratamento especial á determinadas pessoas, tal como ocorre na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998 assegura benefício previdenciário ao portador de deficiência, independentemente de contribuição previdenciária, conforme se denota no artigo 203, cujo texto transcorremos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:  
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;  
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;  
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;  
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A esse respeito, a autora Ana Lucia Coelho de Lima leciona que o Estado Democrático de Direito efetivamente garantirá que todos os cidadãos usufruam dos direitos sociais e individuais, sendo indispensável que se busque uma igualdade real, eficaz para reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. A autora pontifica que “(...) “a igualdade de direito” opõe-se à “igualdade de fato” e corresponde à contraposição entre igualdade formal e igualdade material. Já a “igualdade jurídica”-de âmbito mais estreito- reveste o atributo particular que faz de todo membro da coletividade um sujeito de direito, dotado de capacidade jurídica.”<sup>39</sup> A igualdade tem que ser concretizada, não basta que uma lei disponha sobre ela, faz- se necessário que ela seja vivida efetivamente pelos cidadãos, cabendo ao poder público viabilizar a sua concreção, pois o princípio da isonomia não é autoaplicável, como bem já asseverou o Ministro Celso de Mello no julgado que abaixo transcorremos:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (MI 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 14-12-1990, P, DJ de 19-4-1991.)

### 3.4. Princípio da não discriminação

Podemos sintetizar que o princípio da não discriminação compreende a “igualdade em direitos”, um conceito bem mais amplo que “a igualdade perante a lei”, pois não se limita ao

---

<sup>39</sup>LIMA, Ana Lúcia Coelho de. Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 47

fato de que todos são iguais perante a lei, mas que todos tem podem usufruir de todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados sem qualquer discriminação.

A Organização Internacional do Trabalho, na Convenção n. 111, que traz em seu artigo 1º, item 1, “a” que a “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

O próprio preâmbulo da Convenção acima mencionada e denominada ‘Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958’, e que ratificada pelo Brasil através do, ressalta que “(...) a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais; (...) e considera que “(...) a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem(...).

O Brasil também ratificou outras Convenções anti-discriminatórias, dentre elas transcorreremos os somente os artigos que servirão de base para o nosso trabalho e respostas aos questionamentos que nos propusemos tentar responder, motivo pelo qual destacamos: a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e; a Convenção Interamericana Para a Eliminação de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu preâmbulo considera que a “*Carta das Nações Unidas fundamenta-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos*”, que a “*Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada indivíduo pode valer-se de todos os direitos nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, principalmente de raça, cor ou origem nacional*” e que todos os Estados-Membros se comprometeram a “*promover e encorajar o respeito universal e efetivo pelos direitos*

*humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião*” promoção esta que é um dos propósitos das Nações Unidas que por sua vez “*condenaram o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação que o acompanham*” e afirmaram oficialmente “*a necessidade de se eliminar rapidamente todas as formas e todas as manifestações de discriminação racial através do mundo e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana*”. A Convenção supracitada ainda afirma o convencimento da falsidade científica de todas as doutrinas de superioridade fundamentadas em diferenças raciais, além de considerá-las “*moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas*”, declarando injustificável a discriminação racial na teoria e na prática. Além disso, assegura que “*a existência de barreiras raciais é incompatível com os ideais de qualquer sociedade humana*”. Deslinda a discriminação racial, ao estabelecer no seu art. 1º que:

“Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

O Brasil também ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher que em seu preâmbulo relembra que “*a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade*”. Essa Convenção define a “discriminação contra a mulher”, no seu art. 1º:

Art. 1º- Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Ousamos afirmar que o princípio da não discriminação tem como objetivo inviabilizar desigualdades circunstanciais ou injustificadas, ainda que para isso o próprio constituinte tenha que tratar de forma desigual, dispensando uma proteção especial àqueles que se encontram em condições de desvantagem, essa autorização de tratamento desigual é doutrinariamente denominada *descri-men*, e este não poderá ferir o princípio da isonomia, o

que para isso se faz necessário que não atinja somente um sujeito e sim indiscriminadamente pessoas ou situações que sofrerem a determinada discriminação.

A discriminação também será legítima, quando se tratar de “discriminação positiva”, também denominada “ação afirmativa”, que como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais será objeto de análise em momento oportuno. É esse tratamento desigual, por exemplo nos certames de concursos públicos que viabilizará a igualdade entre as pessoas, pois permitirá, por exemplo, o pleno acesso à educação ou ao emprego. Esse é o sentido de igualdade, tratar de modo desigual os desiguais. E sobre a igualdade, igualdade de direitos, espírito do direito do trabalho, ninguém melhor que Rui Barbosa para defender essa idéia que de forma poética na obra Oração aos Moços, cujo trecho transcorremos:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> BARBOSA, Rui. ORAÇÃO AOS MOÇOS, página 26. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso 05 Mai 2018

## CAPÍTULO II

### DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

#### 1. Breve relato sobre a história do direito ao trabalho.

A autora Maria Hemília Fonseca ao tratar do direito ao trabalho, citou as palavras de Maritain que afirmou que *“a maior conquista de nossos tempos foi o reconhecimento da dignidade do trabalho e da dignidade do trabalhador”*, completando que a exigência de um trabalho, além de ter como objetivo a sobrevivência do homem, está vinculada à idéia de dignidade humana e em razão disso, ligada à valoração do trabalho como forma de realização pessoal, citando inclusive que para a maioria dos doutrinadores o trabalho é um direito e que ao contrário desse entendimento doutrinário majoritário, P. J. Proudon critica esse reconhecimento de trabalho digno e o qualifica como indigno em razão de condenar o trabalhador ao eterno trabalho que é insuficiente para que todos o tenha, além de ser aristocrático por permitir a desigualdade social e a exploração dos produtores sobre aqueles que nada produzem, considerando-o perigoso vez que favorece os interesses das classes possuidoras e concluindo que o direito ao trabalho e o direito de propriedade são incompatíveis e contraditórios. Ainda sobre o direito ao trabalho na época da Revolução Industrial (antes do ano de 1848), a autora cita que o Karl Marx produziu diversas obras buscando explicar a história da humanidade através das estruturas materiais de produção, e transcorre trecho da obra *“Las Luchas de Clases em Francia( 1848 a 1850) que , o que aqui também fazemos: o direito ao trabalho é, no sentido burguês, um contra-senso, um desejo piedoso e infortunado, porém atrás do direito ao trabalho está o poder sobre o capital, e atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, e sua submissão à classe trabalhadora associada e, por conseguinte, a abolição tanto do trabalho assalariado como do capital e suas relações mútuas( MARX, Karl. Lãs luchas de classes em Francia( 1848 a 1850), p. 80. In CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Derecho AL trabajo, libertad profesional y deber de trabajar, p. 19).<sup>41</sup>*

No ano de 1948, os trabalhadores parisienses saíram às ruas gritando: *“o direito ao trabalho, em uma hora”*, o que fez com que o Governo Provisório Republicano firmasse o compromisso de assegurar trabalho a todos os cidadãos através do decreto elaborado por Louis Blanc, compromisso este que se tentou concretizá-lo criando os “ateliês nacionais(

---

<sup>41</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p p. 98/102

*ateliers nationaux*), surgindo o conceito histórico de direito ao trabalho. Com o passar do tempo começou a faltar trabalho e o governo começou a indenizar as pessoas a quem não podia dar emprego, atraindo os provincianos para fixar moradia na cidade de Paris e assim se beneficiar destas indenizações, tentando resolver o problema após acabar o dinheiro, o governo francês tentou alistar os desempregados no Exército, enfim, foi uma sequência de tentativas que não solucionou o problema do desemprego, chegando ao fim desses ateliês franceses. Essa exigência socialista de um direito ao trabalho foi combatida pelos liberais que temiam a instrumentalização e planificação do Estado pelo proletariado e, conseqüentemente, o fim da liberdade de trabalho. Esse direito ao trabalho foi reconhecido no projeto da Constituição Francesa de 1848, sendo que foi após este período, o trabalho passou a ser considerado um direito.

Foi no século XX que o direito ao trabalho foi normatizado internacionalmente e recepcionado em várias constituições nacionais esse processo de internacionalização das normas de direitos econômicos, sociais e culturais ligadas às ações da ONU, da OIT. Completa ainda Maria Hemília Fonseca que nos países que tiveram inspiração no antigo modelo soviético, houve uma fusão do direito ao trabalho com o dever de trabalhar, e a instrumentalização desse direito-dever estava sujeita a uma detalhada planificação dos recursos e das necessidades de trabalho.<sup>42</sup>

Consta no preâmbulo da Constituição de 1919 da Organização Internacional do trabalho<sup>43</sup> “*a luta contra o desemprego é uma maneira de melhorar as condições de trabalho que contêm tal grau de injustiça, miséria e privações para um grande número de seres humanos(...)*” Consta também no artigo 23 da Declaração Universal de Derechos Humanos<sup>44</sup>, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas “*Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre eleição de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego*”. O direito ao trabalho foi reconhecido no artigo 6.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>45</sup>, adotado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que preceitua: “*Os Estados Partes no presente Pacto*

<sup>42</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p p. 106

<sup>43</sup> Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)

<sup>44</sup> Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

<sup>45</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)

*reconhecem o direito a trabalhar, que compreende o direito de toda pessoa a ter a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas adequadas para garantir este direito.” É também previsto no artigo 6º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais( Protocolo de São Salvador)<sup>46</sup>:*

#### Art. 6. Direito ao Trabalho

1- Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa pelo desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2- Os estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os estados-partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem o adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

### 1.2. O Direito ao trabalho no direito brasileiro

O direito ao trabalho assumiu caráter de direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988, que estabeleceu um Estado Democrático designado a garantir a efetiva realização dos valores supremos da sociedade, isto é os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, conforme determina o seu Preâmbulo cujo texto transcorremos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte  
**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.**

O trabalho está elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois o art. 1º preceitua que:

<sup>46</sup>Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/protocoloadicional.PDF>

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.( GRIFOS NOSSOS)

Ainda que de forma implícita, a garantia/direito ao trabalho está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, haja vista que o artigo 3º da Constituição vigente afirma que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A liberdade de trabalho é prevista no artigo 5º que dispõe que *“XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”*. Ainda sobre o trabalho na Constituição Federal de 1988, dispõe o artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios(...)

- VIII - busca do pleno emprego;

Segundo Maria Hemília Fonseca a fundamentalidade de um direito é submetida aos laços traçadas pela Constituição, isto é o próprio texto constitucional fornece os critérios normativos e interpretativos a serem considerados ao reconhecer um direito como fundamental, sendo que os direitos elencados no Título II são reconhecidos como fundamentais, independentemente de serem estes direitos de natureza civil e política ou econômica, social e cultural, e não se tratando destes elencados no Título II, a fundamentalidade deverá ser auferida considerando os critérios materiais e procedimentais. Com relação ao direito ao trabalho, este não apresenta dificuldades para se afirmar que é um direito elevado à categoria de fundamental, vez que elencado no Título II da Constituição Federal da República vigente.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup>FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p. 106

### 1.3. O direito fundamental ao trabalho

O trabalho é essencial para a sobrevivência humana, essencial à vida digna. O trabalho está diretamente ligado à dignidade humana, temos a idéia de que homem digno é aquele que ganha o seu sustento através de seu trabalho, aquele que provê o seu sustento e o de sua família com o suor do seu rosto. Essa idéia é antiga, tanto é verdade que consta na Bíblia que o apóstolo Paulo disse “*quem não trabalha, não come*”. A autora Maria Hemília Fonseca, sustenta que o trabalho está vinculado à idéia da valorização do trabalho como forma de satisfação pessoal, ou seja, uma pessoa realizada é aquela pessoa que tem o seu trabalho, citando o autor Evaristo de Moraes Filho, que segundo ela bem traduziu esta idéia, cujo trecho também transcrevemos:

“Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida (MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho, p. 674)<sup>48</sup>”

