

O DIREITO DO TRABALHO E AS DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

I- Introdução.

a) Igualdade formal e igualdade concreta.

Sob um ponto de vista estritamente jurídico, vem da Revolução Francesa o legado de que todos são iguais perante a lei. Mas a noção de igualdade perante o direito não pode se limitar a um sentido meramente formal, uma mera declaração de que todos são iguais, que mascara as diferenças entre as pessoas.

É preciso, portanto, que o direito ofereça instrumentos eficazes para que a igualdade não seja uma mera declaração, mas um ideal a ser buscado cotidianamente.

Em resumo, o direito deve servir como um instrumento tanto para impedir a formação de desigualdades quanto para promover a igualdade, pois uma sociedade verdadeiramente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece verdadeiras oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana.

^(*) Juiz do trabalho. Professor de direito do trabalho da Faculdade de Direito da USP. Bolsista da CAPES.

b) Não-discriminar e discriminar.

Para o concreto oferecimento de iguais oportunidades, duas noções aparentemente contraditórias habitam o direito: o dever de não-discriminar e o dever de discriminar.

Discriminar, cabe dizer, é distinguir coisas, pessoas, idéias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos. Discriminar é distinguir. A discriminação não possui, portanto, um sentido pejorativo.

O problema existe quando se faz uma discriminação de pessoas quando esta distinção não poderia ser feita, mas o problema existe igualmente quando tal discriminação não é feita e ela seria necessária para preservar a o princípio da igualdade.

Em suma, o princípio fundamental de uma sociedade justa é a igualdade, que o direito deve preservar, seja coibindo atos discriminatórios, quando as discriminações não se justificam (sentido negativo), seja fixando discriminações para promover a igualdade (sentido positivo).

c) Exemplos.

O direito processual fornece um bom exemplo para ilustrar melhor o que se está querendo dizer.

Com apoio na noção igualdade, durante muito tempo acreditou-se que ao direito bastava declarar que o acesso à justiça era direito de todos os cidadãos.

Mas, os custos do processo e a própria falta de informação das classes mais pobres quanto aos seus direitos faziam simplesmente com que o pobre não buscase os tribunais. Como se dizia sarcasticamente na Inglaterra, as portas dos tribunais estão abertas a todos, assim como também o estão as portas do Hitz Hotel.

Foi assim que a noção do acesso à justiça evoluiu para um sentido positivo, buscando-se criar mecanismos jurídicos para ultrapassar as barreiras que inviabilizavam o acesso à justiça pelos pobres. Mas, repare-se, para atender ao princípio da igualdade precisou-se partir de uma necessária discriminação entre pobres e ricos.

Um outro exemplo, é o da tutela antecipada, mais precisamente o do requisito negativo do risco de irreversibilidade para concessão da tutela. Ora, se a tutela antecipada só pudesse ser concedida a quem tem condições financeiras de prestar caução, isto equivaleria a dizer que tal instituto jurídico não se presta aos pobres e é por isto que a interpretação literal do dispositivo legal não pode prevalecer diante do princípio maior da igualdade.

II- A Inserção no Mercado de Trabalho.

Essas mesmas noções, evidentemente, se aplicam ao direito material do trabalho.

Aliás, é no direito do trabalho que o problema da isonomia ganha grande relevo, pois na sociedade industrial o trabalho acaba sendo um fator de integração social, um componente decisivo da cidadania.

Em uma economia de mercado, a igualdade, sob o ponto de vista concreto, é o pressuposto fundamental da liberdade e da construção de um processo produtivo justo.

Frise-se que mesmo no direito americano, conhecido por sua tradição de uma quase abstinência de leis trabalhistas, o princípio da não-discriminação foi consagrado em texto de lei e está exposto em várias decisões judiciais.

A igualdade entre homens e mulheres é um preceito normativo supra-nacional aplicado a todos os países da comunidade européia.

a) Classificação.

O direito do trabalho, para satisfazer a necessidade de um mercado de trabalho justo, deve fornecer instrumentos, tanto no sentido negativo quanto no sentido positivo da discriminação, para concretizar a igualdade entre trabalhadores e também entre empregadores.

- Igualdade entre empresas:

A igualdade entre empresas no sentido negativo se concretiza na fixação de iguais encargos trabalhistas para as empresas.

No sentido positivo, fixam-se tributos diferenciados para empresas de pequeno porte.

De todo modo, norteia a relação de igualdade entre as empresas, o dever de concorrência leal. A concorrência entre as empresas, não pode se basear, por exemplo, na supressão deliberada de direitos daqueles que lhe prestam serviços, para que seus produtos estejam no mercado a um preço reduzido.

