

YARA MARIA PEREIRA GURGEL

**DIREITOS HUMANOS, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO
DISCRIMINAÇÃO: SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE
TRABALHO**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

YARA MARIA PEREIRA GURGEL

**DIREITOS HUMANOS, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO
DISCRIMINAÇÃO: SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE
TRABALHO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação da Professora Doutora Flávia Piovesan.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2007

São Paulo, _____ de _____ de 2007.

*A Renato, por todo o incentivo, amor,
compreensão, companheirismo;*

*A Leo, presente de Deus, filho tão amado, que
lhe seja permitido viver num mundo mais justo.*

AGRADECIMENTOS

A idéia de desenvolver uma tese de Doutorado sobre a discriminação nas relações laborais e o combate a essa chaga deu-me, na mesma intensidade, trabalho e prazer. Conhecer o assunto levou bastante tempo. Foram muitos livros, artigos, teses, pesquisas na Internet. Terapia semanal para entender o porquê de tanta discriminação e desrespeito ao ser humano. A produção diária e, em especial, o produto final me proporcionaram muito orgulho.

Apaixonei-me à primeira vista pelo combate à discriminação sob a ótica dos Direitos Humanos. Dediquei-me intensamente à produção desta tese, buscando transformar toda a inspiração e inquietude em palavras inteligíveis ao leitor.

Tive a felicidade de ser aluna, no curso de Doutorado da PUC/SP, da mais entusiasmada e visionária jurista que conheço. Além de ser uma figura humana que ilumina todos os caminhos por onde passa – a Professora Flávia Piovesan muito me ensinou. Por intermédio de suas lições, como mestra e orientadora, tive acesso aos Direitos Humanos e a seus Tratados, a debates inteligentes e muitas, muitas palavras e gestos de incentivo. À verdadeira Mestra, meu especial agradecimento.

Agradeço também aos brilhantes Professores Pedro Paulo Teixeira Manus e Paulo Sérgio João, da PUC/SP, ambos incentivadores do estudo do Direito do Trabalho que muito me ensinaram, em agradáveis lições.

Meu sincero agradecimento a todos os funcionários da minha Universidade querida - a PUCSP, em especial a Rui Oliveira.

À Clarita Costa Maia, assessora do Senado, pela pesquisa realizada e pelo envio de textos que enriqueceram este trabalho.

Agradeço aos amigos, na pessoa de Ivanna Pinto, pelo carinho, apoio, incentivo, companheirismo, pelos laços de amizade. A todos e a cada um de vocês. À Karlla Patrícia de Souza, pela identidade de propósitos no Direito do Trabalho e pelos valores perante a vida.

À Silvana, por cumprir tão bem o papel de “babá” de meu filho Leo, oferecendo apoio em todas as horas em que precisei fechar as portas do escritório para produzir este trabalho.

Aos meus pais, João e Selma, e irmãos, Gustavo e Cristiano, pelo amor incondicional, pela generosidade, pelo convívio de troca de amor e amizade. Ao meu sogro, Roosevelt Garcia, por me adotar como filha. À minha querida tia Ana, por toda a influência e afinidade.

A Renato, grande amor, companheiro, melhor amigo, cúmplice, sempre de mãos dadas comigo, que me faz acreditar em sonhos e torná-los realidade.

Agradeço especialmente a Deus, meu anjo da guarda, sempre a meu lado, que me presenteou com saúde, entusiasmo e muita força de vontade para viver e concluir esta missão.

Quero, também, compartilhar a alegria de ter concluído este trabalho com todos os entusiastas das causas humanas do mundo do trabalho, em especial com os que acreditam na igualdade social e lutam por ela.

O senhor é meu pastor e nada me faltará.