Não só está ligado à sobrevivência, mas a própria vida digna, democracia e cidadania, sendo esta última multifacetada e que quase sempre não se realizará para a maioria das pessoas se não estiver relacionada ao mundo do trabalho, o valor do trabalho, a maioria das pessoas necessitam do trabalho, especificamente na forma de emprego para se estabelecer na vida econômica e social, na maioria das vezes o emprego é a única forma de se ter efetivo acesso à cidadania.<sup>49</sup>

A idéia de que todos deveriam ter livre acesso ao trabalho, surgiu na época da Revolução Francesa, foi neste período que surgiu a exigência do trabalho como um direito, isto é “de um direito ao trabalho”, terminologia criticada pela autora Maria Hemília Fonseca que sugere que a terminologia mais adequada seria “liberdade de trabalho”. A autora ainda explica que o regime de corporações de ofício, que existia no período anterior à Revolução Industrial, desapareceu na Inglaterra no ano de 1753 e também na Suíça por volta de 1.776,

---

<sup>48</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p p.98

<sup>49</sup> DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 4ª Edição, São Paulo, 2017. P. 104

mas que na França o “direito a trabalhar” ainda era um privilégio, e isso ocorreu em razão dos Editos de Henrique III, sendo que após uma tentativa frustrada através do Edito de Turgot(1776), a Lei “*Le Chapelier*”, de 14 de junho de 1791, proclamou a liberdade de trabalho, sendo certo que esta Lei viabilizou o crescimento da economia burguesa, assim como também proibiu a organização dos trabalhadores, impedindo qualquer ato de defesa contra as exigências desumanas da classe empregadora, e que muito embora a sociedade tenha passado por mudanças de cunho econômico, social e cultural, a proletarização das massas e o aumento do número de trabalhadores que passou a ser superior ao número de empregos, tornou nítido que a liberdade de comércio e de trabalho que era clamada, beneficiava somente os grandes proprietários. Inicialmente acreditava-se que o próprio mercado asseguraria o emprego, e o Estado desempenharia um papel coadjuvante, porém a sociedade passou a responsabilizar os Governantes pelas dificuldades que estavam sofrendo, essa responsabilização do Estado e juntamente com a crise econômica, fez surgir uma crise política, pois os socialistas franceses utópicos passaram a defender a idéia de que a intervenção do Estado era indispensável para se assegurar o direito ao trabalho, pensamento que culminou na Revolução de 1848. Dentre outros filósofos citados pela autora, conveniente citar Charles Fourier(1772-1837) que, segundo a autora é “(...) *Considerado o pai da expressão “direito ao trabalho, sustentou que ‘a política enaltece os direitos humanos, mas não garante o primeiro e o único verdadeiramente útil, a saber: o direito ao trabalho* (MAYER, Jean. El concepto de derecho AL trabajo em las normas internacionales y em La legislación de los Estados Miembros de La OIT, p. 282. IBARRECHE, Rafael Sastre. El derecho AL trabajo, p.30. A revolta dos tecelões de Lyon, em novembro de 1831, inserida no contexto de crescente desemprego e redução de salários, anuncia o tema que constituirá a base de argumentação dos revolucionários de 1848) *Ainda assim, o trabalho deveria ser um prazer para o homem e não um castigo, mas para se alcançar este objetivo seria necessário assegurar a todos os indivíduos um mínimo existencial em qualquer ocasião* (IBARRECHE, Rafael Sastre. El. Derecho AL trabajo, p. 29) e Karl Marx que, também conforme as considerações da autora, na obra “*Las Luchas de Clases em Francia*”(1848 a 1850) MARX, Karl. *Las luchas de classes em Francia*(1848 a 1850), p. 80. In CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Derecho AL trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, p. 19)) afirmou que “*o direito ao trabalho é, no sentido burguês, um contra-senso, um desejo piedoso e infortunado, porém atrás do direito ao trabalho está o poder sobre o capital, e atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, e sua submissão à classe trabalhadora associada e, por conseguinte, a abolição tanto do trabalho assalariado como do capital e suas relações mútua.*”<sup>50</sup>

<sup>50</sup>FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro,

Segundo Arnaldo Süssekind, na primeira metade do século XIX, surgiu a concepção de internacionalização da legislação social-trabalhista, quando se propagou em vários países a tese de que o Estado deveria intervir nas relações de trabalho, para que com isso um mínimo de direitos fossem garantidos aos trabalhadores, é o que o autor chama de *Jus cogens*, direitos estes indisponíveis e relevantes na proteção internacional dos direitos humanos, nessa fase o ser humano, que deve ser visto enquanto “fim” e não como “meio” a serviço do poder, passou a ocupar uma posição de destaque no plano fático-normativo, no direito internacional, razão pela qual ousamos concluir que esta seja a razão das principais normas de natureza *jus cogens* dizerem respeito à proteção dos direitos humanos e portanto não podem ser violadas pelos Estados. Além disso, Süssekind enfatiza que a Revolução Francesa trazia uma filosofia liberal-individualista embasada no princípio de igualdade jurídico-política, na liberdade contratual e na não intervenção do Estado nas relações contratuais (*laisser-faire*) e na proibição da coalizão de pessoas em corporações, sejam elas de direito ou de fato, evitando-se dessa forma a pressão de grupos em prejuízo da liberdade individual, conforme os artigos 1º e 2º da já citada Lei Chapelier, cujo texto transcorremos:

Art. 1º - Sendo uma das bases fundamentais da Constituição francesa a abolição de toda classe de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, fica proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e com qualquer forma.

Art. 2º- Os cidadãos do mesmo estado ou profissão, os empresários, os que têm estabelecimento aberto, os operários e os oficiais de qualquer arte não poderão, quando se encontrem reunidos, nomear presidente nem secretário sindical, organizar registros, adotar decisões ou deliberar, nem elaborar regulamentos sobre seus pretendidos interesses comuns”

Ressalta ainda o autor que a Revolução Industrial, no final do século XVIII, a substituição da mão de obra humana pela máquina a vapor, juntamente com o aperfeiçoamento dos meios de transporte, colocou o empresário numa condição de extrema vantagem sobre o empregado, possibilitando que o empresário pudesse impor aos trabalhadores as mais servis e indignas condições de trabalho, Süssekind concluiu que “a liberdade e a máquina não libertaram o trabalhador”, o que, conseqüentemente, fez com que surgissem movimentos de intelectuais e de trabalhadores, que, mesmo proibidos, lutavam contra o cenário de miséria humana.<sup>51</sup>

---

LTr, São Paulo; 2016, p. 100-101

<sup>51</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho, 3ª Edição atualizada e com novos textos, Ed. LTr, São Paulo, p. 81/83

Sobre o direito ao trabalho na esfera individual e coletiva, citando os ensinamentos de Rafael Sastre Ibarreche na obra *El Derecho al trabajo* (p. 133/135 e 150), completa Maria Hemília Fonseca que a eficácia do direito ao trabalho no aspecto individual alcança toda a relação de trabalho, ao passo que no aspecto coletivo fica incorporada ao âmbito da política de pleno emprego, sendo certo que a esfera coletiva do direito ao trabalho não é antecedente para a existência do direito ao trabalho no âmbito individual, esclarecendo ainda que o reconhecimento dessas duas dimensões ocorre através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, a dimensão individual nos arts. 1º, incisos III e IV, 6º, 7º, incisos I, II, XXX, XXXI e a coletiva nos arts. 1º, inciso III e IV, 6º e 170, inciso VIII.<sup>52</sup> Observa ainda que o direito ao trabalho pode ser notado em várias normas infraconstitucionais, trazendo como exemplo as legislações sobre trabalhadores deficientes físicos ou psíquicos, formação e readaptação profissional, políticas de retorno de imigrantes, políticas de investimentos e subvenções ao trabalho e ao emprego, aposentadoria, etc., sendo a disponibilidade imediata de um posto de trabalho pelo estado a quem necessite um ideal buscado, mas até então impraticável numa economia de livre mercado.<sup>53</sup> Leciona ainda que o direito ao trabalho no âmbito individual se insere no princípio da liberdade de empresa, que está ligado ao campo da autonomia privada, que existe uma liberdade de iniciativa econômica e liberdade de contratação, porém esta liberdade não é ilimitada e seu exercício deve ser regulamentado, já que seus efeitos refletem diretamente em terceiros, que também possuem bens e direitos a serem respeitados.<sup>54</sup> Quanto à esfera coletiva do direito ao trabalho, esta se encontra inserida no âmbito da política de pleno emprego e se filiando aos ensinamentos de Canotilho (Constituição da República portuguesa anotada, p. 314-315) afirma que esse direito ao trabalho estabelece efeitos jurídicos concretos, dentre eles a obrigação do Estado em implementar políticas de criação de postos de trabalho, que foi positivada no Pacto Internacional das Nações Unidas de 1966, tendo o seu artigo 1º estabelecido que “*a promoção do pleno emprego, produtivo e livremente escolhido deveria ser considerada como um meio para lograr na prática o cumprimento do direito a trabalhar*”; o Pacto Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador), no qual o art. 6º, §2 reconhece que o “*respeito do direito ao trabalho impõe aos Estados Partes a obrigação de adotarem medidas encaminhadas à realização do pleno emprego*”; a Convenção n. 122, da OIT, não prevê expressamente o direito ao trabalho, mas traz entre

---

<sup>52</sup>FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p.144-145

<sup>53</sup> FONSECA, Maria Hemília. Op. Cit, p.145-146

<sup>54</sup> FONSECA, Maria Hemília. Op. Cit, p.148-149

outras medidas a serem adotadas “ *a responsabilidade dos Estados Partes em buscar o objetivo do pleno emprego*”. Menciona inclusive que a Constituição Federal do Brasil de 1988 menciona a “busca do pleno emprego como um dos princípios a ser atendido pela ordem econômica e conclui que a sua efetivação é uma obrigação do Estado, pois ao mencionar a busca do pleno emprego como um dos princípios a ser atendidos pela ordem econômica, o constituinte constitucionalizou esta busca de pleno emprego, logo esta deixou de ser uma mera opção e passou a ser uma obrigação, razão pela qual o Estado deve realizar políticas de trabalho e emprego que viabilize e que alcance a efetividade desse direito em sua dimensão coletiva.”<sup>55</sup>

Certos de termos explanado sobre a fundamentalidade do direito ao trabalho de forma sucinta, mas satisfatória, passaremos a tratar da discriminação no contrato de trabalho.

---

<sup>55</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, LTr, São Paulo; 2016, p.152-15

### CAPÍTULO III

## DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO E SEU ENFRENTAMENTO ATRAVÉS DAS NORMAS INTERNACIONAIS, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

### 1. Conceito de discriminação

Em que pese a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998, tratar inúmeras vezes da discriminação, não a definiu e nem explicou qual o seu significado, razão pela qual nos resta forçoso adotarmos o conceito dado pela Organização Internacional do Trabalho, no art. 1º, item 1, “a”, da Convenção n. 111, que define:

Art. 1- 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

O autor Maurício Godinho Delgado conceitua Discriminação como “*a conduta pela qual se nega à pessoa, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada*”<sup>56</sup>.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, em seu preâmbulo relembra que “*a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento*”

<sup>56</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo p. 850

das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”. Essa Convenção define a “discriminação contra a mulher”, no seu art. 1º: *Art. 1º-*

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

### Já Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

Racial, conceituou a discriminação racial, no seu art. 1º, dispondo que:

“Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

Pelos conceitos acima, arriscamos afirmar que discriminação é o ato de distinguir, excluir, restringir ou preferir que traz como consequência a vantagem para uns e prejuízo para outros, tendo como objetivo neutralizar, destruir ou inviabilizar o reconhecimento, gozo ou exercícios de direitos, ou condições de igualdade de direitos e liberdades fundamentais.

## **2. O poder diretivo como fator de discriminação**

Poder diretivo ou de direção, também denominado poder de comando ou poder hierárquico é a faculdade conferida ao empregador de gerir seu negócio e a forma do empregado exercer sua atividade laboral. Não seguiremos na discussão da natureza jurídica do poder diretivo, se possui natureza potestativa ou se sua natureza é a de direito-função também denominado direito-dever, independentemente de sua natureza jurídica o que é pacífico é o fato de que esse poder diretivo não é ilimitado, existe uma subordinação jurídica do empregado, porém esta subordinação jurídica não obriga o empregado a se sujeitar a todo e qualquer tipo de ordem, o empregado tem o direito de resistir (*jus resistentiae*), ou seja de recusar-se a cumprir ordens ilícitas e que afronte a sua dignidade.

