

AS GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS E LABORAIS E AS DIMENSÕES DE SUA EFETIVIDADE: DIREITO AO TRABALHO E À NÃO DISCRIMINAÇÃO. MEDIDAS JUDICIAIS E PRETENSÕES CABÍVEIS

Cláudio Armando Couce de Menezes*
 Glaucia Gomes Vergara Lopes**
 Otavio Amaral Calvet***
 Roberta Ferme Sivoiella****

1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS GARANTIDOS E EXIGÍVEIS

Os direitos sociais são interligados a outros direitos fundamentais, gozando de todos os meios e instrumentos que os tornam efetivos, inclusive a exigibilidade judicial.¹

Com efeito, todo o elenco dos direitos sociais é passível de ser demandado em juízo, podendo ter como objeto sanções, reparações ou providências que impeçam transgressões pelo Poder Público ou por particulares.² Por exemplo, a contaminação do meio ambiente, inclusive do trabalho, importa em violação do direito à saúde; a despedida injustificada viola os princípios básicos do Direito do Trabalho e a discriminação viola o direito à igualdade. Esses espectros do desrespeito aos direitos fundamentais sociais são *justiciables* assim como as omissões na sua observância e implementação por particulares e pelo Estado.³

Como ocorre com os direitos civis e políticos, que se caracterizam por um complexo de prestações negativas e positivas, na esfera dos direitos sociais também há “direitos prestacionais” (*derechos-prestación*), envolvendo obrigações de fazer e não fazer.⁴

Tais prestações compreendem entes estatais e privados (ex.: não intervenção em caso de exercício do direito de greve; não impedir ou dificultar a filiação a sindicato). Em algumas hipóteses podem dizer respeito aos Poderes Públicos: fixação do salário mínimo, garantias à atuação sindical. Em outras, dirigem-se aos particulares conforme se dá com os empregadores privados: igualdade de tratamento na empresa, respeito à jornada de trabalho e aos repousos, vedação de dispensas arbitrárias e discriminatórias, acatamento da ampla defesa e do contraditório e da presunção de inocência do obreiro em procedimentos disciplinares etc.⁵

* Desembargador Federal do Trabalho (17ª Região), mestre em Direito, autor de obras sobre Processo do Trabalho e professor.

** Juíza do Trabalho (1ª Região), professora e autora de obras jurídicas e mestre em Direito.

*** Juiz do Trabalho (1ª Região), professor, mestre em Direito e autor de obras jurídicas.

**** Juíza do Trabalho (1ª Região).

¹ PISARELLO, Geraldo. *Los Derechos Sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 111 e FERRAJOLI, Luigi. Prólogo à obra de Víctor Abramovich e Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 10/13.

² FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 10.

³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 10.

⁴ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 32/37.

⁵ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 32/37.

A garantia dos direitos sociais só se torna realmente efetiva quando assegurada a sua adequada *justiciabilidad*, entendida esta como a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das prestações que deles são resultantes.⁶

Portanto, o que qualificará a existência de um direito social como um direito plenamente garantido não é apenas o cumprimento pelo Estado e pelos particulares, mas a existência de um poder para fazer atuar o direito fundamental em caso de seu descumprimento.⁷

Também, no plano da efetividade por via judicial, cabe destacar a coletivização das demandas judiciais, os princípios da inversão da carga probatória e o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte mais débil.⁸

No campo material, algumas técnicas e princípios igualmente merecem registro, prestando auxílio relevante ao escopo da concretização dos direitos fundamentais, inclusive quando exigidos judicialmente: princípios de interpretação *favor operari* e *favor consumatori*; limitações à autonomia da vontade, teto mínimo de disponibilidade pelas partes, chegando à indisponibilidade absoluta em se tratando de valores tais como saúde, seguridade e dignidade da pessoa humana (ordem pública laboral) e nulidade de cláusulas convencionais abusivas e enganosas; adoção de responsabilidade civil objetiva, afastando, por conseguinte, fatores subjetivos; ampliação das funções estatais de fiscalização de tutela dos bens e direitos coletivos.⁹

Outro ponto importante na busca da satisfação plena dos direitos sociais fundamentais reside no reconhecimento dos tratados e convenções internacionais que deles se ocupam, com a primazia desses instrumentos de direito internacional sobre o direito interno, quando mais favoráveis.¹⁰

Nesse diapasão, emerge o princípio da não regressividade, relacionado à obrigação de progressividade, segundo o qual vedada é a proibição de adotar políticas e medidas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais já estabelecidos.¹¹ Constitui uma clara limitação que tratados e convenções e a própria Constituição estabelecem àqueles que podem regulamentar os direitos fundamentais.¹²

Logo, resulta evidente que a proibição de regressividade abrange todo o conjunto de direitos sociais, tanto de fonte interna quanto externa.

Por fim, além da garantia de tutela dos direitos fundamentais da não regressividade, corolário do princípio da progressividade, encontramos a proibição de discriminação oriunda do princípio maior da igualdade.¹³

⁶ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 37.

⁷ “No existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.” ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 47.

⁸ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 50/55.

⁹ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 56.

¹⁰ No plano dos direitos humanos, inúmeras são as Constituições que evidenciam a importância da aplicação das normas de direito internacional no direito interno: brasileira (art. 5º, § 2º), portuguesa (art. 16), chilena (art. 5, II), argentina (art. 75, inc. 22) e espanhola (art. 10.2).

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 94/95.

¹² ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 115.

¹³ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 118.