Salmo 22

RESUMO

A proposta da presente tese de Doutorado é o estudo acerca do Princípio da Igualdade e Não Discriminação como fundamento dos Direitos Humanos e sua aplicação às relações de trabalho. Como enfoque preliminar são apresentados dados estatísticos que expõem a realidade social dos Países industrializados e dos Países em desenvolvimento e sua direta vinculação com a discriminação e os grupos vulneráveis. A primeira parte do trabalho trata dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação como fundamento maior e norma condutora de todo o Ordenamento Jurídico da civilização Ocidental. Daí por que se aborda a questão do entrave entre a liberdade contratual decorrente da autonomia da vontade das partes, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação como norma de proteção ao ser humano e as Ações Afirmativas. A segunda parte concretiza o estudo dos Direitos Humanos, analisando especialmente os Direitos Sociais e o Princípio da Igualdade, já que relacionados ao mundo laboral. Desenvolvem-se questões ligadas à historicidade, aceção, destinatários, indivisibilidade e dimensões dos Direitos Humanos nos Tratados Internacionais inseridos nos Sistemas Geral, Regional e Especial de Proteção. A última parte do trabalho é dedicada ao Ordenamento Jurídico pátrio. Primeiro, a posição conferida aos Tratados de Direitos Humanos, sua consequência e impacto. Adiante, o combate à discriminação nas relações de trabalho, em especial aquela motivada pela raça/cor, gênero e pela condição física.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Princípios, Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Não Discriminação, Direito à Diferença, Exclusão Social, Inclusão Social, Tratados Internacionais, Relações de Trabalho, Minorias Sociais

Título da tese: Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação:
Sua Aplicação às Relações de Trabalho

RÉSUMÉ

La proposition de la présente thèse est l'étude au sujet du Principe de l'Égalité et de Non Discrimination, comme fondement aux Droits de l'Homme, et son application aux relations de travail. Au préalable, des données statistiques qui exposent la réalité sociale des pays industrialisés et en voie de développement ont été présentées, et leur lien direct avec la discrimination et les groupes vulnérables. La première partie du travail traite des Principes de la Dignité de la Personne Humaine et de l'Égalité et de non Discrimination comme fondement majeur et norme conductrice de tout l'Ordonnement Juridique de la Civilisation Occidentale. Voilà pourquoi la question de l'entrave entre la liberté contractuelle découlant de l'autonomie de la volonté des parties, le principe d'égalité et de non discrimination comme norme de protection de l'être humain et l'Action Positive ont été abordés. La deuxième partie concrétise l'étude des Droits de l'Homme, notamment les Droits Sociaux et le Principe de l'Égalité; puisqu'en rapport avec le monde du travail. Des questions quant à l'historicité, l'acception, les destinataires, l'indivisibilité et les dimensions des Droits de l'Homme dans les Traités Internationaux insérés dans le Système Général, Régional et Spécial de Protection ont été développées. La dernière partie du travail est dédiée à l'Ordonnement Juridique du Brésil. Premièrement, la position conférée aux Traités de Droits de l'Homme, conséquence et impacts. Ensuite, le combat à la discrimination dans les relations de travail, spécialement la discrimination en raison de la race/couleur, du sexe et en raison de la condition physique.

Palavras-chave: Droits de l'Homme, Principes, Dignité de la Personne Humaine, Non Discrimination, Droit à la Difference, Exclusion Social, Inclusion Social, Traités Internationaux, Relations du Travail, Minorité Social

Titre de la thèse: Droits de l'Homme, Principe de l'Égalité et de Non Discrimination: Son Application aux Relation de Travail

ABSTRACT

The proposal of the present doctorate thesis is to study the concept of the equality and non segregation principle as the basis for the human rights and its application to work affairs. As the preliminary focus, statistic data that show the social reality of developed and developing countries are presented as well as its close relation to discrimination and discrimination-vulnerable groups. The first part of the thesis refers to the equality, to the human's dignity principles, and to the non discrimination principle as the basis and guiding principle of all Occidental civilization legal system. That is the main reason the question that deals with the difficulty to implement contractual freedom that comes from the autonomy of the parts, from the affirmative actions, and the non-discrimination principle as the protection rule of every human being was discussed in detail. The second part refers to the study of the human rights, specially the social rights and the principle of equality, related to the work place environment. Questions were addressed such as history, acceptance, addressees, indivisibility, and human rights included in the international treaties, which were inserted in the special, regional, and general protection systems. The last part refers to the country (Brazil) legal system. Firstly, the position given to human rights treaties, its consequence, and impact. Later on, the combat to work place discrimination based mainly on skin color, race, gender or physical condition prejudices.