Alice Rodrigues de Barros esclarece que o poder diretivo possui limites externos e internos, os limites externos são impostos pela Constituição Federal, pelas leis, pelo contrato e os limites internos devem ser exercidos de boa fé e de forma regular. Os empregados não são obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre a relação de empresa, pois são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política de associação para fins lícitos, conforme dispõe o artigo 5º, incisos IV, VI, VIII, XVII da Constituição Federal vigente.<sup>57</sup>

Ser titular do poder diretivo não autoriza o empregador a violar direitos fundamentais do empregado, não lhe autoriza ultrajar ou ignorar as restrições impostas e previstas pela Constituição Federal, haja vista que os direitos fundamentais vinculam tanto as relações entre o cidadão e o Estado, como também as relações entre o cidadão e as pessoas de direito privado, inclusive as associações que tem o dever de respeitar os direitos e garantias de terceiros e seus associados pois a autonomia privada não confere direitos irrestritos e nem tão pouco o direito de exercê-la em detrimento das garantias fundamentais dessas pessoas. Nesse sentido: *(RE 201.819, rel. p/o ac. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005, 2ª T, DJ de 27-10-2006.)*

O exercício do poder diretivo não tem qualquer relação com o desrespeito aos direitos fundamentais do empregado, muito pelo contrário a empresa tem uma função social e este não pode ser esquecido por seus prepostos.

### **3. A criação da Organização Internacional do Trabalho e seus objetivos**

A criação da OIT elenca-se entre os principais momentos históricos da internacionalização dos direitos humanos e da institucionalização dos direitos sociais enquanto necessários para garantia da dignidade humana. Criada pelo Tratado da Paz (Tratado de Versailles), em 1919, como parte não autônoma da Liga das Nações, entretanto assegurou sua personalidade jurídica somente a partir da conclusão de seu ato constitutivo, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho em 1946. Marcada desde o início pela sua autonomia, tanto é verdade que em sua primeira reunião na Conferência Internacional do

---

<sup>57</sup> BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 7ª edição Revista e Atualizada, 2011, p. 461/462

Trabalho, em Washington- 1919 deliberou admitir a Alemanha e a Áustria como seus membros, mesmo estes dois países não sendo parte da Sociedade das Nações(SDN). O Tratado da Paz, dispôs em seu preâmbulo:

“ considerando que a Sociedade das nações tem por objetivo estabelecer a paz universal e que tal paz não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social; em atenção a que existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas em justiça, miséria e privações, e que origina tal descontentamento que a paz e a harmonia universais correr perigo; em vista de que é urgente melhorar essas condições( por exemplo, no que concerne à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima da jornada e da semana de trabalho, ao aproveitamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, á garantia de um salário que assegure condições convenientes de existência,à proteção dos trabalhadores contra as enfermidades gerais ou profissionais e os acidentes resultantes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, á defesa dos interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiro, á afirmação dos princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas); tendo presente que a não-adoção por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humanitário é um obstáculo aos esforços das demais desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios países; \_ as Altas partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, assim como pelo desejo de assegurar uma paz duradoura e mundial, convencionaram o que segue”.

Arnaldo Sussekind afirma que a OIT *“é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais de entidade e das convenções que ratificam, integrando o sistema das nações Unidas como uma das suas agencias especializadas”*<sup>58</sup>

Podemos afirmar que um dos objetivos da OIT é formar um direito comum da humanidade, ou seja, que em todo o mundo, ou pelo menos nos países que ratificam suas convenções, haja um consenso, uma relação de emprego humanizada e justa. Possui competência para tratar de questões que visem á justiça social. Arnaldo Sussekind cita que “Para Durand e Jaussaud, essas afirmações definem os três motivos inspiradores da criação da OIT:

*a) um sentimento de justiça social por existirem, ainda condições de trabalho que implicam, para um grande número de pessoas, miséria e privações; b) o perigo da injustiça social para a manutenção da paz, em vista do descontentamento que gera; c) a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional, a fim de evitar esforços de certas nações*

---

<sup>58</sup> SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, LTr, São Paulo, página 122

*desejosas de melhorar a sorte dos seus trabalhadores possam ser obstados pela não-adoção, por outros países, de regimes de trabalho realmente humanos<sup>59</sup>*

A Declaração da Filadélfia, ampliou as finalidade e competências da OIT, reafirmando os princípios elencados no preâmbulo da Constituição, que resultou do disposto do art. 427 do Tratado de Versailles, ressaltando que *“o trabalho não é uma mercadoria”*( art. I, a) e que *“a liberdade de expressão e de associação” é pressuposto indispensável ao progresso* ( art. i, b); confirmou o tripartismo para as decisões destinadas a promover o bem-estar na luta contra a necessidade, que deve prosseguir, mediante esforço internacional, em cada nação( art. I, d); atribuindo à OIT competência para *“ apreciar, no domínio internacional, tendo em vista tal objetivo, todos os programas de ação e medidas de caráter econômico e financeiro”*, conforme preceitua o art. II, “d”, e lhe permitindo-lhe *“incluir em suas decisões e recomendações quaisquer disposições que julgar convenientes, após levar em conta todos os fatores econômicos e financeiros de interesses”*, conforme disposto no artigo II, “e”.

Ainda segundo Arnaldo Sussekind, a Declaração da Filadélfia também incumbiu a OIT fomentar: *“ a plenitude do emprego e elevação dos níveis de vida; a formação profissional e a garantia de iguais oportunidades educativas e profissionais; a colaboração entre empregadores e empregados na preparação e aplicação das medidas sociais e econômicas; a proteção à infância e à maternidade e a promoção de alimentos, habitação, recreação e cultura adequados( art. III)”<sup>60</sup>*

A Convenção n. 111 da Organização internacional do Trabalho( 1958) foi guiada pela Declaração da Filadélfia(1944) e pela Declaração Universal do Homem(1948) reconhecer o princípio da não discriminação em matéria de emprego e profissão, definindo como discriminação *“toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”*( Art. 1º, “a”) e qualquer

---

<sup>59</sup> -<sup>3</sup> A similaridade das condições de trabalho no plano universal, com o objetivo de formar um “direito comum da humanidade” (Jenks) nos campos do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, não poderá ser alcançado enquanto vigorar a injusta ordem econômica internacional resultante do neoliberalismo irradiado pela globalização da economia, que dividiu o mundo em países globalizantes e globalizados, impedindo o desenvolvimento socioeconômico do “terceiro mundo”- SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, pág. 124.

<sup>60</sup> SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, p. 125.

*outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão (...)( Art. 1º, “a”).*

A respeito do artigo 1º da Convenção 111 da OIT, Sússekind salienta que conforme previsto no artigo 1º, §2º não é considerada discriminação as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego, bem como não são apontadas como discriminação *“quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional”*, segundo dispõe do art. 4º.<sup>61</sup>

A Declaração da Filadélfia dispõe no seu artigo III que a “(...) a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as nações do Mundo na execução de programa que visem: a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida, e isso vem de encontro com toda e qualquer tentativa da OIT em combater a discriminação.

A incorporação da Carta de Filadélfia à Constituição da OIT, ampliou o campo da organização, englobando, os problemas sociais, até mesmo porque os problemas financeiros e econômicos, estão estritamente vinculado aos problemas sociais. Na realidade, a incorporação da Carta de Filadélfia, contribui para uma, até então nova filosofia da Organização Internacional do Trabalho, e, como bem asseverou Arnaldo Sussekind, deu à OIT as seguintes características:

“a) o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto

b) a OIT não procura unicamente a melhoria das condições materiais de existência. Ela dá ênfase tanto à luta contra a necessidade, visando ao progresso material e à segurança econômica, como a defesa dos valores da liberdade – notadamente da liberdade de expressão e de associação- de dignidade e de igualdade- em particular da igualdade de oportunidades, independentemente da raça, da crença ou do sexo;

c) a ação da organização não se limita à proteção dos trabalhadores propriamente ditos, porquanto alcança o conjunto dos seres humanos nas suas relações com o trabalho;

---

<sup>61</sup> SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, LTr, São Paulo p.359

d) os textos fundamentais da OIT insistem na necessidade de um esforço concentrado, internacional e nacional, para promover o bem comum, isto é, para assegurar o bem-estar material e espiritual da humanidade;

e) esses princípios de base da OIT sublinham que a ação para melhorar as condições sociais da humanidade, no sentido mais amplo do termo, não deve constituir um setor distinto das políticas nacionais ou da ação internacional, pois representa o próprio objetivo dos programas econômicos e financeiros e que estes devem ser julgados por esse prisma. Afirma-se, assim, a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento<sup>62</sup>

A OIT é a organização internacional de reconhecimento universal na promoção dos direitos fundamentais no trabalho como expressão dos seus princípios constitucionais, e que deve reafirmar a permanência dos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição da Organização, bem como promover a sua aplicação universal. Recorda a Conferência Internacional do Trabalho menciona que:

*I(...)* todos os Membros, mesmo que não tenham ratificado as convenções em questão, têm o dever, que resulta simplesmente de pertencerem à Organização, de respeitar, promover e realizar, de boa fé e de acordo com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objecto dessas convenções, a saber: (...)d) A eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão.( GRIFOS NOSSOS)

O preâmbulo da Constituição da OIT proclama que se “qualquer nação não adotar um regime de trabalho realmente humano, esta omissão constituirá um obstáculo aos esforços de outras nações que desejem melhorar a sorte dos trabalhadores em seus próprios países”. Ressaltamos que a OIT foi fundada com a convicção de que a justiça social é essencial para assegurar uma paz universal e duradoura, e que o crescimento econômico é essencial, mas não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais fortes, a justiça e as instituições democráticas. A Organização Internacional do Trabalho deve mais do que nunca mobilizar todos os seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os

<sup>62</sup> SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, pág. 129. “( 17) “L’OIT e lês droits de l’homme”, 1ª parte, in “Revue de droits de l’homme”, paris, 1971, págs. 694/5. Nesse artigo, recorda o pensamento de René Cassin, de que a Constituição da OIT constitui “ a primeira base convencional de um direito comum cobrindo as liberdades individuais essenciais” e ressalta que as políticas nacionais e a ação internacional devem afirmar “ a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico” ( pág. 695). No seu tratado, Valticos dedicou especial atenção ao tema( CF. “Derecho Internacional Del Trabajo”, trad. Espanhola, Madri, 1977, págs. 191.200).

domínios da sua competência, em particular os do emprego, da formação profissional e das condições de trabalho, a fim de que as políticas econômicas e sociais se reforcem mutuamente, no quadro de uma estratégia global de desenvolvimento econômico e social, com vista a criar um desenvolvimento amplo e duradouro. Sendo certo que também a OIT deve prestar uma especial atenção aos problemas das pessoas com necessidades sociais particulares, nomeadamente os desempregados e os trabalhadores migrantes, que deve mobilizar e encorajar os esforços nacionais, regionais e internacionais orientados para a resolução dos seus problemas e promover políticas eficazes dirigidas à criação de empregos.