A proibição de discriminação não exclui as necessidades específicas de determinados grupos e segmentos da sociedade que demandam a introdução de garantias diferenciadas. Com efeito, a efetivação plena dos direitos fundamentais, incluídos os sociais, reclama, em certas áreas ou momentos, normas de interpretação ou proteção a favor de quem ocupa posição de sujeição ou dependência em relação a quem detém qualquer tipo de poder, seja público ou privado.¹⁴

São garantias diferenciadas dos hipossuficientes (*favor debiles*) as regras laborais que fazem frente ao poder dos empregadores, as que protegem mulheres, crianças, pessoas com deficiência, doentes graves e acidentados.¹⁵

Não raro essas garantias diferenciadas, que partem da desigualdade fática, para alcançar a desigualdade real, podem assumir a forma de medidas de ação positiva, tais como subsídios e cotas.¹⁶

Para ser, em todo caso, um instrumento de igualdade real, essas intervenções legislativas destinadas a resguardar o direito dos menos favorecidos devem vir acompanhadas de meios que assegurem deveres dos sujeitos mais fortes, começando por aqueles que ocupam maiores posições de poder dentro do mercado.¹⁷ Para realizar esse procedimento corretivo de desigualdades, impõe-se o incremento da fiscalização pública e o fortalecimento das entidades associativas e grupos de pressão, além da criação ou aperfeiçoamento de mecanismos judiciais e processuais.¹⁸

2 DIREITO AO TRABALHO E NÃO DISCRIMINAÇÃO

2.1 Evolução do Princípio da Igualdade

Não há como se tratar de não discriminação sem antes tecer alguns comentários sobre o princípio da igualdade e sua evolução histórica. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos:

Em verdade, o princípio de não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente.¹⁹

¹⁴ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 118/119.

¹⁵ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 119.

¹⁶ *Idem, idem.*

¹⁷ *Idem, idem.*

¹⁸ Não é todavia o que acontece nos dias de hoje quando o capital continua sendo reforçado pelo Estado, que desmantela vários mecanismos de proteção e correção de desigualdades e impõe freios à atuação de entidades civis, associativas e sindicais (sobre o tema BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15/16).

¹⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio de não discriminação. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.

E continua o citado autor:

Esse estreito nexos entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando o princípio da igualdade. Em verdade, neles só se logra defini-la mediante a determinações das discriminações desautorizadas. Isso porque a igualdade absoluta entre os homens encontra desmentidos inafastáveis quer em tudo quanto a ciência nos põe como saber, quer em tudo quanto a reflexão filosófica nos infunde como sabedoria.

Também se evidencia ele em termos de direito positivo constitucional. Podemos observar que em todas as Constituições disciplinam-se conjuntamente, numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade quanto o de não discriminação. Assim está no art. 13 da Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Japonesa de 1946 (art. 14), na Constituição Italiana de 1947 (art. 3), na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 3), na Constituição Espanhola de 1978 (art. 14) para citar apenas estas.²⁰

Pode-se dizer que a constitucionalização do princípio da igualdade vem seguida ao surgimento do Estado Moderno, especialmente nos documentos publicados após as revoluções burguesas do final do século XVIII, que influenciaram as Constituições do século XIX, e chegaram até ao século XX.

É uma primeira feição do princípio da igualdade, nascida das experiências dos Estados Unidos e da França, que trata da igualdade de todos perante a lei em uma construção que se costuma denominar como jurídico-formal que visa, claramente, acabar com os privilégios oriundos de determinadas castas sociais.

A igualdade formal foi o sustentáculo do Estado Liberal burguês que imaginava que a simples colocação da expressão “todos são iguais perante a lei” na Constituição de um Estado seria suficiente para garantir liberdade aos cidadãos, para quem a única ameaça seria um Estado absoluto e prepotente.

Contudo, nas palavras de Guilherme Machado Dray:

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.²¹

A prática, contudo, demonstrou que essa igualdade puramente formal não era capaz de coibir as injustiças e a discriminação. Comentando a questão, o precitado autor acrescenta que:

²⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Ob. cit., Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.

²¹ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999, p. 332.

[...] a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.²²

Surge, dessa feita, a necessidade da materialização do conceito de igualdade fazendo com que as situações fossem analisadas concretamente como forma de se identificar qual tratamento deveria ser aplicado, evitando-se o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades geradas pela própria sociedade.

São noções consagradas pelo Estado Social de Direito a quebra do dogma da igualdade formal e a exigência de análise das hipóteses concretamente como forma de garantir a proteção e a defesa dos interesses daqueles que possam ser vítimas de discriminação e injustiças sociais, tentando promover a justiça social.²³

Com a evolução dos conceitos e das exigências da sociedade, surge a necessidade de uma igualdade real que visa à abolição das desigualdades pela adoção de políticas sociais positivas, e não apenas repressoras, que recebem o nome de ação afirmativa (terminologia do direito americano) ou discriminação positiva (direito europeu).

Nessas políticas, o Estado abandona a posição de não interferência defendida pelo liberalismo e passa a atuar positivamente na materialização da igualdade contida nos Textos Constitucionais.

Arion S. Romita entende tratar-se [...] “de conceber o princípio de igualdade como uma concretização da ideia de justiça social, como um ponto de chegada e não como um ponto de partida [...]” e acrescenta “Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade. [...]”²⁴

Essa nova visão do princípio de igualdade ressalta a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais, ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar as ações afirmativas, inicialmente para tentar resolver o abismo social entre brancos e negros e, posteriormente, para fazer justiça social a outras minorias marginalizadas (mulheres, índios, portadores de deficiência) dentro do denominado *Welfare State*.

²² DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 326.

²³ Sobre o tema: ZYGMUNT BAUMAN. Ob. cit., p. 177/9.

²⁴ ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano I, n. 3, disponível no site <www.estacio.br/direito/revista/revista.3/artigo5>. Acesso em 07.05.2003.

As ações afirmativas traduzem uma ideia de Estado promotora e atuante, mas sem conotação de autoritarismo. A interferência do Estado é justificada como forma de se conseguir a paz social e o próprio desenvolvimento econômico do país que são, inegavelmente, obstados quando a discriminação marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo.

2.2 A proteção legal à não discriminação

Além da hipossuficiência inerente ao contrato de trabalho, muitos trabalhadores, por diversos motivos, ainda podem ser considerados em desvantagem perante outros no acesso e permanência no mercado de trabalho.

Incluem-se na ideia de trabalhadores em desvantagem, entre outros grupos, mulheres, pessoas com deficiência, trabalhadores com idade acima de 40 anos (em média), trabalhadores sem experiência, negros, trabalhadores com doenças graves (AIDS, hepatite, etc.).