Keywords: Human Rights, Principles, Human's Dignity, Equality, Non-Discrimination, Right to Difference, Social Exclusion, Social Inclusion, International Treaties, Work Affairs, Social Minorities

Title of the thesis: Human Rights, Equality and Non-Discrimination Principle: its Application to Work Affairs

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
------------------	----

DISCRIMINAÇÃO E REALIDADE SOCIAL – ABORDAGEM PRELIMINAR	21
---	----

PARTE I

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO

Considerações preliminares	29
I.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
I.2 Princípio da Igualdade e Não Discriminação	36
I.2.1 Concepção Formal de Igualdade	36
I.2.1.1 Críticas à Igualdade Formal	42
I.2.2 Igualdade Material	45
I.2.2.1 A vertente negativa do Princípio da Igualdade – Não <i>Discriminação</i>	53
I.2.2.2 Ações Afirmativas	59
I.2.2.3 A vinculação dos particulares ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação	67
I.2.3 Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho ..	72
Conclusão parcial	76

PARTE II
OS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO
DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO
INTERNACIONAL

Considerações preliminares	81
II.1 Direitos Humanos.....	82
II.1.1 Acepção	82
II.1.2 Dimensões	86
II.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos	91
II.3 Principais Tratados de Direitos Humanos de Segunda Dimensão e o combate à discriminação nas relações de trabalho	101
II.3.1 Âmbito da ONU	101
II.3.1.1 Pactos Internacionais de Direitos Humanos	102
II.3.1.1.1 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	103
II.3.1.1.2 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	104
II.3.1.2 Principais Tratados do Sistema Especial de Proteção que dispõem sobre a “discriminação nas relações de trabalho”	112
II.3.1.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	113
II.3.1.2.2 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	115
II.3.1.2.3 Outros Tratados que dispõem sobre a “discriminação nas relações de trabalho”	119
II.3.2 Âmbito da OEA	124
II.3.2.1 Principais instrumentos jurídicos do Sistema Interamericano que abordam a temática “discriminação nas relações de trabalho”	129
II.3.3 Âmbito da OIT	136
II.3.3.1 Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho	140
II.3.3.2 Convenções n. 100 e 111 da OIT	148

II.3.3.2.1 Informes da OIT quanto à aplicação das Convenções n. 100 e 111 pelo Brasil	155
II.3.3.3 Outras Convenções que dispõem sobre a temática “discriminação nas relações de trabalho”	157
II.3.3.4 Trabalho decente	160
II.3.3.5 O combate à discriminação nas relações de trabalho no Direito Comparado	162
Conclusão parcial	173

PARTE III

DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO NACIONAL

Considerações preliminares	179
III.1 O Ordenamento Constitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho	180
III.1.1 A Ordem Constitucional e os Tratados de Direitos Humanos	188
III.2 O Ordenamento Infraconstitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho	201
III.3 Discriminação nas relações de trabalho	212
III.3.1 Discriminação por motivo de raça e cor	212
III.3.2 Discriminação por motivo de sexo	219
III.3.3 Discriminação em razão de condição física	231
III.3.3.1 Pessoa portadora de deficiência	231
III.3.3.2 Portador do vírus HIV	239
III.4 Discriminação, hipossuficiência e ônus da prova	250
Conclusão parcial	253
 CONCLUSÕES FINAIS.....	 258
 REFERÊNCIAS	 262

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CERD – *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA – Estados Unidos da América

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

HIV – *Human Immunodeficiency Virus*

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MPT – Ministério Público do Trabalho

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para Países Membros

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PEA – População Economicamente Ativa

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPD – Pessoa Portadora de Deficiência

PRT – Procuradoria Regional do Trabalho

RIT – Repartição Internacional do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem como desafio maior os propósitos de implantação da paz mundial. Para sua criação e manutenção, é necessário que todo ser humano, inserido na sociedade global e independente de qualquer característica específica, seja detentor de Direitos Humanos.

Encontra-se na agenda das Organizações Mundiais a necessidade de discutir questões relativas à implementação de Direitos Humanos, em especial os de Segunda Dimensão, necessários a minimizar a exclusão social, oferecendo especial proteção aos grupos vulneráveis.