Insta ainda consignar que a OIT adotou declaração histórica sobre justiça social para uma globalização equitativa, os governos, trabalhadores e empregadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em meio a um ambiente de profunda incerteza no mundo do trabalho em relação a questões que vão desde a turbulência financeira à queda da economia em crescente desemprego, na informalidade e em uma insuficiente proteção social, adotaram uma declaração histórica com o objetivo de fortalecer a capacidade da Organização de promover a Agenda de Trabalho Decente e forjar uma resposta efetiva aos crescentes desafios da globalização. A “Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa” e sua respectiva resolução foram adotadas por consenso por parte dos Estados Membros e representantes de trabalhadores e empregadores presentes à 97ª Conferência Internacional do Trabalho realizada em 2008 depois de meses de negociação entre os mandantes tripartites representando 182 Estados Membros. A Declaração fortaleceu os esforços da OIT em gerar respostas através da Agenda de Trabalho Decente”. Reconhecendo que, nestas circunstâncias, faz-se ainda mais necessário obter melhores resultados, equitativamente distribuídos entre todos com o fim de responder à aspiração universal de justiça social, alcançar o pleno emprego, assegurar a sustentabilidade das sociedades abertas e da economia mundial, conquistar a coesão social e lutar contra a pobreza e as desigualdades crescentes. Consta no texto da referida Declaração:

Com a convicção de que a Organização Internacional do Trabalho desempenha um papel fundamental na promoção e conquista do progresso e da justiça social num entorno em constante evolução: - sobre a base do mandato contido na Constituição da OIT, junto com a Declaração de Filadélfia (1944), que continua plenamente pertinente no século XXI e deveria inspirar a política de seus Membros, e que, dentre outros fins, objetivos e princípios: • afirma que o trabalho não é uma mercadoria e que a pobreza, onde houver, constitui um perigo para a prosperidade de todos; • reconhece que a OIT tem a solene obrigação de promover entre as nações do

mundo, programas próprios que permitam alcançar os objetivos do pleno emprego e a elevação do nível de vida, um salário mínimo vital e a extensão das medidas de seguridade social para garantir ingressos básicos a quem precise, junto com os demais objetivos enunciados na Declaração da Filadélfia; • recomenda à OIT examinar e considerar, à luz do objetivo fundamental de justiça social, todas as políticas econômicas e financeiras internacionais; - com base e reafirmando a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (1998), em virtude da qual os Membros reconhecem, no cumprimento do mandato da Organização, a importância dos direitos fundamentais, a saber: a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito da negociação coletiva, a eliminação de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação;

São temas prioritários e fundamentais o trabalho infantil, trabalho escravo, Liberdade Sindical, discriminação em matéria de emprego e ocupação. Dentre as convenções fundamentais, que são aquelas que integram a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da O.I.T. (1998) e que devem ser ratificadas e aplicadas por todos os Estados Membros da O.I.T, destacamos:

- A Convenção nº 100 – Igualdade de Remuneração (1951): preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor. O mandamento contido no artigo 7º, incisos XX e XXX, da Constituição Federal pátria, de 05/10/88, preconiza sobre o texto contido na referida convenção, estando amparado pela lei infraconstitucional, mais precisamente, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seus artigos 372 a 377, transformada, após procedimento legal em epígrafe, no Decreto nº 4.377, de 13/09/2002;
- A Convenção nº 105 – Abolição do Trabalho Forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão-de-obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves ou como medida de discriminação. O mandamento contido no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c”, da Constituição Federal pátria, de 05/10/88, preconiza sobre o texto contido na referida convenção, corroborado pelo artigo 149, do Código Penal;
- Convenção nº 111 – Discriminação (emprego e ocupação) (1958): preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião

política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento. O mandamento contido no artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal pátria, de 05/10/88, preconiza sobre o texto contido na referida convenção.

#### 4. Normas internacionais

No que tange às normas internacionais temos:

- Declaração Relativa aos fins e objetivos da OIT, que foi aprovada na Conferência de Filadélfia de maio de 1944 e incorporada, como anexo, à Constituição dessa Organização na revisão geral realizada na Conferência de Montreal de outubro 1946;

- Declaração Universal dos Direitos do Homem  
Seu projeto foi redigido pelo jurista e humanista René Cassin, acolhida pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948 e substituiu a Declaração da Revolução Francesa, de 1789, muito embora não ratificada pelos Estados-membros da ONU, é hierarquicamente considerada a fonte máxima do Direito, conforme pontifica Sússekind:

(...) “ Ela não constitui um tratado ratificado pelos Estados –membros da ONU; mas, por consagrar princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, que devem caracterizar a civilização contemporânea, é considerada fonte de máxima hierarquia no mundo do Direito. Afinal, como já assinalamos, há direitos supra-estatais, inerentes ao ser humano, que devem ser usufruídos independentemente de leis nacionais ou tratados internacionais ratificados. Essa Declaração visou explicitar tais direitos e ressaltar o dever das nações de torná-los efetivos.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos da pessoa Humana, como bem asseverou o saudoso André Ranço Montoro na obra, “há uma lei maior de natureza ética, cuja observância independe do direito positivo de cada Estado. O fundamento dessa lei é o respeito á dignidade da pessoa humana. Ela é fonte das fontes do direito<sup>63</sup>”( ÉTICA NA VIRADA DO SÉCULO”, SÃO PAULO, LTr, 1997, pág. 15)

Importante destacar que é na Declaração Universal dos Direitos do Homem que está ordenado que “*todo homem tem direito ao trabalho, á livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e á proteção contra o desemprego*”(art. XXIII) e que “*todo homem, sem qualquer distinção, te direito a igual remuneração por igual trabalho(2)*”;

- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>63</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. P.21/22.

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, aos 16 de dezembro de 1996 e vigente a partir de 03 de janeiro de 1976, tinha como objetivo regimentar, em forma de tratado ratificável, os direitos fundamentais legitimados na Declaração Universal dos Direitos Humano, instituindo paulatinamente um direito comum internacional da matéria e dispondo entre outros compromissos, o compromisso de “promover o absoluto respeito à dignidade humana, sem discriminação entre homens e mulheres (5º)”.

De acordo com os ensinamentos de Arnaldo Süssekind esses três instrumentos internacionais acima citados ampliaram o campo de atuação do Direito Internacional do Trabalho, que nada mais é que um efetivo ramo de atuação do Direito Internacional Público e que vem reconhecendo que alguns direitos naturais do homem independem de normas jurídicas para serem respeitados, pois se tratam de direitos próprios dos seres humanos, razão pela qual o direito natural e o direito positivo se completam.<sup>64</sup>

Primordial não esquecer de consignar que a Declaração da Filadélfia, que substituiu o art. 427 do Tratado de Versailles, determinou que *“o trabalho não é uma mercadoria”* (“inc. I, a”); *“a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral”* (“inc. I, c”) e; *“todos seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual com liberdade e dignidade, segurança, econômica e iguais oportunidades”* (inc. II, a”).

Além desses instrumentos, temos os seguintes tratados sobre as relações do trabalho:

- Carta da Organização dos Estados Americanos(OEA), aprovada em Buenos Aires, (1948) e revista em Bogotá,( 1967), cujo Capítulo VII trata das “Normas Sociais);
- Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial(ONU, NY, 1966);
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos(OEA, São José da Costa Rica, 1969);

##### **5. Algumas causas de Discriminação e dispensa discriminatória e seus enfrentamentos:**

O autor Maurício Godinho Delgado afirma que muitas vezes, a causa da discriminação consiste no cru preconceito, ou seja, num juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa

---

<sup>64</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. P.20.

em razão de uma de suas características, determinada e externamente e que o identifica como parte de um grupo ou segmento de indivíduos( cor, nacionalidade, etnia, etc), podendo também ser advinda de outros fatores consideráveis a um determinado caso concreto.<sup>65</sup>

### **5.1. A discriminação da mulher no ambiente de trabalho e seu enfrentamento**

Muito embora o sexo do trabalhador não possa ser fator de desigualação jurídica, a mulher ainda é vulnerável na relação de emprego, mais sujeita a ser demitida ainda que essa dispensa não seja á princípio e claramente discriminatória. Não ignoramos que o desemprego seja global, porém a própria Organização Internacional do Trabalho afirma que a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, apontando que nos países em desenvolvimento oito entre dez mulheres estão em formas vulneráveis de emprego e que as mulheres possuem menos probabilidade de estar trabalhando do que os homens<sup>66</sup>.

Precisamos recordar que as mulheres não só possui maior dificuldade a conquistar um posto de trabalho, bem como possui maior dificuldade em ascender profissionalmente, são a minoria nas diretorias, havendo dispensa de empregados as mulheres serão a maioria dos que serão demitidos, após decorrido a estabilidade em razão da gravidez terá grande chance de ser demitida. Uma executiva recebe aproximadamente 40% a menos que um executivo homem. Todas essas informações são necessárias para não duvidarmos que a igualdade entre os sexos ainda não existe de fato no mercado de trabalho.

A desigualdade ainda é maior quando esta empregada é negra. Um homem branco possui maiores chances e melhores condições de trabalho que uma mulher branca, que por sua vez possui uma receptividade no mercado de trabalho maior que o homem negro. Em contrapartida, a mulher negra é mais discriminada que o homem negro no mercado de trabalho, o que nos induz a acreditar que existe uma tendência da feminização e do escurecimento da pobreza no mundo, uma grande possibilidade da pobreza ter cor e sexo, cor negra e sexo feminino.

---

<sup>65</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo p. 809/810

<sup>66</sup> Disponível em : <http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm> Acesso: 07 mar. 2018

A situação da mulher é agravada com a possibilidade de gravidez. Trata-se de uma discriminação velada, que vai desde a não contratação de mulheres em idade fértil ou que possuem filhos de tenra idade, passa pela não promoção e vai até a demissão, além do tratamento discriminatório. Não é rara a transferência de funcionárias que engravidam para outro setor, que figura como uma espécie de castigo por engravidar e implica num prejuízo imediato, já que na maioria das vezes essa transferência é para um setor que não recebe comissão. Também não são raros os casos de assédio moral como a proibição de comer fora do horário de lanche e limitação das idas ao banheiro. A discriminação chega ao absurdo de algumas empresas submeterem as empregadas a um programa de controle gestacional, com uma espécie de escala que organiza uma fila para as funcionárias engravidarem, atribuindo às empregadas o dever de avisar com seis meses de antecedência o início da gestação pretendida.

Desnecessário ressaltar que a mulher também pode sofrer discriminação após licença maternidade, já que decorrido o período de estabilidade a mulher possui grandes chances de ser demitida, sendo que inclusive havendo dispensa coletiva, a maioria das demitidas são mulheres e com filhos.

#### **5.1.1. A atuação da OIT na proteção da mulher no mercado de trabalho.**

Para melhor organização do trabalho, primeiramente trataremos da atuação da Organização Internacional do Trabalho através da qual buscou especificamente a proteção da mulher no mercado de trabalho através de determinada Convenção ou Recomendação:

A maioria das convenções e recomendação da Organização Internacional do Trabalho são de aplicação aos trabalhadores, independentemente do sexo, dentre elas podemos citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração da Filadélfia sobre os Fins e Objetivos da OIT e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todavia reservou alguns de seus instrumentos normativos para tratar especificamente da mulher, que de acordo com a própria Organização suas diretrizes giram também em torno da mulher trabalhadora, é o que constatamos no Perfil de La OIT, Genebra, OIT, 1994:

“(...) giram em torno de duas preocupações fundamentais: a primeira é a de garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso no acesso à formação, ao emprego, à promoção, à organização e à tomada de decisões, e de lograr a igualdade de condições no que se refere aos salários, às vantagens(contratuais), à seguridade social e às prestações de caráter social relacionadas com o emprego; a segunda é a de proteger a mulher

trabalhadora em especial no que se refere às condições de trabalho que possam representar riscos a gestante”.