A não discriminação de trabalhadores no emprego e na profissão foi preocupação da Organização Internacional do Trabalho que adotou em 25 de junho de 1958 a Convenção n. 111.²⁵

Essa Convenção tem base na Declaração de Filadélfia que 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 nos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem que coíbe a discriminação.

Em seu art. 1º define discriminação como:

[...] a - toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b - qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Não são consideradas discriminação apenas “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego” (art. 1º) e as

[...] 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 seja, a 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. (art. 4º)

²⁵ Em 1965 adotou a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial e, em 1979, adotou a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Igualmente são excluídas de caráter discriminatório as “[...] medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho [...]” e outras especiais definidas pelos Estados-membros, após consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, desde que

[...] tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural. (art. 5º)

Nos termos dessa Convenção, os Estados-membros comprometeram-se a formular e aplicar uma política nacional com finalidade de promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria, consideradas as peculiaridades nacionais de cada país.

Entre as ações cabíveis, a Convenção sugere ao Estado-membro:

[...] a - esforçar-se para obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação desta política;

b - promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

c - revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;

d - seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes de controle direto de uma autoridade nacional;

e - assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;

f - indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da Convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Analisando os termos da referida Convenção, Maria Fernanda F. López destaca o avanço terminológico adotado pela mesma para definição de discriminação:

[...] B) *El punto de inflexión clave 10 constituye el Convenio 111 de la OIT, sobre prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo (1958), art. 1, por varios motivos:*

i. El primero, que se refiere a la discriminación con un concepto propio, en que no existe referencia a la igualdad en o ante la ley. Probablemente ello se deba a que se trata de elaborar una noción en el ámbito de una relación privada, predominantemente, como es la propia del empleo.

ii. El segundo, que elabora una noción descriptiva de la discriminación, sin darla por sabida: es toda “exclusión, distinción o preferencia”; que tenga un determinado efecto: “anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”; sin que se entienda incluida en la noción la toma en consideración de “distinciones,

exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado':

iii. El tercero, que la noción de discriminación se genera cuando los comportamientos descritos tengan como fundamento una serie de motivos enunciados en el Convenio ("raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social"), sea cual sea el propósito de quien la pone en práctica, incluso sin voluntad discriminatoria (se centra la definición en el resultado).²⁶

A Convenção n. 111 foi ratificada por mais de 150 países que se comprometeram a implementar todas as medidas para sua efetivação.

No âmbito do direito europeu podemos destacar alguns diplomas que tratam do tema: Convenção Europeia para defesa dos direitos humanos, a Carta Social Europeia, as Cartas Comunitárias de direitos dos cidadãos e de direitos sociais (hoje incorporadas à parte II do Projeto de Tratado que institui uma Constituição Europeia).²⁷

2.2.1 O princípio da igualdade em algumas normas constitucionais

Uma das medidas adotadas pelos Estados Democráticos é reforçar a gama de direitos sociais, criando políticas de inclusão e incentivando a permanência dos trabalhadores nos postos de trabalho.

Modernamente, o que se pode constatar é que Estado Democrático de Direito e proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis.

Nas Constituições dos principais Estados Democráticos está garantida igualdade de direitos declarada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 nestes termos:

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

O Artigo I congrega conceitos de moral e direito e atribui ao indivíduo também um dever de agir com "fraternidade" de forma a trabalhar em prol da igualdade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...].

²⁶ LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. *La prohibición de discriminación en el marco internacional y el derecho de la Unión Europea*. Albacete: 2007, Ediciones Bomarzo Latinoamericana *in Revista de Derecho Social Latinoamericana*, p. 67/68.

²⁷ LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. *Ob. cit.*, p. 66.

O Artigo II reafirma a noção de igualdade pautada na abolição de discriminação de qualquer natureza. Cita as formas mais comuns de discriminação sem, contudo, ser taxativo pela inclusão das expressões “ou de outra natureza” e “qualquer outra condição”.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O Artigo VII, além de conter conceito de igualdade formal, prevê o direito de que lhe seja garantida essa igualdade.

A igualdade também está prevista nos Textos Constitucionais de muitos países de expressão internacional que a trazem explicitamente, como se destaca:

Constituição da Espanha

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Comentando sobre a disposição da CE, Antonio Baylos Grau e Juan Terradillos destacam que, apesar de prevista no Texto Constitucional, tem maior tutela na legislação infraconstitucional:

El principio de igualdad jurídica, que el artículo 14 CE consagra, es criterio conformador del ordenamiento jurídico y valor superior del mismo, que se manifiesta, tomando como fundamento el propio modelo constitucional de Estado tendencialmente dirigido a la consecución de la igualdad sustancial (art. 9.2 CE), en la prohibición específica de discriminación y en la correspondiente intervención frente a conductas anti-igualitarias especialmente rechazables.

Esta prohibición de trato discriminatorio se hace acreedora de la mayor y mejor tutela en la legislación ordinaria. Así 10 exigen un buen número de compromisos internacionales suscritos por el Estado español [...].²⁸

²⁸ GRAU, Antonio Baylos e BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: 1997, Editorial Trotta, p. 127.

A CE prevê a proibição de discriminação em função de qualquer condição pessoal ou social e, em artigo que trata sobre trabalho, coloca o direito e dever dos espanhóis de trabalhar sem distinção salarial em função do sexo.

CONSTITUIÇÃO DA ALEMANHA (1949)

Artigo 3

[Igualdade perante a lei; igualdade de direitos entre homens e mulheres; proibição da discriminação]

Todos serão iguais perante a lei.

Homens e mulheres terão os mesmos direitos. O Estado deverá promover uma efetiva igualdade entre mulheres e homens, agindo no sentido de eliminar as desvantagens existentes.

Ninguém poderá ser prejudicado ou privilegiado em razão de sexo, ascendência, raça, língua, pátria e procedência, crença, convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado em razão de deficiência.²⁹

Esse Texto Constitucional privilegia, antes das demais modalidades, a igualdade entre homens e mulheres e trata expressamente da não discriminação das pessoas portadoras de deficiência.

CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL

Artigo 13. (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Repete o binômio - dignidade e igualdade - contido na Declaração da ONU além de citar algumas modalidades de distinção que são vedadas.

CONSTITUIÇÃO DA ARGENTINA

Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Em um mesmo artigo, a Constituição argentina prevê a igualdade como base para o acesso aos empregos e para o cálculo de impostos públicos.

²⁹ Tradução em Língua Portuguesa realizada por Maria Pontes de Salgado Campos Rodrigues e Marcia Lyra Nascimento Egg, em Brasília-DF, Brasil, por encomenda da Embaixada da República Federal da Alemanha em Brasília-DF, Brasil. Brasília, maio de 1999.

CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO

Titulo Primero

Capitulo I De Las Garantias Individuales

Articulo 1º. - En los Estados Unidos Mexicanos [...]

Queda prohibida toda discriminacion motivada por origen étnico o nacional, el gênero, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Essa Constituição proíbe expressamente a discriminação de indivíduos portadores de “capacidades diferentes”, além de outras minorias.

CONSTITUIÇÃO DO PARAGUAY (1992)

CAPÍTULO III - DE LA IGUALDAD

Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Nesse Texto, o Estado paraguaio, além de prever a não discriminação, compromete-se a uma atitude positiva de forma a remover os obstáculos e impedir os fatores que a propiciem.

2.2.2 A discriminação positiva

Aliado à previsão da igualdade como princípio constitucional, os Estados Democráticos criaram uma série de leis que visam evitar a discriminação.

As práticas discriminatórias são combatidas pela elaboração de normas que as coíbem, simplesmente punindo-as, quer civil quer criminalmente, no denominado modelo repressor, ou através das ações afirmativas que, além de proibir a prática discriminatória, vão proteger os indivíduos discriminados, a fim de tentar reduzir os efeitos da discriminação.

As ações afirmativas são consideradas por muitos estudiosos uma evolução do próprio modelo repressor eis que contêm um comando no sentido de proibir a discriminação e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por essa discriminação.

Adverte, contudo, José Cláudio M. de Brito Filho que, “[...] do ponto de vista do comportamento do Estado e das pessoas obrigadas a ter determinadas condutas, a diferença entre os modelos é imensa. Do ponto de vista dos efeitos que se pretendem um e outro modelo também [...]”³⁰, ou seja, a adoção de uma postura ativa do Estado é o grande diferencial.

³⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 52/53.

As ações afirmativas criam inevitável discriminação das pessoas que não estejam incluídas nos grupos a que se pretende proteger e, por esse motivo, sofrem acirradas críticas, especialmente daqueles que sempre se beneficiaram com a existência de minorias sociais apartadas.

Pode-se citar, como exemplos de ações afirmativas no Brasil e no direito comparado:

- a) sistema de cotas para pessoas com deficiência no Brasil criado pelo art. 93 da Lei 8.213/91;
- b) Lei n. 22.431/81, art. 8º, da Argentina, pela qual as empresas devem contratar pelo menos 4% (quatro por cento) do total de seu pessoal de portadores de deficiência, ou os chamados “descapacitados”;
- c) Venezuela, onde lei datada de 1993 prevê a contratação cogente de pelo menos 2% (dois por cento) de empregados portadores de deficiência nas empresas que possuírem um quadro de empregados de mais de cinquenta empregados;
- d) na Itália, há a previsão expressa de que os empregadores com mais de 35 (trinta e cinco) empregados são obrigados a admitir pelo menos 15% (quinze por cento) de trabalhadores que portem algum tipo de deficiência;³¹
- e) pelo direito alemão, existe a obrigatoriedade de contratação de 6% (seis por cento) a 10% (dez por cento) de trabalhadores portadores de deficiência, quando, na empresa, houver mais de quinze empregados;³²
- f) em França as empresas com mais de (10) dez empregados têm de reservar 10% (dez por cento) dos postos de trabalho aos portadores de deficiência.³³

José Antonio Prieto Juárez³⁴ menciona que há quatro elementos básicos para justificar uma discriminação positiva que são: 1) objetividade; 2) racionalidade; 3) congruência; 4) proporcionalidade.

Para que cumpra o primeiro e quarto requisitos, a discriminação deve ser justificada com dados oficiais, por exemplo, as estatísticas mostram que os desempregados deficientes são em número maior que a média geral.

Além disso, a discriminação praticada deve ser coerente e feita proporcionalmente ao resultado que se quer obter.^{35 36}

³¹ “L.2 aprile 1968, n. 482 - Titolo Secondo- Soggetti Obbligati 1.1(Aziende private).I privati datori di lavoro, i quali abbiano complessivamente alle loro dipendente più di 35 lavoratori tra operai ed impiegati, [...]”.

³² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: LTr, 1998.

³³ ALVES, Rubens Valtecedes. Op. cit.

³⁴ Dados coletados a partir da aula ministrada no Curso de Doutorado da Universidade Castilla de la Mancha com tema “*Participación en la empresa y principio de igualdad en el marco del Estado Social*” em 24 de setembro de 2008.

³⁵ José Antonio Prieto Juárez citou como fonte jurisprudencial a decisão 207/1996, de 16 de dezembro. Tribunal Constitucional estabelece três passos para analisar a coerência-proporcionalidade (a prova desses requisitos) no fundamento jurídico: 1) Aplicar um juízo de idoneidade, ou seja, se a medida que se propõe pode conseguir o objetivo; 2) Juízo de necessidade - consiste em determinar se a medida é necessária, se não há outras

Diante disso, os Estados podem optar por uma opção neoliberal marcada pela neutralidade, obrigando-se à mera introdução, nos respectivos textos legais de igualdade formal, ou agir ativamente para a mitigação das desigualdades sociais.