- Igualdade entre trabalhadores:

A igualdade entre trabalhadores se concretiza pela proibição de atos que inibam o acesso ao mercado de trabalho (sentido negativo), ou pela fixação de preceitos que busquem assegurar o acesso ao mercado de trabalho para pessoas com deficiências (sentido positivo).

No sentido **negativo**, proíbe-se que o empregador, para contratação de trabalhadores, estabeleça uma ordem de preferência por critérios ligados a fatores diversos, tais como:

1. cor;

2. sexo (que alguns preferem chamar de gênero humano), na qual se pode incluir a questão da homossexualidade;

3. religião;

4. opinião política (na qual se pode incluir o conceito de ideologia)

5. raça ou etnia;

6. nacionalidade;

7. estado civil;

8. idade (a não ser que a discriminação se justifique para a proteção da pessoa: proibição do trabalho para menores de 16 anos);

9. estado de saúde (AIDs, cf. art. L. 122-45, do Código do Trabalho);

10. atividades sindicais (especialmente nos regimes em que se o direito do trabalho se baseia na negociação coletiva, como é o caso dos EUA).

A enumeração desses fatores pode ser vista na Convenção 111 da OIT e Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995.

Mas é importante lembrar que o fundamento principal do direito é a preservação concreta da igualdade.

Assim, a enumeração apresentada só pode ser entendida como exemplificativa e não restritiva.

Recentemente o Ministério Público da 15^a. Região propôs uma ação civil pública em face de uma empresa que teria deixado de contratar uma pessoa pelo fundamento de ser ela gorda.

Está na mídia, a discussão em torno do caso de uma apresentadora de TV que foi dispensada pelo fato de ter ela assumido publicamente ser uma consumidora de maconha (seria esta uma discriminação justificada, ou não? Eis a questão posta em discussão, que certamente suscitará calorosos debates).

No sentido **positivo**, a legislação brasileira, a exemplo da francesa, reserva espaço no mercado de trabalho a pessoas portadoras de deficiência física e a trabalhadores reabilitados.

Sensíveis avanços neste sentido, aliás, foram recentemente introduzidos no ordenamento jurídico nacional.

No setor público, a Constituição exige que um percentual dos cargos públicos seja destinado aos portadores de deficiência. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União assegurou o percentual de 20% dos cargos

públicos para os portadores de deficiência. No Estado de São Paulo, este percentual é de 5%.

No setor privado, a Lei n. 8.213/91, que cuida dos benefícios previdenciários, fixou que devem ser reservados aos deficientes, após reabilitação, de 2 a 5% das vagas. a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregado; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

b) Reparação.

No que se refere à **reparação** do ato discriminatório, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que o infrator está sujeito ao pagamento de uma multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência. Além de uma proibição de obter empréstimo junto a instituições financeiras oficiais (art. 3º., da Lei n. 9.029/95).

É evidente, no entanto, que esta multa de caráter administrativo não impede que a pessoa discriminada de forma indevida pleiteie, judicialmente, uma indenização pelos danos morais experimentados, cujos fundamentos jurídicos, no nosso ordenamento, são: o artigo 5º., inciso X, da CF e o artigo 159, do Código Civil.

c) Fiscalização.

Mas o ordenamento jurídico brasileiro faz mais do que reservar, juridicamente, um espaço no mercado de trabalho para o deficiente. Por meio da atuação de instituições públicas, busca-se que esses dispositivos sejam, efetivamente, cumpridos, em obediência ao disposto no artigo 227 da CF.

Mais do que penalizar o infrator, é importante realizar uma ação concreta para fazer valer o direito proclamado.

Ou seja, luta-se por uma efetiva integração social do deficiente.

- Ministério do Trabalho.

Regulando tal dispositivo, a Lei n. 7.853/89, criou o CORDE (Coordenação Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência) e o artigo 2º., inciso III, "b", da mesma lei, reforçou a idéia de que cabe ao Poder Público e a seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos.

Em decorrência deste dispositivo, o Ministério do Trabalho e do Emprego publicou a Instrução Normativa n. 20, em 26 de janeiro de 2001, pela qual se busca a implementação do disposto na Lei n. 8.213/91, procurando um diálogo com as empresas, para fins de fixação de um termo de

compromisso, que poderá ser intermediado pelo Núcleo de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Combate à Discriminação.

- Ministério Público.