A OIT também participou de eventos/congressos cuja temática girava em torno da mulher, dentre eles: o “Decênio das Nações Unidas para a Mulher”(1975-1985) , no qual realizou estudos, reuniões e a discussão geral sobre “ a Igualdade de oportunidades e de tratamento para os homens e as mulheres no emprego”, através do qual ficou constatado que a discriminação contra o trabalho feminino, repercutido principalmente o valor dos salários, na designação para os cargos de direção, na seleção de trabalhadores para a admissão e na despedida.<sup>67</sup>

Arnaldo Sússekind, cita como as principais causas para a discriminação da mulher as relações de trabalho são as seguinte: proibição generalizada do trabalho do trabalho noturno; proibição do trabalho em atividades insalubres ou perigosas; dificuldades de acesso aos cursos de formação profissional; dificuldades de harmonização das responsabilidades familiares com as do emprego, sobretudo onde inexitem ou forem insuficientes as creches de bairros e; gravame da proteção à maternidade. O autor ainda ressalta que a causa de discriminação referente ao gravame de proteção à maternidade tem diminuído em razão da tese de que o ônus do amparo á maternidade deve caber á sociedade, de um modo geral, e não exclusivamente aos empregadores, em relação direta com as respectivas empregadas, lembra ainda que “a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, aprovada pela ONU em 1974, prescreve que os direitos relativos ao emprego sejam assegurados “*em condições de igualdade entre homens e mulheres*”(art. 11); mas adverte que as medidas “*destinadas a proteger a maternidade não se considerará discriminatória*”(§2º do art. 4)”.Destaca ainda que, já antes do Decênio das Nações Unidas para a Mulher( 1985) a OIT já havia convalidado a tese da não-discriminação, através da Convenção n. 100, de 1951, referente à isonomia salarial entre o homem e a mulher, por trabalho de igual valor, seja na Convenção n. 111, de 1958, atinente ao emprego ou ocupação sem distinção de sexo.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Em 1995, o emprego feminino correspondia aos seguintes percentuais da mão-de-obra: Austrália-42%, Chile-32%, Estados Unidos-46%, Israel 42%, Japão-41%, México-32%, Noruega-46%, Reino Unido-45%, Suíça-40%, Turquia-30%, Uruguai-41% (“Prensa OIT” de 11.12.97). No Brasil, em 1994, essa participação era 39,5%, sendo que, em 1996, nas principais regiões metropolitanas, esse percentual atingiu 39,11%( IBGE, “Anuário Estatístico do Brasil- 1996”, Rio de Janeiro, 1997, págs. 2-99 e 2-100).

<sup>68</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. P. 394/395

Ainda sobre as mulheres temos a Convenção n. 156, complementada pela Recomendação n. 165, as duas de 1981, muito embora aplicada a qualquer trabalhador com responsabilidades familiares, independentemente do sexo, tem como foco principal a mulher que além de suas responsabilidades profissionais possui suas responsabilidades familiares, configurada geralmente pela dupla jornada, preceitua o artigo 3º que:

“1. Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família”.

A Convenção n. 175 da OIT, trata do trabalho a tempo parcial, complementa a Convenção n. 175, já que em seu preâmbulo dispõe que “(...)Notando a pertinência para os trabalhadores a tempo parcial das disposições da Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951, da Convenção sobre a Discriminação (emprego e profissão), 1958, e da Convenção e da Recomendação sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, (GRIFOS NOSSOS), viabilizando o emprego de mulheres com responsabilidades familiares.

No que tange ao trabalho noturno, temos a Convenção n. 89 que trata do trabalho noturno das mulheres ocupadas na indústria, que foi revista pelo Protocolo Complementar por conter várias proibições que instituíam verdadeiras fontes de discriminação.

A preocupação da OIT com a mulher também foi materializada, na primeira Conferencia Internacional do Trabalho, realizada em Washington, no ano de 1919, ao aprovar a Convenção n. 3, tendo como objetivo proteger a empregada, para que esta não fosse discriminada em razão da maternidade, determinando o seu artigo 3º:

Artigo 3º:

Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher

a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto;  
(...)

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua

manutenção e a do filho, em boas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

A Convenção n. 3 da OIT foi ratificada pelo Brasil aos 26 de abril de 1934 e denunciada como resultado da ratificação da Convenção nº 103, que prescreve “*1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exhibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade*” e que “*2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto*”( 2). Prescreve ainda que “*Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica*” (Art. IV — 1.) e que à mulher é assegurado intervalos remunerados da jornada de trabalho para que amamente seu filho( art. 5º). Entendemos que os artigos supracitados são de grande importancia para a mulher garantir seu espaço no mercado de trabalho, sem que renuncie ao direito á maternidade, já que a referida Convenção lhe garante de estabilidade no emprego, em razão de ser considerada ilegal a despedida da gestante durante o período de repouso obrigatório ou que o aviso prévio antes concedido expire após o início da licença maternidade( art. 6º),

E por derradeiro temos a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher(ONU, NY, 1973), que foi ratificada pelo Brasil no ano de 1984.

### **5.1.2. O trabalho da Mulher na Constituição Federal**

Dentre as proteções antidiscriminatórias que constam na Constituição Federal de 1988, destacamos no presente trabalho que Constituição vigente eliminou qualquer prática discriminatória contra a mulher( art. 5º, caput e inciso I), art. 7º XXX, trazendo proteção ao mercado de trabalho da mulher através de incentivos específicos( art. 7º, XX), bem como prestigiou a maternidade ao dispor sobre a licença à gestante de 120 dias( art. 7º, XVIII), a família( art. 226) e os filhos ao dispor no artigo 227 que: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à*

*saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*

### **5.1.3. A Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho**

No que tange às súmulas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho está em perfeita consonância com a preocupação que a OIT teve com a empregada em razão da maternidade, ao tratar do direito da gestante à percepção de indenização em razão de dispensa, quando decorrido o período da estabilidade, mesmo que o empregador desconheça o estado gravídico da empregada, preservando, dessa forma, o direito fundamental da gestante, bem como protegendo os direitos do nascituro. Preceitua a Súmula aludida:

#### **Súmula nº 244 do TST**

**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Relevante aqui ressaltar que a aplicação da Súmula 244 do TST é uma forma efetiva de concreção do direito fundamental da gestante e do nascituro e também de máxima efetividade da Constituição Federal, eis que o artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, da Constituição Federal de 1988, assegura à empregada gestante proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

### **2.1.3. A lei n. 9.029/1995**

A Lei 9.029/1995 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Essa lei trabalhista de efeito penal (art. 2º), preceitua em seu artigo 1º que *“É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros(...)”*.

Entendemos que o fato da Lei n. 9029/1995 possuir efeito penal, não impede a sua interpretação ampliativa, o rol elencado no artigo 1º é exemplificativo e qualquer ato discriminatório e limitativo para efeito de acesso à relação de emprego ou manutenção deve ser enquadrado nos efeitos mencionados na Lei n. 9.029, 1995. Além dos efeitos penais, a referida lei prevê multa administrativa e impede que a empregadora contrate empréstimos e financiamentos em instituições financeiras oficiais( art. 2º), bem como garante a recomposição do patrimônio do trabalhador ofendido conferindo-lhe o direito á reintegração ao trabalho e ressarcimento integral do período de afastamento ou apenas a indenização em dobro pelo período de afastamento e sem reintegração( art.4º ).

### **5.1.5. A Lei 9.799/99**

A Lei 9.799/99 ao dispor sobre a” Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher” inseriu o artigo 373-A vedou a discriminação contra a mulher, proibindo a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir( inc. I), também proibiu a recusa de emprego, promoção ou motivação de dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível( inc. II) bem como vedou que fosse considerado o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional(inc. III).

De acordo com Maurício Godinho Delgado, a Lei 9.799/99 trouxe parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo já poderia ter sido deduzido dos textos normativos preexistentes, principalmente da Constituição Federal/88, completa ainda o autor que a referida lei é prolixa.<sup>69</sup>

Em que pese todo o esforço da OIT, do Constituinte e do legislador brasileiro, a mulher ainda é discriminada no mercado de trabalho, conforme já destacamos e exemplificamos no presente trabalho, o que nos leva a concluir de forma muito segura que todo esse alicerce jurídico não é suficiente para garantir à mulher condições reais de igualdade no mercado de trabalho e protegê-la contra a discriminação no trabalho e contra a dispensa discriminatória.

## **5.2. O enfrentamento da discriminação contra aos homossexuais e transexuais**

Melhor sorte não possui o homossexual no mercado de trabalho, já que este tem uma grande aceitação no mercado de trabalho, possibilidade de serem grandes cabeleireiros, renomados maquiadores, porém possuem dificuldades ao angariar vagas de trabalho, de manter seus empregos ou ascender profissionalmente quando assumem a sua condição sexual. Muito embora não exista um texto normativo específico para proteger o homossexual e transexual contra a discriminação no mercado de trabalho, este trabalhador merece a total proteção da sua dignidade humana e do seu direito ao trabalho, sendo inconcebível que este trabalhador fique juridicamente desprotegido por falta de um dispositivo legal que trate especificamente de sua condição.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua,

---

<sup>69</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo p. p. 818.

pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. [ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, *DJE* de 14-10-2011.]

A liberdade de escolha da opção/condição de gênero é garantia constitucional albergada pelos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), que por sua vez veda à discriminação (art. 3º, IV da CF) e zela a igualdade e liberdade (art. 5º, *caput* da CF), sendo certo que a escolha sexual do cidadão não pode ser fato que lhe retire tais direitos. O transexual é aquele que nasceu com sexo masculino e que por alguma razão passou a viver em sociedade com a identidade do gênero feminino. Socialmente o transexual se identifica como pessoa do sexo diferente do seu corpo físico, logo um transexual que nasceu com o corpo de homem, não é amparado pelas leis trabalhistas que protegem a mulher. Busca-se a defesa da liberdade de opção/condição sexual e igualdade material, mas como isso pode ser feito? Estendendo aos transexuais as leis de proteção à mulher, ou criando uma lei que efetiva e especificamente o ampare?

A lei vai sendo criada de acordo com a sociedade, o direito acompanha a sociedade, prova disso é que temos o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, adoção, decisões judiciais tratando do assunto as quais copiosamente se referem ao julgamento das ações constitucionais citadas, e essas decisões enfatizando o princípio que veda a discriminação de sexo e principalmente a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Ocorre que essas questões ainda são restritas à igualdade entre cidadãos propriamente dita, tal como a permissão judicial de utilização de banheiros femininos por transexuais femininos e a condenação judicial de atitudes privadas de discriminação e desrespeito a questão de identificação de gênero. Quando tratamos do acesso do homossexual ou transexual ao mercado de trabalho, percebemos que essa democracia e cidadania não é concretizada.

A discriminação começa na contratação, e se esses trabalhadores vencerem a primeira fase da luta por um emprego, ou seja, passar na entrevista, ele terá ainda outras barreiras para vencer. O mercado de trabalho é restrito, dificilmente vemos homossexuais, transexuais, mulheres e negros nos cargos de chefia. Com relação aos transexuais e homossexuais, a restrição é maior, o acesso dessas pessoas ao mercado de trabalho é praticamente limitado à área de beleza e vestimenta, e muitas vezes essa limitação aos postos de trabalho não condiz

com a qualificação profissional dessas pessoas. Ocorre também a dispensa discriminatória, o assédio moral e sexual.

A OIT se preocupou com a discriminação e diferenças em relação à contratação, não especificamente direcionada à proteção do homossexual, mas toda Convenção ou Recomendação que tratar da igualdade de forma genérica, poderá ser invocada para proteção do trabalhador homossexual, como é o caso da Convenção 156 e Recomendação 165 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que tratam sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras, porém não é expressamente estendida aos homossexuais, e nem aos transexuais, o que acaba colocando esses dois trabalhadores numa situação fragilizada e desprotegida.

### **5.3. O enfrentamento da discriminação religiosa**

Outra causa de discriminação na relação contratual e que ocasiona uma dispensa discriminatória é a relacionada à religião, principalmente às religiões de matrizes africanas como o candomblé, por exemplo, já ocorreu de um empregado ser demitido sem justa causa em razão de ter “feito a cabeça no candomblé”, algo que implica em raspar a cabeça e trajar vestimentas brancas e próprias da religião e andar descalço.

Importante aqui esclarecer que nem mesmo o *dress code* pode ser alegado para justificar uma dispensa discriminatória quando esta exigência é desprovida de razoabilidade. É certo que a maioria das empresas adotam um *dress code*, um padrão de vestimentas de seus funcionários independentemente de adotar uniformes, o *dress code* é inerente ao poder diretivo do empregador, porém como já afirmado, o poder diretivo não é ilimitado e muito menos autorizador de violação de direitos fundamentais .

### **5.4. O enfrentamento contra a discriminação contra o trabalhador doente ou reabilitado**

A dispensa discriminatória por doença é modalidade de discriminação realizada pelo empregador contra seu empregado e que ocorre na fase contratual, acarretando seu suposto

término. Costuma ser indireta, pois o empregador não admite que a dispensa se deu por motivo de saúde, defendendo-se com o argumento da liberdade de demitir conferida pelo livre exercício da atividade econômica (CF, art. 1º, IV, e art. 170) e na previsão expressa de indenização compensatória (CF, art. 7º, I).