O fracasso da primeira fórmula vem sendo demonstrado, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos em posição de inferioridade, ao longo da evolução das sociedades, pela necessidade de se tentarem outros mecanismos, que impedissem o crescente *apartheid* social.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 demonstrou a clara opção do Estado brasileiro de adotar medidas que efetivamente implementassem a igualdade substancial. Carmen Lúcia Antunes Rocha bem notou que:

medidas, mais moderadas, que realizem o mesmo fim; 3) Proporcionalidade em sentido estrito é analisar se a medida é ponderada ou equilibrada, se da medida extraem-se mais vantagens e benefícios que inconvenientes para o interesse geral.

³⁶ Trecho do texto original da decisão citada SSTC 207/1996, de 16 de dezembro de 1996, F. J. 4º-E.

En relación con el Principio de proporcionalidad afirma: "Principio de proporcionalidad. Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.). Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes".

Disponível no site <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/articulo/view/29129/28685>> acesso em 25.06.2009.

A Constituição brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: [...] O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). [...]

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa - construir, erradicar, reduzir, promover - são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo.³⁷

A proteção do labor de diversos grupos de trabalhadores, evidentemente, denota o intuito de grande parte dos países de criarem fórmulas de incentivo de acesso ao mercado de emprego e condições de permanência nos mesmos.

Entretanto, matéria pouco discutida, a nosso ver, mas com perfeito amparo legal e que pode garantir a efetividade dos direitos fundamentais é o direito à integração forçada do trabalhador que discutiremos no capítulo seguinte.

2.3 Direito ao Trabalho

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição, sendo que a aplicação concreta dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana e, para a área trabalhista, também o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de assegurar uma existência digna.

Os direitos fundamentais expressam valores superiores, onde se encontram inseridos os direitos sociais, classificados como de segunda dimensão segundo sua afirmação histórica cronológica, tendo surgido pela percepção da sociedade que não bastaria ao Poder Público respeitar direitos mínimos dos cidadãos como a liberdade, a segurança e a propriedade (direitos fundamentais de primeira dimensão), mas também promover certos valores para que os seres humanos pudessem efetivamente gozar de um mínimo existencial, sendo patente que, por exemplo, quem passa fome não consegue usufruir do direito à liberdade em sua plenitude.

Os direitos fundamentais possuem eficácia imediata de acordo com sua densidade normativa, gozando todos de presunção dessa eficácia. Assim, quanto maior a densidade pela qual foi enunciado um direito fundamental sua aplicação em concreto se torna mais palpável, como ocorre com o direito das pessoas se associarem livremente. Por outro lado, direitos enunciados com baixa normatividade, como o direito ao trabalho, trazem grandes dificuldades aos intérpretes, já que seu conteúdo não se demonstra de plano, surgindo a necessidade de busca a conceitos sociológicos e de outras áreas para que se apreenda a conduta a ser observada em consonância com o referido valor.

³⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, p. 85, São Paulo: Malheiros, 1996.

Todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Aquela determina a reinterpretação do ordenamento jurídico, atua no controle de constitucionalidade, atribui a eficácia revogatória de normas anteriores infraconstitucionais e pauta a conduta do Estado e de entes privados com uma eficácia irradiante também nas relações privadas, que reconhecem uma posição jurídica subjetiva negativa (impedindo lesões) e outra positiva, quanto à promoção desses direitos, observada a “reserva do possível”.

Interessa para o presente estudo a análise da eficácia do direito ao trabalho que, por ser normalmente construído com baixa normatividade, constitui verdadeira dificuldade ao intérprete, como se vê do art. 6º da Constituição brasileira e do art. 35.1 da Constituição da Espanha, *verbis*:

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Pode-se indicar que, na dimensão objetiva, o direito ao trabalho já possui a eficácia imediata de determinar uma interpretação do ordenamento jurídico segundo esse valor, o que fatalmente contribuirá para a fixação do “direito à integração” em caso de recusa na admissão por ato discriminatório, já que, por se constituir um valor que garante a dignidade da pessoa humana, não se pode - por princípio - permitir a conduta de um particular que, abusando do direito de seleção de candidatos, impede a obtenção da relação de trabalho a um ser humano.

No que concerne à dimensão subjetiva, não se pode negar ao titular desse direito fundamental a busca de uma tutela estatal preventiva ou reparatória para o caso de o particular adotar conduta contrária a esse valor, o que permitirá a conclusão desse artigo acerca do direito à integração na relação de trabalho por força de decisão judicial.

Finalmente, apenas por cautela, embora possa soar excessivo, há que se defender que o presente direito fundamental ao trabalho encontra aplicação a todos os cidadãos em qualquer tipo de relação de trabalho em que se lancem, e não apenas nas relações de emprego, pois não podem existir dúvidas de que os direitos sociais preconizados no art. 6º da Constituição da República do Brasil têm por destinatários todos os cidadãos, o que determina uma interpretação do vocábulo “trabalho” de forma a não se restringir ao tradicional conceito de emprego, constituindo, portanto, o direito ao trabalho em verdadeiro direito humano.

Vale lembrar que também no caso espanhol o direito ao trabalho indica a configuração de verdadeiro direito humano, tanto que a norma supracitada possui por destinatário os cidadãos em geral e abrange tanto uma dimensão coletiva como uma individual, como constatado por Manuel Carlos Palomeque e Manuel Alvarez de la Rosa:

[...] el derecho al trabajo debe ser entendido, em el seno de la relación institucional mencionada y sin desconocer naturalmente otros aspectos positivos del tipo constitucional, como soporte técnico individual e instrumento cualificado al servicio de la política de empleo. Y el pleno empleo, por su parte, no deja de ser de igual

*modo el horizonte de referencia de la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho al trabajo.*³⁸

Dessa forma, pode-se afirmar que as conclusões do presente artigo possuem aplicação não apenas nas relações de emprego, mas em toda e qualquer relação de trabalho onde o ser humano trabalhador não tenha obtido sua ocupação por ato discriminatório do tomador dos serviços.