A idéia deste estudo é trazer à discussão a discriminação decorrente do preconceito sofrido por certas categorias de pessoas em suas relações laborais. Para tanto, tem por objeto a análise do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, e sua aplicação aos grupos vulneráveis, como a mulher, o negro, a pessoa portadora de deficiência e o portador do vírus HIV.

O trabalho gravita em torno dos seguintes questionamentos, dentre outros:

- 1) Qual a relação entre discriminação e exclusão social?
- 2) Qual o impacto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana perante o Sistema Jurídico Ocidental?
- 3) Qual a importância do Princípio da Igualdade e Não Discriminação no combate à discriminação nas relações de trabalho?

4) Em que consiste a vertente negativa do Princípio da Igualdade e *Não Discriminação*?

5) Até que ponto o Princípio da Igualdade e Não Discriminação pode limitar a liberdade empresarial?

6) Qual a importância das Ações Afirmativas para a implementação da igualdade material e o combate à exclusão social?

7) Que são Direitos Humanos, a quem são dirigidos e qual sua relação com o Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho?

8) Em que medida os Tratados abordam a temática da igualdade e não discriminação em defesa dos grupos mais vulneráveis nas relações de trabalho?

9) Qual o impacto desses Tratados no Ordenamento Jurídico estrangeiro e no Direito pátrio?

10) Como o Ordenamento interno se comporta perante as discriminações nas relações de trabalho?

11) O que é necessário para minimizar o problema da discriminação nas relações de trabalho?

Serão apresentadas situações que ensejam discriminação direta e indireta nas relações de trabalho, bem como as normas de proteção geral e especial aplicadas aos casos específicos e sua consequência jurídica.

Na abordagem preliminar serão expostos dados estatísticos que expõem a realidade social do País e sua direta vinculação com os grupos vulneráveis.

O panorama geral dos dados estatísticos, inserido em todo o corpo do trabalho, tem por objetivo apresentar as diferenças de tratamento entre as camadas da sociedade, a falta de oportunidade para as classes menos favorecidas e sua relação com a discriminação. Mostrar a face da realidade social mundial, em especial a brasileira, é essencial e justifica o estudo jurídico do Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho, para uma visão mais crítica e maior relação entre o contexto social e o mundo jurídico.

Eis aí uma das razões da importância que assume, hoje, a pesquisa interdisciplinar, a exigir do investigador um perfil criativo, com habilidades diversificadas que o tornem apto a concentrar-se no foco sem perder a visão do todo. Foi procurando atender a esse pressuposto multidisciplinar que me propus apresentar uma visão panorâmica do que se passa nas questões sociais, não só no Brasil mas também nos Países em desenvolvimento e industrializados.

Nesse sentido, a tese foi construída em três partes: a primeira trata da dignidade da pessoa humana, da igualdade e não discriminação sob o enfoque principiológico. A segunda parte apresenta os Direitos Humanos, traçando sua relação direta e essencial com o Princípio da Igualdade e Não Discriminação; por último, a terceira parte apresenta o Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho no Ordenamento Jurídico nacional.

A primeira parte aborda o Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho. Nela são apresentados os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação como fundamento maior e norma condutora de todo o Ordenamento Jurídico da civilização Ocidental. Será discutido o entrave entre a liberdade contratual, decorrente da autonomia da vontade das partes, o Princípio da Igualdade e Não

Discriminação e o respeito ao ser humano. Como instrumento jurídico decorrente do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, as Ações Afirmativas cumprem o importante papel de integrar os hipossuficientes ao arcabouço da sociedade, propiciando-lhes oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, a inclusão social.

É essencial desenvolver a temática dos Direitos Humanos. Vistos por alguns como o *direito dos marginais*, a dicotomia entre vítima e infrator, ou ainda sob a visão de que o outro é um ser inferior, não sendo, portanto, sujeito de direitos, os Direitos Humanos são despidos de privilégios ou mordomias.

Tratar de Direitos Humanos envolve, antes de mais nada, visualizar a importância atribuída ao homem na história da civilização. É compreender o limite de intervenção do Estado, seu papel nas relações intersubjetivas, em especial as do trabalho. Também serão abordadas as questões da efetividade dos Direitos Sociais e a relação entre liberdade e justiça social, o respeito à dignidade da pessoa humana e a não discriminação.