A Constituição Federal de 1998 trouxe como novidade a preocupação com a discriminação contra o deficiente ao proibir qualquer forma de discriminação no que tange a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência(art.7º, XXXI).

Ocorre que a faculdade de dispensar o empregado não permite dispensa discriminatória de nenhum tipo, situação que torna o ato nulo. No caso particular de doença, a perda do posto coincide com o momento em que o trabalhador é mais dependente do emprego, do vínculo de emprego, do uso do convenio médico empresarial

Nesse contexto, ressaltando a função social do contrato de trabalho (CC, art. 421) como contraponto do direito potestativo de dispensa, merece transcrição a seguinte ementa do TRT da 2ª Região:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. NULIDADE DA RESCISÃO. O direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho, não é absoluto, encontra-se mitigado pela função social do contrato; bem como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre eles a dignidade da pessoa humana. A alegação de desconhecimento da gravidade da doença, não descaracteriza o ato discriminatório, basta o fato da doença, independentemente da gravidade, para configuração da discriminação. A conduta se torna mais reprovável diante de doença grave. Inteligência dos artigos 1º, III e 3º, IV, da CF e art. 1º da Lei 9.029/95. DANO MORAL. O dano moral ocasiona lesão na esfera personalíssima do titular, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, implicando numa indenização compensatória ao ofendido. E, segundo a melhor doutrina, desnecessária a prova do dano moral, pois, a esfera atingida da vítima é a subjetiva, tal seja, seu psiquismo, sua intimidade, sua vida privada, gerando dor, angústia, entre outros sentimentos de indignidade. Basta a prova do fato ilícito, potencialmente gerador do dano moral. Comprovado o ato da ré cabe indenização pelo dano moral causado. (TRT/SP - 02232004520095020070 (02232200907002009) - RO - Ac. 4ªT 20110631140 - Rel. IVANI CONTINI BRAMANTE - DOE 27/05/2011).

O TST, em 2012, adotou na súmula 443, a presunção de conduta discriminatória na despedida de empregado com doença grave e estigmatizante, gerando o conseqüente direito à reintegração. A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho está em perfeita consonância

com os direitos fundamentais do trabalhador portador de doença grave, que suscite estigma ou preconceito, e que a doença não é fato impeditivo, por si para afastá-lo de suas atividades laborais, eis que se haveria a suspensão do contrato de trabalho em razão do gozo de auxílio doença. Dispõe a súmula 443 do TST:

**Súmula nº 443 do TST**

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Ao editar a súmula 443, o TST previu uma presunção de discriminação na despedida e criou uma espécie de estabilidade para o trabalhador portador de doença grave, que suscite estigma ou preconceito, e uma vez que o empregador não motivar a dispensa desse empregado, a mesma será inválida e o empregado será reintegrado.

Essa presunção de abusividade é criticada pelo autor Vinicius Franco Duarte, que defende a relativização da súmula 443 do TST fundamentando a relativização na necessidade de se investigar o comportamento do empregador ou da empresa, a sua postura perante o mercado e sua conduta com os seus empregados que detêm a mesma condição do empregado portador de doença grave, que suscite estigma ou preconceito e que alega suposta dispensa discriminatória em razão da doença, bem como critica o modo como a lei 9029/95 vem sendo interpretada, em razão inclusive das conseqüências penais defendendo também a necessidade de se analisar a conduta da empresa perante os demais empregados do suposto trabalhador cuja discriminação se enquadra na lei n. 9029/95<sup>70</sup>. Sobre a relativização da súmula 443 do TST arriscamos criticar o posicionamento do autor, nossa crítica se dá em razão da edição da súmula n. 443 do TST tão somente positivou a necessidade de se “repelir” atos discriminatórios que se repetiam habitualmente, sua edição é conseqüência de julgamentos reiterados de casos de dispensa discriminatória que ocorre frequentemente nas relações de trabalho brasileira. Não negamos que existe urgência na implementação de políticas públicas e que existe uma diferença em inserção e integração do empregado marginalizado no

---

<sup>70</sup>Vinicius Franco Duarte. **A despedida discriminatória no contexto do diálogo das fontes** in Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes o Direito do Trabalho. Renato Rua, Coordenador, CALVO, Adriana, Assistente de Coordenação. Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes o Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, junho de 2015, p. 167/177.

ambiente de trabalho e na sociedade, como bem asseverou o autor, mas até que haja essa implementação de políticas públicas e esse empregado seja efetivamente inserido e integrado, não podemos admitir que a súmula 443 seja relativizada, pois esta relativização implicaria em deixar esses trabalhadores entregues à própria sorte ao lhe incumbir o ônus de provar que sofreu uma dispensa discriminatória em razão de sua doença.

A aplicação da súmula com a presunção de abusividade está em consonância com os princípios do direito do trabalho, o próprio método da aplicação do diálogo das fontes, já que o direito do trabalho deve ser complementado pelos direitos humanos para que os direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles o direito ao trabalho e o respeito à sua dignidade humana. Sobre a referida Súmula, vale destacar os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado:

“Ora, a prática jurisprudencial trabalhista tem evidenciado a ocorrência de reiterados preconceito e discriminação, dentro do ambiente empresarial, com relação a trabalhadores portadores de certas doenças graves, que venham ensejar estigma ou preconceito. Essa prática processual demonstra que o viés pode ser verificado seja em vista da própria doença, seja em vista do decréscimo de produtividade laborativa que o malefício tende a produzir no empregado. Nesse quadro, a incidência dos princípios e regras constitucionais referidos(art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 7º, XXXI), além dos internacionais ratificados, contrapostos à reiteração de casos de dispensas arbitrárias de obreiros portadores de tais doenças graves, conduziu a jurisprudência a consagrar a presunção de despedida discriminatória, com o consectário normativo da invalidação do ato de ruptura contratual”.<sup>71</sup>

Não afirmamos que a garantia de emprego seja o bem tutelado pela lei 9029/95, mas ousamos afirmar que o emprego é imprescindível para garantir a dignidade do ser humano, tanto o trabalho quanto a dignidade humana são direitos fundamentais do trabalhador. E ainda que não seja o emprego o bem tutelado pela referida lei, esta deve ser interpretada com o método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sobre a utilização do método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais, nos filiamos ao posicionamento do Professor Renato Rua de Almeida que defende a sua utilização, como “*visão pós-positivista do Direito, que busca em última análise a promoção da dignidade da pessoa humana da parte débil do contrato, que é o trabalhador(...)*”( cf. ALMEIDA,

---

<sup>71</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit 828.

Renato Rua de. A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada, in Revista do Advogado, AASP, São Paulo, ano XXIII, julho de 2003, n. 70, p. 72-74)<sup>72</sup>

Nosso posicionamento não implica em risco de uma onerosidade excessiva ao empregador, mas sim na efetivação do direito do trabalhador marginalizado, de forma justa, equilibrada e equitativa.

Nosso ordenamento jurídico tem cumprido seu papel no quesito de proteger o trabalhador vulnerável, o fazendo muitas vezes de forma específica, e quando assim não o fez, estendeu a aplicação de uma súmula, por exemplo, tudo isso com o objetivo de proteger aquele que necessitava ser protegido. Exemplo interessante é o caso do trabalhador acometido por etilismo. Muito embora não tenha editado súmulas específicas para o caso de etilismo, o Tribunal Superior do Trabalho tem aplicado a Súmula 443 para proteger o trabalhador que sofre de etilismo. Caso interessante foi o do ferroviário da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos( CPTM) que sofria de síndrome de dependência alcoólica( etilismo) e foi dispensado com justa causa caracterizada pela desídia. O Tribunal entendeu que as faltas do empregado eram em razão do etilismo que é reconhecida, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como doença, o que exclui, conseqüentemente, a culpa do trabalhador, já que sem provas de outro fator que justificasse a desídia, deduzindo o TST que a dispensa do empregado teve caráter nitidamente discriminatório. Assinalou a relatora do recurso do ferroviário na Quarta Turma, ministra Maria de Assis Calsing, assinalou que a jurisprudência do TST, através da Súmula 444, considera discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que gere estigma ou preconceito. "O fato de não haver lei que preveja a estabilidade do trabalhador que sofre de alcoolismo crônico não impede a sua reintegração, sobretudo quando não comprovado que a rescisão foi motivada por outros fatores", afirmou. (RR-3340-05.2013.5.02.0037).<sup>73</sup>

Outras doenças que ocasionam a discriminação no trabalho e culmina a dispensa discriminatória é a neoplasia( popularmente denominado câncer). Como acontece no caso das doenças tratadas anteriormente no presente trabalho, a dispensa do empregado acometido por

---

<sup>72</sup>RENATO RUA DE ALMEIDA. **Síntese para uma Nova Hermenêutica das Relações de Trabalho** in Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais:. ALMEIDA. Renato Rua, Coordenador, CALVO, Adriana, Assistente de Coordenação. Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes o Direito do Trabalho, Ed. LTr, São Paulo, junho de 2015, p. 160/161.

<sup>73</sup> Notícias do TST. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/turma-manda-cptm-reintegrar-ferroviario-com-alcoolismo-por-considerar-dispensa-discriminatoria](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-manda-cptm-reintegrar-ferroviario-com-alcoolismo-por-considerar-dispensa-discriminatoria). Acesso em 17 mar. 2018

neoplasia é presumida discriminatória, portanto nula. Nesse sentido é pacífico o entendimento jurisprudencial:

DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADA PORTADORA DE CANCER. DISCRIMINAÇÃO. NULIDADE. DANOS MORAIS. É nula a dispensa de empregada portadora de câncer e comprovadamente sem condições de trabalho. O ato, dado as circunstâncias, afigura-se discriminatório e enseja a reparação dos danos morais causados. Recurso improvido. (TRT-14- R.O: 0082600 RO 0082600, Relator Desembargador Carlos Augusto Gomes Lobo, Data de Julgamento: 29/03/2010. Segunda Turma, Data de Publicação: DETRT 14 n.58, de 30/03/2010

A psoríase também vem sendo considerada doença que causa estigma e discriminação por alguns tribunais, posicionamento que ao entendimento vem de encontro ao arcabouço jurídico e ao próprio espírito protecionista do Direito do Trabalho.

#### **5.4.1. A Lei Previdenciária n. 8.213/91**

O direito previdenciário também contribuiu para com o combate à discriminação no contrato de trabalho, a edição da Lei 8.213/91 trouxe restrição indireta à dispensa de empregados com necessidades especiais, estabelecendo que o obreiro submetido a processo de reabilitação profissional somente pode ser despedido "...após a contratação de substituto de condição semelhante" ( art. 93, §1º, *in fine*). Leciona Maurício Godinho Delgado que o referido artigo abrange duas dimensões importantes: de um lado um sistema de cotas para obreiros beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência( caput do art. 93) e de outro, a garantia indireta vez que a dispensa dessa trabalhador só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante( §1º, *in fine*, do art. 93).<sup>74</sup>

#### **5.5. O enfrentamento contra a Discriminação Religiosa**

A liberdade religiosa é garantida na Constituição Federal brasileira vigente, que dispõe no artigo 5º que:

<sup>74</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo p. 827.

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

VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Muito embora o cidadão brasileiro tenha a sua liberdade de crença e religião garantida constitucionalmente, a discriminação religiosa é uma das realidades que não raramente ocorre na relação contratual e que ocasiona uma dispensa discriminatória é a relacionada à religião, principalmente às religiões de matrizes africanas como o candomblé, por exemplo, já ocorreu de um empregado ser demitido sem justa causa em razão de ter “feito a cabeça no candomblé”, algo que implica em raspar a cabeça e trajar vestimentas brancas e próprias da religião e andar descalço.

Importante aqui esclarecer que nem mesmo o *dress code* pode ser alegado para justificar uma dispensa discriminatória quando esta exigência é desprovida de razoabilidade. É certo que a maioria das empresas adotam um *dress code*, um padrão de vestimentas de seus funcionários independentemente de adotar uniformes, o *dress code* é inerente ao poder diretivo do empregador, porém como já afirmado, o poder diretivo não é ilimitado e muito menos autorizador de violação de direitos fundamentais .