3 REPARAÇÃO INTEGRAL DO ATO DISCRIMINATÓRIO NA ADMISSÃO: DIREITO À INTEGRAÇÃO

A legislação brasileira, conforme se observa do Código Civil de 2002 em seu art. 402, preconiza que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Também no Código Civil percebe-se no art. 944 que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Em outras palavras, estabeleceu-se no ordenamento jurídico brasileiro que a responsabilidade decorrente de atos ilícitos gera uma obrigação secundária de indenização que deve corresponder à reparação integral, a fim de que o dano injusto causado seja efetivamente compensado.

Dessa forma, pode-se observar que a lesão de cunho material e a de contorno moral constituem modalidades de danos que exigem a devida reparação, não mais havendo dúvidas quanto à possibilidade de indenização de cunho imaterial ante a previsão do inciso V do art. 5º da Constituição da República e, expressamente, a do art. 186 do Código Civil que taxa também como ato ilícito aquele que provoca apenas dano moral, objeto de compensação como se nota do art. 953 e parágrafo único do mesmo Diploma Legal com fixação por arbitramento do juiz.

A reparação integral, portanto, deve abranger o dano emergente e os lucros cessantes. Aquele se configura como a redução imediata do patrimônio da vítima, ou seja, “[...] aquilo que efetivamente perdeu”³⁹, enquanto este traduz

[...] o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano.⁴⁰

Assentada a doutrina da reparação integral, cabe investigar qual a modalidade de reparação é preferível para a vítima, a concessão do mesmo bem que foi suprimido pelo ato ilícito ou apenas a indenização equivalente.

Do próprio significado do vocábulo pode-se extrair a ideia central do presente instituto, pois indenizar quer dizer tornar indene o prejuízo, ou seja, tornar íntegro, sem dano. A justiça ideal, portanto, repousa em se reparar o dano para que a exata

³⁸ ROSA, Manuel Álvarez de la e LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo*. 16. ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 30.

⁴⁰ *Idem*, p. 30.

situação anterior, antes do fato lesivo, seja restabelecida. Pretende-se que a vítima tenha aquilo que lhe foi subtraído, ou, no caso em que analisamos, exatamente o que lhe foi recusado.

Pode-se observar tal preocupação do direito material - a exata reparação integral - nos diplomas adjetivos, citando-se como exemplo o art. 461 do CPC que, nas obrigações de fazer e não fazer, atribui ao juiz poderes amplos para a concessão da tutela específica da obrigação ou para que determine as “[...] providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento [...]”, deixando a conversão da tutela *in natura* para as perdas e danos apenas se o “[...] autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente [...]”, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Assim, não se pode afastar que cabe ao Poder Judiciário, sempre que instado, adotar posição firme para assegurar a efetividade de sua tutela que, preferencialmente, será a específica, ou seja, aquela que mais se aproxima do ideal de justiça acima mencionado, onde a vítima consegue extirpar o dano sofrido através do recebimento exatamente daquilo que deixou de auferir em razão do ato ilícito praticado pelo agressor.

Seguindo-se o raciocínio até aqui esposado, a defesa do “Direito à Integração” passa a ser quase que mera decorrência lógica da lesão concernente à perda do trabalho por ato discriminatório, pois constitui a reparação específica contra esse ato ilícito.

Em primeiro lugar, há que se assentar ser a discriminação “[...] a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada.”⁴¹ No caso analisado, nega-se ao trabalhador a relação de trabalho por algum tipo de fator desqualificante.

Logo, toda e qualquer conduta que se apresente discriminatória, por qualquer fator injustamente desqualificante, é tida por ilícita e, causando dano, estará sujeita à devida reparação integral.

A segunda constatação importante para justificar o direito à integração repousa no fato de que a não obtenção de trabalho por ato discriminatório gera danos materiais e imateriais, não sendo possível que eventual ausência de previsão específica em lei impossibilitaria a reparação pela conduta ilícita da discriminação, pois a omissão do legislador em seara trabalhista facilmente é resolvida pelo uso de fontes supletivas, como autorizado caso brasileiro pelo art. 8º e parágrafo único da CLT, que permite a busca de outras fontes do direito para suprir a lacuna legal, o que viabiliza o uso das regras gerais de responsabilidade civil preconizadas no Código Civil, tudo à luz dos princípios constitucionais que, na verdade, precedem com força normativa a aplicação da legislação ordinária.

E como antes mencionado, a legislação civil determina que seja efetivada a reparação integral pelo dano sofrido, o que alcança não apenas a compensação por dano moral (imaterial), mas também a reparação do dano material compreendendo o dano emergente e os lucros cessantes.

No que concerne ao dano moral, configurada a prática discriminatória pelo propenso tomador dos serviços, não há dúvida de que valores inerentes à

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, p. 774.

personalidade humana foram afetados, pois a própria circunstância de se recusar a alguém as possibilidades da vida por fator injusto macula, se não elimina, a essência da alma humana.

A não obtenção do trabalho por ato preconceituoso atinge a honra e a imagem do trabalhador e, pior, representa uma espiral de exclusão que viola a evolução da sociedade que se pretende justa e solidária.

Caracterizado o dano moral pelo próprio fato da discriminação, não há necessidade de prova específica desse dano - o que de qualquer sorte seria impossível -; impõe-se a reparação integral na fixação de indenização compensatória.

Ao lado do dano moral, entretanto, ocorre o dano material não apenas pela não obtenção do trabalho, mas também quanto a todos os gastos efetuados pelo trabalhador injustamente desqualificado na seleção, o que revela a necessidade de fixação de indenização pelos danos emergentes e dos lucros cessantes.

A reparação do dano emergente ideal para a discriminação na admissão de trabalhador revela ser, por óbvio, a concessão exatamente daquilo que deixou de ser auferido pela atitude discriminatória: a relação de trabalho. A expressão da tutela específica para o caso em análise, portanto, fixa-se na declaração de existência do contrato e em uma obrigação de fazer concernente à concessão do trabalho de forma impositiva pelo Poder Judiciário, como forma de pacificação social e para que seja assegurado o interesse público de se extirpar referido tipo de conduta de nossa sociedade.