A segunda parte do trabalho vem concretizar o estudo dos Direitos Humanos, em especial os Direitos Sociais, já que relacionados ao mundo laboral. Para tanto, discute-se a historicidade, a aceção, os destinatários, a indivisibilidade e as dimensões dos Direitos Humanos. No decorrer de todo o trabalho os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação aparecem interligados e se expressam textualmente nos Tratados Internacionais, fundamento e objeto principal da norma internacional.

Serão apresentados os Tratados Internacionais do Sistema Geral e Especial de Proteção, em especial o PIDESC; o Sistema Regional de Proteção, em especial o Pacto de San José da Costa Rica; e as Convenções da OIT, especialmente as de n. 100 e 111, porque abordam a temática da igualdade e não discriminação nas relações de trabalho.

Vale ressaltar que na segunda parte do trabalho serão apresentados institutos jurídicos relacionados ao tema, inclusive de Países integrantes da Comunidade Européia, do Continente Africano e da Ásia. Essa visão panorâmica, embora passível de maior aprofundamento, possibilita um cotejo informativo da legislação pátria com institutos similares na legislação alienígena.

Finalmente, a última parte do trabalho é dedicada ao Ordenamento Jurídico pátrio. Em primeiro lugar a Ordem Constitucional, a reabertura da democracia e a posição hierárquica dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação. Em seguida, a posição ocupada pelos Tratados de Direitos Humanos no Sistema Jurídico pátrio, sua consequência jurídica e seu impacto na Ordem nacional. Adiante, o combate à discriminação nas relações de trabalho no Ordenamento Infraconstitucional, em especial a discriminação por motivo de raça/cor, gênero e em razão de condição física. Por último, abordar-se-á a questão do ônus da prova e sua necessária inversão.

DISCRIMINAÇÃO E REALIDADE SOCIAL – ABORDAGEM PRELIMINAR

A história do homem mostra que o preconceito sempre fez parte da vida dos povos; sempre houve diferentes culturas e religiões. Os gregos chamavam de *bárbaro* qualquer pessoa que não falasse sua língua. No século XV a Igreja Católica defendia a *não miscigenação* dos cristãos com judeus em razão da prática de ritos próprios¹. Durante o processo de colonização europeia, milhões de negros foram escravizados em razão de sua aparência física.

No século XVIII, Carolus Linnaeus classificou as espécies vivas em plantas e animais e dividiu a espécie humana – *homo sapiens* – em raças, de acordo com o critério geográfico: europeia, asiática, africana, ameríndia, selvagem e monstruosa (pessoas com má-formação física). Adiante, desenhou uma subdivisão nos *homo sapiens*, qualificando-os como *vermelhos americanos (geniosos, despreocupados e livres)*, *amarelos asiáticos (severos e ambiciosos)*, *negros africanos (ardilosos e irrefletidos)* e *brancos europeus (ativos, inteligentes e engenhosos)*².

A classificação dos seres humanos em raças e o valor agregado a cada uma delas potencializaram o processo discriminatório entre seres da mesma espécie humana.

Mais tarde, as teorias racistas atribuíram superioridade de ordem intelectual, fisiológica e moral à raça ariana em detrimento de outras, o que

¹ MUNANGA, Abergé. *Superinteressante*, n. 187, São Paulo: Abril, abr. 2003, p. 46.

² KENSKI, Rafael. Vencendo na raça. *Superinteressante*, São Paulo: Abril, n. 187, abr. 2003, p. 44-45; LAFER, Celso. Parecer elaborado para o processo HC/82424-2 – STF. p. 54-55.

desencadeou o extermínio de milhões de judeus, ciganos e outras minorias raciais durante a Segunda Guerra Mundial.

Sob a ótica da biologia, judeus, negros, asiáticos, ciganos, brancos e indígenas de qualquer nacionalidade ou religião formam uma única raça: a humana³. Critérios como a coloração da pele e os traços físicos são limitados aos juízos de aparência.

É paradigma recente que os homens são iguais como espécie humana, como carga genética. A humanidade é uma só. Todos derivam da mesma raça. Mas, quando inseridos no contexto social, há desigualdades de natureza econômica que impedem o gozo de Direitos Humanos, essenciais à vida digna, como o direito à moradia e ao lazer. Vale dizer que os direitos de personalidade, na amplitude e aceitação que têm hoje, constituem fato recente na sociedade contemporânea. O regime de escravidão fazia parte da vida de umas poucas gerações antes de nós.