Outra hipótese de discriminação se dá contra os trabalhadores que professam a religião adventista do sétimo dia, prática que o impede de exercer suas atividades laborais a partir das 18h da sexta-feira às 12h do sábado, o que faz com que o empregador veja dificuldade no cumprimento da jornada de trabalho e até mesmo o faz inviabilizar o cumprimento da jornada contratada na forma proposta pelo empregado que sempre lhe sugere uma escala de horário, mas que nem sempre é bem recebida pelo empregador que tende a inviabilizar o cumprimento da jornada de trabalho deste empregado.

## CÁPITULO VI

### **AS AÇÕES AFIRMATIVAS E SEU PAPEL NO MERCADO DE TRABALHO**

#### **1. As ações afirmativas como forma de combate à discriminação no trabalho e à dispensa discriminatória**

A discriminação pode ocorrer no período Pré-contratual, durante a vigência do contrato de trabalho e na dissolução do contrato de trabalho( artigo 373-A, II da CLT).

Temos dois modelos que norteiam o combate às práticas discriminatórias. O primeiro modelo é o repressor fundado na tipificação das condutas discriminatórias e na aplicação das sanções de cunho administrativo, civil e penal. O outro é o modelo ativo e constituído de implementação de políticas e condutas que viabilizam o acesso do vulnerável às reais condições de igualdade, políticas estas que denominamos ações afirmativas.

Adotar ações afirmativas, consiste em adotar medidas que viabilizem o acesso das pessoas discriminadas à coletividade. Temos dois modelos de ações afirmativas, um que possui como objeto a discriminação negativa e outro, a discriminação positiva. A discriminação negativa,é o preconceito exteriorizado, que pretende justificar uma situação de agressão contra um grupo vulnerável ou a obtenção de uma vantagem em face do mesmo grupo.

A discriminação é direta quando fundada em prática ostensiva, política institucional ou política comercial, sem se esconder que o motivo do tratamento diferenciado do grupo vulnerável está ligado a uma condição própria, exemplo, determinada empresa não contrata negros ou mulheres com filhos. Por sua vez, há discriminação indireta se o tratamento diferenciado decorre de conduta aparentemente neutra, mas que de fato está ligada a alguma peculiaridade considerada pelo agressor como inferiorizante.Sobre a diferença entre discriminação direta e indireta, Alberto Emiliano de Oliveira Neto (2006)leciona:

“Na forma direta, a discriminação é explícita, pois plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório. A discriminação indireta, por sua vez, é criação do direito norte-americano, baseada na teoria do impacto desproporcional (

...). Esta modalidade se dá através de medidas legislativas, administrativas ou empresariais, cujo conteúdo, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, acentua ou mantém tal quadro de injustiça, ao passo que o efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas. Finalmente, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, caracteriza-se pela intencionalidade (não encontrada na discriminação indireta). A discriminação oculta, outrossim, é disfarçada pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando real intenção efetivamente discriminatória.”<sup>75</sup>

Não podemos olvidar que a própria relação de trabalho já possui como característica a desigualdade material entre as partes, o empregado é hipossuficiente independentemente do valor de seu salário, ainda que este receba mais de duas vezes o valor do teto previdenciário, não deixa de ser hipossuficiente, pelo contrário, quanto maior o salário do empregado, maior sua dependência econômica. Já declarado o nosso posicionamento de que não existe empregado hipersuficiente, afirmamos que essa dependência econômica já é suficiente para deixar o empregado em condição de fragilidade frente ao empregador e suas eventuais condutas discriminatórias.

Muito embora o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos(1948) vede a discriminação em geral e que a discriminação é especificamente recriminada em alguns estatutos, como é o caso da discriminação racial e contra a mulher , tendo não só o Brasil ratificado a Convenção 111 da OIT, que no seu artigo 1º traz como discriminação “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social” e ter editado a Lei 9029/95 e através desta criminalizado diversas práticas no contexto trabalhista, o arcabouço jurídico não tem sido o suficiente para extinguir das relações de trabalho brasileira a discriminação.

Sustenta a autora Ana Lúcia Coelho de Lima que as normas proibitivas não tem alcançado de forma satisfatória o combate á discriminação no contrato de trabalho, a positivação dos direitos fundamentais e a edição de leis proibitivas e punitivas da discriminação não inclui de forma efetiva esse grupo de pessoas vulneráveis, esses grupos foram e continuam sendo discriminados. Para que essa discriminação seja extinta ou pelo menos minimizada, faz-se necessário a implantação de ações eficazes para reprimir a

---

<sup>75</sup>OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho.** In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8950>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

discriminação bem como fomentar a igualdade. Defende ainda a autora que as ações afirmativas fazem parte de um grupo de medidas que visam à igualdade real<sup>76</sup>.

Ainda que à título de ilustração, conveniente explicitar que a expressão “ação afirmativa” foi utilizada, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no ano de 1935, ocasião em que a legislação trabalhista dispôs que caso fosse constatado que um empregador discriminou sindicalistas ou trabalhadores sindicalizados, ele teria não apenas que cessar de discriminar, mas também tomar ações afirmativas para restituir as vítimas à posição que ocupariam caso não tivessem sido discriminadas. Na década de 1950 o sentido da expressão “ação afirmativa” foi avultado pelas leis e discursos proferidos por autoridades públicas em resposta ao Movimento dos Direitos Civis norte americanos.

A Ordem Executiva 10925 promulgada pelo presidente John F. Kennedy em 1961 redefiniu a ação afirmativa, ampliando seu escopo de reparação a uma vítima de tratamento discriminatório para medidas de prevenção à discriminação. Ademais, a definiu como uma ferramenta de justiça distributiva aplicável não apenas a um indivíduo, mas também a uma coletividade. Além de criar o Comitê para a Igualdade de Oportunidades no Emprego, Kennedy determinou que projetos financiados com recursos federais deveriam incluir ações afirmativas para evitar discriminações nas contratações e promoções no emprego.

No ano de 1961, o presidente John Kennedy promulgou a Ordem Executiva 10925, redefinindo o conceito de “ação afirmativa e não somente ampliou o desígnio de reparação a uma vítima de tratamento discriminatório para medidas de prevenção à discriminação, bem como definiu “ação afirmativa” como uma ferramenta de justiça distributiva aplicável não apenas a um indivíduo, mas também a uma coletividade, e propôs medidas que visavam ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Não só criou o Comitê para a Igualdade de Oportunidades no Emprego, mas também determinou que projetos financiados com recursos federais deveriam incluir ações afirmativas para evitar discriminações nas contratações e promoções no emprego.<sup>77</sup>

Podemos definir ações afirmativas como uma estratégia política social ou institucional, que possui como objetivo atingir uma igualdade de oportunidades entre as pessoas distinguindo e beneficiando grupos lesados por mecanismos discriminatórios com

---

<sup>76</sup> LIMA, Ana Lucia Coelho de, *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*, São Paulo, Edição: Ed. LTR 2009, pag. 69

<sup>77</sup> Mídia e Ação Afirmativa. Disponível em : <http://gema.iesp.uerj.br/estados-unidos/>. Acesso em 17 mar. 2018

ações intentadas em um tempo determinado e que tem como objetivo trazer mudanças positivas na situação de desvantagem desses grupos. Segundo a Secretaria Nacional de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, do Ministério dos Direitos Humanos:

“As ações afirmativas no Brasil partem do conceito de equidade expresso na constituição, que significa tratar os desiguais de forma desigual, isto é, oferecer estímulos a todos aqueles que não tiveram igualdade de oportunidade devido a discriminação e racismo.

Uma ação afirmativa não deve ser vista como um benefício, ou algo injusto. Pelo contrário, a ação afirmativa só se faz necessária quando percebemos um histórico de injustiças e direitos que não foram assegurados.”<sup>78</sup>

Sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, o Superior Tribunal Federal já se posicionou no ano de 2012, afirmando que o Estado pode utilizar de políticas de caráter universalista que alcance um número indeterminado de pessoas, através de ações de natureza estrutural, que podem ser ações afirmativas que alcançam determinados grupos sociais e por um determinado tempo lhe concede certas vantagens que lhe permite superar as desigualdades decorrentes de situações históricas. Num voto quase que poético, o Ministro ao afirmar que as ações afirmativas levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, e que estas ações afirmativas integram a própria essência do conceito de democracia, transcorrendo as palavras de Boaventura de Sousa Santos:

“(…) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. (SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56)

Também transcreve a idéia de Dalmo de Abreu Dallari, que por sua vez aconselha que a idéia de democracia exige a superação de uma concepção mecânica e estagnada da igualdade, igualdade que no passado, era definida apenas como um direito e nem se concebia convertê-lo em possibilidade:

“O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo

---

<sup>78</sup> O que são ações afirmativas. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>. Acesso em 16 mar. 2018

intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”( DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 25. ed. São Paulo: 205. p. 309).

## **2. Reflexos da dispensa discriminatória na sociedade e a necessidade de ações afirmativas na efetividade da igualdade e da dignidade humana**

Leis, súmulas e convenções são editadas com o objetivo de acabar com a discriminação na sociedade e também no mercado de trabalho, não só protegendo aquele que aqui chamamos de vulneráveis à discriminação, como também punindo aquele que o discrimina. Essa proteção não tem sido o suficiente para eliminar a discriminação, nem no ambiente de trabalho e nem na sociedade como um todo, as pessoas que integram os grupos de vulneráveis continuam sendo discriminadas na relação de trabalho.

Todo o arcabouço jurídico anteriormente mencionado no presente trabalho não tem sido o suficiente para garantir condições reais de igualdade ao trabalhador, alguns deles continuam sendo segregados do mercado de trabalho e tendo sua dignidade humana violada cotidianamente. Empregados discriminados são moralmente indenizados e reintegrados, porém tais decisões judiciais não tem sido suficiente para acabar com a discriminação no ambiente de trabalho, a discriminação continua acontecendo. Essa indenização ou reintegração não devolve a dignidade humana desse trabalhador e nem tão pouco lhe garante o efetivo exercício do seu direito ao trabalho. Precisamos de maior efetividade na proteção dessas pessoas, pois somente o arcabouço jurídico existente e na forma em que se encontra não tem sido o suficiente para atingir a finalidade de proteger os cidadãos, os trabalhadores e dessa forma proteger a relação de trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Não podemos ignorar os reflexos da dispensa discriminatória na sociedade, seus efeitos se assemelham a uma “bola de neve”, as mesmas razões que dificultaram o acesso de um determinado trabalhador no mercado de trabalho, serão as mesmas que inviabilizará a sua promoção e ocupação nos cargos hierarquicamente superiores, também serão estas mesmas razões que lhe deixará vulnerável à uma eventual dispensa discriminatória e após demitido serão essas mesmas causas que dificultarão a sua recolocação no mercado de trabalho. Vimos que essa “bola de neve” não tem diminuído com a positivação de direitos fundamentais e nem

com o combate à discriminação seja condenando criminalmente aquele que praticar a discriminação, seja condenando a empregadora a indenizar ou reintegrar o empregado dispensado de forma discriminatória.

Na antiguidade era discriminado, o deficiente era visto como alguém que não merecia viver, o negro era visto como um instrumento de trabalho, escolhido á dedo, ou melhor, escolhido pelos dentes e pela espessura de suas canelas, a mulher negra sempre teve sua mão de obra aproveitada de forma escrava no serviço pesado e nos serviços domésticos, a mulher branca e de posses não estudavam e não tinham acesso ao mercado de trabalho. O homem que não era saudável era considerado imprestável e descartado, porque não poderia oferecer sua mão de obra, O homem doente não podia trabalhar, portanto nada podia a oferecer à sociedade, sendo assim não era digno. Enfim o ser humano era visto como um meio de se atingir um fim, e não como um fim. Existe uma contextualização histórica da Discriminação.

Parece-nos que a discriminação nas relações de trabalho nada mais é que uma herança de uma sociedade arcaica e preconceituosa, que vem sendo juridicamente combatida mas que sua extinção caminha á passos lentos.