Neste aspecto de luta pela integração concreta do deficiente ao mercado de trabalho, vale lembrar ainda a atuação do Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho possui até mesmo um "Manual de Procedimentos, visando à inserção da Pessoa Portadora de Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho", pelo qual se busca um conjunto de ações concretas para a integração do deficiente ao mercado de trabalho, que vai desde o entendimento, que culmina com a formalização de um termo de compromisso de Ajustamento de Conduta, até a adoção de uma medida judicial, a propositura da ação civil pública.

Pela ação civil pública, em termos gerais, requer-se que o Poder Judiciário, em sede liminar, determine ao réu o cumprimento da obrigação de fazer, quanto à contratação de pessoas deficientes ou reabilitadas, sob pena de multa pelo descumprimento.

Para que não se esbarre nos obstáculos de eventual dificuldade econômica do empregador, pede-se que a multa seja aplicada no caso da empresa contratar algum

empregado, a partir daquele momento, sem que este seja portador de deficiência física ou um trabalhador reabilitado.

III- O Transcorrer da Relação de Emprego.

Mas, a questão da igualdade no direito do trabalho não está ligada apenas à inserção no mercado de trabalho. Tal noção tem incidência também no transcorrer da relação de emprego, como fundamento para manter a dignidade no trabalho. Os fatos de discriminação negativa antes apontados são igualmente fundamento para inibir: diferenças de salário; diferenças de critérios para promoções; aplicações de sanções disciplinares; e para avaliação dos reais motivos para a dispensa de empregados.

Para este último caso, aliás, a já citada Lei n. 9.029/95, prevê como direito do empregado vítima de ato discriminatório, a reintegração ao trabalho, ou o recebimento de uma indenização equivalente ao pagamento dos salários, em dobro, desde o afastamento até a data da sentença.

O reforço da noção de igualdade durante a relação de emprego, aliás, é essencial para a preservação da cidadania do trabalhador, pois como explica um sociólogo francês, Pierre Roche¹, em nossos dias a exclusão social é um

¹. « Le laboratoire secret de la production de l'exclusion », *in* Précarisation du travail et lien social : des hommes en trop ?, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 28.

fenômeno que ocorre até mesmo no próprio ambiente do trabalho.

Em razão do risco sempre presente do desemprego, há uma fragilização do trabalhador no ambiente de trabalho, o que tem provocado o crescimento do "stress" no trabalho, e mais presentemente o "harcèlement morale", que é uma agressão moral manifesta e contínua ao trabalhador, que corrói a sua auto-estima.

É importante destacar que essa preocupação com a proteção da dignidade nas relações de trabalho nada tem a ver com a eterna luta capital *versus* trabalho que está na base do direito do trabalho tradicional. Muitas vezes, são agressões que se operam sem o conhecimento do empregador. São, em geral, atos de superiores hierárquicos com relação aos seus subordinados, mas que não exclui, por certo, a responsabilidade objetiva do empregador, no que se refere à reparação desse dano à dignidade do trabalhador. Uma reparação que possui como fundamentos também o artigo 5º., X, da CF e o artigo 159, do Código Civil.

Tem assumido grande relevância neste aspecto também a proteção da intimidade do trabalhador, que pode ser agredida por revistas vexatórias, ou por sistemas de vigilância que não priorizem a necessidade de segurança nas empresas.

IV- Conclusão.

Em conclusão, pode-se dizer, sem exagero, que um dos maiores males que uma pessoa pode sofrer é a perda de sua dignidade.

As discriminações negativas que pingam na forma de um conta-gotas sobre as pessoas em sociedades não democráticas desgastam o ser humano.

Uma experiência concreta pessoal com a discriminação é mesmo importante para entender o que se está querendo dizer.

A discriminação negativa existe e deve ser combatida. Às vezes um mero lembrete, fixado nas paredes, pode surtir um efeito importante neste sentido. No setor de atendimento a estrangeiros em uma pequena cidade na França, onde residem vários imigrantes africanos, há uma placa em local bastante visível, constando: "a discriminação racial é crime".

Quem ainda não perdeu a sua dignidade deve lutar contra uma discriminação negativa e fazer valer-se como pessoa.

E, nas relações de trabalho, onde o risco de desemprego impede uma verdadeira resistência neste sentido, assume uma importância relevante a atuação dos entes públicos, Ministério do Trabalho e Ministério Público, além, é claro, de todos os outros cultores do direito, juízes,

advogados e doutrinadores, para integrar a noção concreta da igualdade no Mercado de trabalho.

São Paulo, outubro de 2001.