De resto, muito embora possa parecer que a não obtenção do trabalho possua contorno apenas individual, pois é o ser humano afetado pela discriminação que sofre diretamente as suas consequências, a reparação desse dano individual tem verdadeiro escopo pedagógico para toda a sociedade, transformando a realidade do mercado de trabalho quando os primeiros discriminados corajosos levantarem a bandeira da revolta, não mais aceitando esse tipo de prática.

Logo, a tutela específica da discriminação na admissão pela concessão da relação de trabalho revela ser medida eficaz para a transformação social, também uma função do poder jurisdicional, pois a mera reparação econômica pode permanecer apenas na esfera do prejuízo financeiro que, dependendo do valor fixado, sequer alcança seu escopo e, mais, impede a convivência daqueles que agiram de forma discriminatória com a vítima, único modo de se reverterem posições pessoais preconceituosas: o relacionamento humano tolerante.

Em reforço à argumentação supra, não se pode esquecer de que a não obtenção do trabalho por ato discriminatório constitui verdadeira lesão ao direito fundamental ao trabalho. Este, como visto acima, adquire eficácia imediata nas relações privadas, vinculando o tomador dos serviços à sua efetivação, o que acarreta a impossibilidade de se impedir a obtenção dessa relação jurídica por fator injustamente desqualificante de um ser humano.

E também como já analisado, a dimensão subjetiva do direito ao trabalho previsto no art. 6º da Carta Magna, mesmo diante da baixa normatividade em que redigido, possibilita o reconhecimento de uma posição jurídica subjetiva do ofendido para buscar a tutela do Poder Judiciário a fim de obter a reparação pela lesão a esse direito. E nada mais justo do que permitir que a vítima obtenha exatamente aquilo que lhe foi suprimido por ato odioso de discriminação, no caso, o trabalho.

A obtenção da relação de trabalho, portanto, constitui o “Direito à Integração” defendido neste estudo, podendo ser definido como o direito que todo cidadão possui de obter trabalho, somente sendo viável ao tomador dos serviços recusar a realização dessa relação jurídica por motivo justificável.

Pode-se argumentar, contudo, que o contrato de trabalho é consensual, formando-se apenas pela livre manifestação de vontade das partes, o que inviabilizaria seu reconhecimento forçado pelo Estado.

Muito bem, nesse ponto não se pode deixar de lembrar os inúmeros casos de reintegração amplamente difundidos e praticados no Direito do Trabalho brasileiro, assim como a previsão contida na Convenção n. 158 da OIT, ratificada por diversos países, onde há uma manutenção forçada da relação de emprego contra a vontade do empregador, revelando que pode existir uma sobreposição da vontade do Estado que extirpa o ato nulo praticado pelo tomador dos serviços, justamente porque a extinção da relação de emprego se demonstrou abusiva.

Se ainda é reconhecida como direito do empregador a dispensa imotivada de seus empregados, já não existem dúvidas de que tal direito deve ser exercido dentro de seus limites, sendo o ato abusivo da dispensa considerado ato ilícito nos termos do art. 186 do Código Civil. E o referido ato ilícito enseja, prioritariamente, a reparação específica do retorno ao emprego com o pagamento de todo o tempo de inatividade, conhecida pela nomenclatura de “reintegração”.

Há de se perguntar, dessa forma, em que a “integração” seria diferente da “reintegração”. Na recusa discriminatória da admissão o tomador dos serviços age em flagrante abuso de direito, pois, se é certo que possui ele a discricionariedade de eleger os colaboradores que possuam melhor perfil para trabalharem em seu empreendimento, não se pode permitir que entre os critérios adotados estejam estabelecidos atos discriminatórios, pois, como visto, a dignidade da pessoa humana repele prontamente qualquer ilação nesse sentido.

Constatada a discriminação na admissão, cabe ao Poder Judiciário, quando chamado a intervir, extirpar o ato ilícito constante na discriminação e restabelecer a manifestação de vontade válida subjacente através da declaração de existência do vínculo jurídico de trabalho desde a data em que deveria a relação ter sido pactuada.

Pode-se observar, portanto, que não há determinação de criação de uma relação jurídica contra a vontade de uma das partes, mas apenas a declaração de que o óbice criado pelo tomador não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e, portanto, não poderia ter inviabilizado o início da prestação de serviços pelo trabalhador, declarando o Judiciário, finalmente, que, desde a ocorrência da discriminação, considera-se como existente a relação de trabalho maculada por tal atitude.

Na sequência da reparação dos danos emergentes, cabe ao trabalhador-vítima a concessão de todos os pagamentos que deixou de receber até sua efetiva integração, ou seja, da data que seria do início da relação de trabalho ao efetivo labor após extirpado o ato discriminatório, quando então é restabelecida a relação de trato sucessivo onde o tomador obtém a energia de trabalho mediante contraprestação pecuniária.

Embora possa parecer excessiva a medida em questão, o deferimento dos pagamentos referentes ao período de inatividade representa apenas a exata expressão material dos prejuízos sofridos pelo trabalhador discriminado, que provavelmente foi mantido em desemprego de forma injusta. Obviamente menciona-se tal reparação como regra geral, o que deve ser sopesado no caso

concreto a fim de não se transformar a reparação em enriquecimento sem causa do trabalhador, o que aliás deve estar sempre na mente do intérprete.

Como segunda objeção poder-se-ia imaginar a impossibilidade da integração porque já ocupada a vaga de trabalho por outra pessoa, pois a dinâmica de uma empresa muitas vezes determina a contratação imediata para repor eventual perda de trabalhadores, mormente num mercado que utiliza a rotatividade de mão-de-obra como prática usual.

Mais uma vez, o problema apresentado não impede o reconhecimento do direito à integração, seja porque igualmente nos casos de reintegração o fato também pode acontecer, não havendo na doutrina objeção do retorno de um empregado ainda que já tenha sido contratado outro para seu lugar, seja porque o nosso ordenamento jurídico oferece solução para os casos de efetiva impossibilidade de deferimento da tutela específica: a conversão em perdas e danos.