A idéia de isonomia, a igualdade real é mais que uma obrigação legal do Estado, é uma exigência moral a ser cumprida. Essa igualdade não pode ter um sentido individualista e abstrato, as diferenças entre os grupos de pessoas e de trabalhadores devem ser consideradas, o que conseqüentemente afasta a idéia de tratamento igual para pessoas de grupos diferentes.

Daí a importância das ações afirmativas, já que estas são instrumentos de concretização de uma igualdade real, que somente será alcançada com a extinção da discriminação da sociedade, ainda que ao longo prazo. Não afirmamos que a extinção da discriminação será alcançada, mas esse objetivo tem que ser almejado e buscado com ações concretas, pois se não alcançada a igualdade real entre os grupos, teremos, no mínimo, uma considerável diminuição da discriminação e uma aproximação maior e uma sociedade igualitária, o que já será válido. As ações afirmativas permitem que a sociedade vá evoluindo ao longo do tempo, a tendência é que as futuras gerações vão sendo menos preconceituosas, que vem como perfeitamente normal a aceitação dessas classes vulneráveis no mercado de trabalho, na ocupação de cargos de chefia e direção. As ações afirmativas podem viabilizar

essa mudança cultural e conseqüentemente uma sociedade mais justa e mais próxima do tão almejado patamar mínimo civilizatório.

Imprescindível destacar que quando falamos em ações afirmativas, somos levados à quase que de uma forma automática de visualizarmos que as mesmas sejam de iniciativas do Estado, porém as mesmas podem ser adotadas por instituições privadas, empresas, empregadoras que cumprirão com o seu fim social e contribuirão com a cidadania. Em contrapartida, o próprio Estado além de adotar as ações afirmativas, deveria incentivar que as instituições privadas as adotassem, o que poderia ser feito através de incentivos fiscais por exemplo. Nós cidadãos deveríamos também incentivar estas empresas a adotar ações afirmativas, prestigiando essas empresas e dando preferência ao consumo dos seus produtos ou serviços, selos certificadores de que essas empresas adotam ações afirmativas e que contribuem para com uma sociedade igualitária poderiam ser criadas.

## **Conclusão**

A Constituição Federal de 1998, denominada Constituição Cidadã trouxe uma temática antidiscriminatória bem mais ampla que as Constituições que lhe antecederam, e, essa ampliação dos mecanismos de proteção contra a discriminação ocorre proporcionalmente à ampliação das franquias democráticas no conjunto da sociedade política e civil, refletindo na relação de emprego. A Constituição de Federal de 1998 além de trazer novas proteções antidiscriminatórias específicas para situações que envolvem a relação de emprego( art. 7º), trouxe proteções que não são específicas para as relações de trabalho, mas que por ser gerais e acabaram abrangendo também as situações das relações de trabalho, como foi o caso do artigo 5º por exemplo.

De fato, há uma preocupação por parte do legislador, quanto á continuidade de emprego, tanto é verdade que existe uma proteção contra a despedida arbitrária, um arcabouço jurídico criado com a finalidade de coibir a dispensa do empregado fora das hipóteses autorizadas pelas fontes formais do Direito do Trabalho.

Uma vez violado esse direito ao trabalho, em razão da dispensa discriminatória, podemos considerar que esse direito foi reparado? Ou seja, esse empregado teve a concreção do seu direito ao trabalhado quando foi reintegrado? E quando ele for indenizado, estaremos diante de um efetivo exercício do direito ao trabalho?

Um dos desafios propostos no presente trabalho, é tentar responder, ou ao menos levantar indagações que nos leve a refletir se a reintegração ou a indenização do empregado que foi dispensado de forma discriminatória tem alcançado a efetividade na satisfação do direito ao trabalho e resgatado a dignidade humana desse trabalhador.

A discriminação viola diretamente a dignidade humana do trabalhador, que ao ser preterido á uma vaga de emprego ou promoção já tem sua dignidade humana violada, essa discriminação pode ocorrer durante o período contratual principalmente de uma forma velada, exteriorizada com a dispensa discriminatória o que torna mais palpável, mais nítida a violação da dignidade humana do trabalhador. Uma vez que este empregado teve sua dignidade humana desrespeitada, a reintegração ou a indenização teria esse poder de repará-la?

Ousamos responder esta indagação já de pronto, não por precipitação, mas por certeza de que a reintegração do empregado que foi discriminado não restabelecerá a sua dignidade, porque esta uma vez violada não mais é restabelecida. A reintegração permite cessar a causa da violação da dignidade humana, mas seus efeitos se estendem ao longo do tempo, tanto é verdade que o que coloca um homossexual numa situação de risco de discriminação nos dias atuais é justamente a causa de um homossexual já ter sido discriminado nos tempos remotos, aquela discriminação ocorrida há cem anos, por exemplo, nos deixou de herança cultural a discriminação que vemos hoje.

Com relação à indenização, acreditamos que esta não vem sendo fixada em montante suficiente para atender a função da indenização que é reparar o dano sofrido pela vítima e punir aquele que causou o dano. O *quantum indenizatório* fixado por nossos Tribunais estão longe de atender a função da indenização, o que nos permite concluir que a indenização não repara a dignidade humana do trabalhador que foi dispensado de forma abusiva e discriminatória.

Vivemos num mundo desigual, as desigualdades sociais crescem diariamente no mundo e não é diferente no Brasil, o número de desemprego aumenta, assim como aumenta a dificuldade ao acesso ao mercado de trabalho, principalmente para aquelas pessoas que de pertencem aos grupos que são discriminados ao longo dos anos. Muito embora nosso sistema jurídico assegure a todos igualdade de direitos, sem distinção de qualquer espécie, de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou de outra natureza, a cultura de discriminação ainda nos acompanha ao longo dos anos. As mulheres continuam ocupando menos os cargos de direção, recebendo as menores remunerações, as executivas negras recebem 40% do salário de um executivo negro que por sua vez tem salário menor que um executivo branco, o que comprova que a situação de desvantagem da mulher e do negro na sociedade persiste, reforçando a tendência à etnização e feminização da pobreza, concluindo que somente a proibição da discriminação não tem sido eficaz para garantir condições de igualdade à população brasileira. Temos um ideal de igualdade, mas não temos uma igualdade real e efetiva, e isso não é diferente na relação contratual de trabalho, pelo contrário, o empregado que já é o sujeito mais vulnerável da relação contratual, independentemente de sua etnia, seu gênero ou condição sexual ou opção religiosa, tem sua vulnerabilidade exarcebada quando se encaixa no perfil que é discriminado, ou seja, quando é mulher, negro, deficiente físico, glbt.

Não basta que tenhamos a positivação dos direitos fundamentais do trabalhador, é imprescindível a efetiva concreção desses direitos fundamentais na relação entre empregado e empregador. É imprescindível que tenhamos uma visão pós-positivista, os operadores e aplicadores do direito tem o dever de tornar os direitos fundamentais/humanos efetivamente concretizados, o judiciário tem o dever de garantir os direitos fundamentais, esse mecanismo utilizado para concretizar direitos fundamentais sociais é denominado ativismo judicial.

É preciso que as decisões judiciais estejam em consonância com o espírito do ordenamento jurídico, que é de amplitude maior que o simples dispositivo legal. Explica Carlos Henrique Bezerra Leite que este é o significado do artigo 5º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou seja, que o juiz ao aplicar a lei atenderá aos fins sociais a que ela se destina e aos anseios do bem comum, fundamentando que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao situar um fato a uma norma jurídica, o interprete da lei tem o dever de observar os novos valores, princípios, regras e objetivos norteadores do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por ora, a proteção judicial é medida necessária para proteger esses trabalhadores vulneráveis, mas uma decisão judicial nesse caso, não impedirá que esses empregados dispensados de forma discriminatória voltem a sofrer discriminação em algum momento da relação contratual, pois a causa, o motivo da contratação continuará a “ser parte” desse trabalhador no momento em que buscar um novo posto de emprego, durante o contrato de trabalho ou após o término do contrato de trabalho, o negro, por exemplo, não deixará de ser negro ou não se eximirá da possibilidade de ser discriminado porque teve uma decisão judicial favorável, sua negritude lhe acompanhará, assim como a homossexualidade, o H.I.V. Uma súmula, uma decisão judicial é um meio de se evitar a discriminação, a reintegração do empregado é uma forma de remediar um dano concreto, mas não impede que a discriminação volte a ocorrer com este empregado, ou com qualquer outro que possua as mesmas características ou condições.

Não bastando, a reintegração do empregado discriminado não repara a sua dignidade humana que foi violada pelo empregador, o empregado que foi humilhado volta ao trabalho, mas isto não é o suficiente para esquecer o momento da discriminação. Uma vez discriminado, este empregado até poderá ascender profissionalmente, mas carregará a marca do momento em que foi discriminado, alguns poderão usar tal fato como incentivo para

alavancar sua carreira profissional, outros se tornarão mais inseguros em razão do medo de passar por todo esse sofrimento novamente, mas de fato, esse momento não mais deixará de existir, dificilmente esse trabalhador esquecerá do momento em que foi discriminado.

Edição de súmulas, convenções são medidas necessárias, mas de certa forma paliativas, mas não extingue da sociedade a discriminação. Para que essas medidas tenham realmente efetividade precisamos melhorar como sociedade, nos despidendo de preconceitos e dogmas ultrapassados que nos impedem de avançar como civilização.

A simples enunciação formal dos direitos desses empregados vulneráveis não lhes concede a efetivação automática de seus exercícios. Essa efetivação depende de ações do Poder Legislativo que tem o dever de adequar a legislação pátria aos parâmetros internacionais de igualdade; do Poder Executivo que tem o dever de implementar políticas públicas voltadas para os direitos dos vulneráveis; e, por fim, do Poder Judiciário, que tem o dever de proteger os direitos dos vulneráveis e os direitos fundamentais ao fundamentar suas decisões.

Não extinguiremos a discriminação na relação de trabalho se não melhorarmos como sociedades, precisamos nos reeducar e não se reeduca somente com a edição de leis punitivas. As ações afirmativas são imprescindíveis para que as novas gerações possam ter como realidade uma sociedade mais justa e igualitária, as crianças precisam crescer vendo seus pais ter como amigos de trabalho, como superiores dos seus pais, pessoas homossexuais, mulheres, negros, serão essas experiências que as livrarão de uma herança cultural preconceituosa e que caminha em sentido contrário à dignidade da pessoa humana.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua, Coordenador, CALVO, Adriana, Assistente de Coordenação. Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes o Direito do Trabalho, Ed. LTr, São Paulo, junho de 2015,

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, e COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas. São Paulo, Ed. Ltr, 2014, FEVEREIRO

AZEVEDO, Platon Teixeira de Neto, O trabalho decente como um direito humano. São Paulo Ed. Ltr, 2015, FEVEREIRO

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 7ª edição Revista e Atualizada, 2011

BELTRAN, Ari Possidonio. Direito do trabalho e direitos fundamentais. São Paulo, LTr, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição, Ed. LTr, São Paulo, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 4ª Edição, São Paulo, 2017, junho.

GRAU, Antonio Baylos e REY Joaquín Pérez , A Dispensa ou a violência do poder privado. São Paulo - 2ª Ed.LTr 2009, Agosto

KANT, Immanuel. Fundamentação. da metafísica dos costumes. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964

KELLER, Werner, O Direito ao trabalho como direito fundamental. São Paulo - 2ª Ed.LTr ,2016

LIMA, Ana Lucia Coelho de, Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais, São Paulo, Edição: Ed. LTR 2009, Outubro

MASCARO. Alysso Leandro. Filosofia do direito. 5. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Atlas Ltda. São Paulo, 2016

MELO, SANDRO NAHMIAS, O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência. São Paulo, Edição: Ed. LTR 2010, Agosto

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. O dano pessoal no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional, 11ª Edição, revista e atualizada, Editora Saraiva, 2010

ROMITA, Arion Sayão. Os direitos sociais na constituição e outros estudos. São Paulo, LTr, 1991.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 3. ed. São Paulo, LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. A função social do contrato de trabalho, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho. São Paulo, LTr, 2003.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Validade e eficácia da Convenção 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.25, n. 94, abr./jun.1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho, 3ª Edição atualizada e com novos textos, Ed. LTr, São Paulo