O que não se pode aceitar, e o intérprete deverá estar atento a essa situação, é que a contratação de outro trabalhador sirva de escudo protetor ao direito à integração, pois referida prática pode ser, novamente, um artifício do tomador discriminatório para evitar a inserção no trabalho da vítima.

Há de se ponderar, no caso concreto, que a integração do discriminado - a critério da vítima - serve não apenas para a reparação do dano pessoal, mas também como medida pedagógica para toda a sociedade. Dessa forma, a preponderância de interesse público existente neste caso revela ser possível que, mesmo já existindo outro trabalhador na vaga que estava destinada à vítima, ocorra a integração forçada com aumento de custo para a empresa, como forma de se impedir eventual artifício fraudulento que, em última análise, constitui novamente abuso de direito do tomador dos serviços.

Importante salientar que, ocorrendo a discriminação no momento da admissão, deve ser reconhecida ao trabalhador a faculdade de optar entre a integração forçada e a indenização equivalente, o que pode ser facilmente explicado.

A integração forçada constitui verdadeira bandeira contra atos discriminatórios que somente poucos trabalhadores conseguirão erguer, pois o contato direto e diário com quem discrimina pode levar a uma série de transtornos que apenas os mais corajosos e vocacionados sentem ser possível suportar, motivo pelo qual, ao contrário das estabilidades no emprego onde cabe ao Juiz a conversão de ofício da reintegração em indenização, nos casos de discriminação, essa faculdade somente pode ser reconhecida à vítima.

Assim, em caso de discriminação na admissão, cabe, a critério da vítima, o direito à integração, com percepção dos pagamentos do período de inatividade forçada até o efetivo início do labor, ou indenização por perdas e danos. Haverá apenas a indenização, ainda, quando o caso concreto revelar a impossibilidade da concessão da tutela específica.

Em caso de indenização por perdas e danos, uma vez afastada a integração, devem-se englobar no valor a ser fixado não apenas os danos emergentes, já acima analisados, como também os lucros cessantes.

A perda da relação de trabalho por discriminação importa, sem qualquer dúvida, um prejuízo direto (danos emergentes) e um indireto (lucros cessantes), já que o trabalhador deixa de auferir o pagamento que seria devido em caso da obtenção do posto de trabalho, o que somente não aconteceu pelo ato ilícito do tomador dos serviços.

A doutrina da reparação integral determina, portanto, que, dentro do valor indenizatório, haja a inclusão dos lucros cessantes referentes aos pagamentos do período de inatividade.

Logo, não pode haver dúvidas de que a indenização dos lucros cessantes igualmente encontra amparo na perda do trabalho por ato discriminatório, restando apenas a fixação do período de inatividade decorrente desse fato.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, acreditamos ter demonstrado que o combate à discriminação nas relações de trabalho somente pode ser efetivo com a adoção de uma atitude enérgica que busque meios para dificultar condutas arraigadas na sociedade, partindo-se da premissa de que constitui lesão à dignidade da pessoa humana a perda de oportunidades por motivos injustamente desqualificantes.

Detectada, portanto, a recusa do trabalho por motivo discriminatório, caberá em princípio o direito à integração, como tutela específica, com base nos seguintes fundamentos:

- a) os direitos sociais fundamentais possuem eficácia imediata nas relações de trabalho;
- b) a não discriminação constitui preceito de índole universal, assegurado como direito humano decorrente do princípio da igualdade, sendo combatida por meio de normas imperativas e por ações afirmativas;
- c) o direito ao trabalho constitui direito fundamental, com eficácia segundo sua densidade normativa e nas dimensões objetiva e subjetiva;
- d) na dimensão objetiva o direito ao trabalho determina a vinculação da conduta do tomador dos serviços e a interpretação do ordenamento jurídico segundo o referido valor;
- e) na dimensão subjetiva o direito ao trabalho reconhece uma posição jurídica subjetiva ao titular do direito para busca de tutela judicial preventiva e reparatória em caso de ameaça ou efetiva lesão;
- f) o direito ao trabalho é direito de todos os cidadãos, aplicável, portanto, em todas as relações de trabalho, e não apenas na relação de emprego;
- g) constitui a discriminação a recusa de um direito por motivo injustamente desqualificante;
- h) a discriminação na admissão em qualquer relação de trabalho lesiona o direito fundamental ao trabalho, maculando a dignidade da pessoa humana, causando dano moral e material;
- i) a reparação dos danos segue o princípio da reparação integral, bem como a preferência pela tutela específica como ideal de justiça, somente admitindo-se a conversão em perdas e danos a requerimento da vítima ou em caso de impossibilidade;
- j) a vítima de discriminação na admissão possui como tutela específica o “direito à integração”, declarando-se a realização do contrato desde o momento em que deveria ter acontecido, condenando-se o tomador no pagamento do período de inatividade e, ainda, com a obrigação de fazer de se efetivar o labor forçado do trabalhador, integrando-o na empresa, além das indenizações necessárias, inclusive por dano moral;

- k) em caso de impossibilidade ou de preferência da vítima, caberá a indenização equivalente, além da indenização por outros danos emergentes, lucros cessantes e compensação por dano moral.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALVES, Rubens Valtecídes. *Deficiente físico - novas dimensões de proteção ao trabalho*. 1. ed., São Paulo: LTr.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Discriminação na admissão: direito à integração*. Disponível no sítio <http://www.calvet.pro.br/artigos/Calvet_Direito%20_alintegracao.pdf>. Acesso em 10.03.2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Prólogo à obra de Víctor Abramovich e Christian Courtis *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- GRAU, Antonio Baylos e BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras*. São Paulo: LTr, 2005.
- LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. *La prohibición de discriminación en el marco internacional y el derecho de la Unión Europea*. Albacete: 2007, Ediciones Bomarzo Latinoamericana in *Revista de Derecho Social Latinoamerica*.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: LTr, 1998.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrinal/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.
- PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, p. 85. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano I, n. 3, disponível no site <www.estacio.br/direito/revista/revista.3/artigo5>. Acesso em 07.05.2003.
- ROSA, Manuel Alvarez de la Rosa e LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo*. 16. ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.