Como fenômeno presente na sociedade, o preconceito é fruto da cultura da dualidade conceitual: bem *versus* mal, bonito *versus* feio, homem *versus* mulher, certo *versus* errado. A consequência nefasta é a supervalorização de um ponto de vista em detrimento de outro.

O outro é visto como diferente. O homem entende que sua referência é a correta, muitas vezes por medo da mudança de paradigma, outras em virtude de sua visão narcisista sobre outrem. Enxerga no outro um ser de capacidade inferior em função de sua cor, sexo, aparência. Daí a indiferença, o preconceito e a consequente exclusão de certos grupos. Criou-se o estigma de que, para *fazer parte* da sociedade, é essencial ser igual.

³ Celso Lafer. Parecer cit., p. 42.

*A sociedade é cultora do belo*⁴; prefere as pessoas bonitas, bem vestidas, saudáveis e jovens, discriminando a sapiência, a integridade e a benevolência, muitas vezes pelo simples fato de ostentar indumentárias sem etiqueta ou *out of fashion*.

O tratamento discriminatório é impetrado contra as minorias sociais – grupos vulneráveis, assim considerados devido a suas fragilidades específicas, como deficiência física e baixa condição econômica, e ainda devido à ausência de particularidades consideradas “padrão” no ambiente social.

Merece destaque o fato de a discriminação não ser um fenômeno estático quanto ao agente passivo, mas se consubstanciar em fator de constante mutação e inclusão de novas formas de atuação, de acordo com características específicas e fatos sociais. A título de exemplo, o ataque ao *World Trade Center*, no fatídico 11 de setembro de 2001, acentuou a discriminação contra os trabalhadores de origem árabe e as minorias religiosas, como a muçulmana, não só nos Estados Unidos mas em quase todo o mundo.

O traço marcante do início do século XXI é, sem dúvida, a concentração de renda e pobreza, sendo esta última a principal causa de morte no mundo. Todos os dias, 30 mil crianças morrem em razão da pobreza⁵.

Em todo o mundo, pessoas vivem momentos de privações de direitos essenciais à condição humana, ainda que normas internas e internacionais ofereçam substrato legal de proteção, apresentando um vácuo entre a realidade repressora e o sistema legal.

Ao redor do mundo, milhões de homens e mulheres são discriminados e segregados do contexto social em razão de sua aparência – cor da pele, forma de se vestir, tipo de cabelo, religião, cultura, etnia, estado social,

⁴ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

⁵ Dados obtidos no *site* www.makepovertyhistory.org. Acesso em 16.4.2007.

entre outros motivos. É cada vez maior o número de conflitos gerados entre povos de diferentes etnias e religiões, desencadeando, como consequência social e até psicológica, o medo, a discriminação, a inibição de expressões culturais de classes e o terror contra seus nacionais.

Os acontecimentos atuais predisõem a discriminação, a pobreza e inibem a democracia: a crescente diferença social e marginalização, guerras civis, migração global, definição de fronteiras. A inclusão de pessoas em determinados grupos vulneráveis e a possibilidade de estas virem a se tornar agente passivo de discriminação, bem como sua relação com a pobreza e o trabalho indigno, não são problemas exclusivos dos Países em desenvolvimento, mas se traduzem em dados estatísticos e fatos sociais também nos Países industrializados. A taxa de pobreza referente a 20 Países da OCDE, que em 1990 era de 10%, em 2000 passou para 10,6%⁶.

Segundo dados da OIT, o desemprego atinge 6% da população ativa mundial, sendo metade dos desempregados formada por jovens entre 15 e 24 anos de idade. E mais: somente 14,5 milhões das 500 milhões de pessoas que sofrem de pobreza extrema conseguem ganhar o equivalente a um dólar por dia. Metade dos trabalhadores do mundo, 1,400 bilhão, sobrevive com menos de dois dólares por dia⁷.

A América Latina, região com a maior concentração de renda do mundo, possui atualmente 551 milhões de habitantes. Desses, 213 milhões são considerados pobres, 23 milhões de pessoas encontram-se desempregadas e 103 milhões trabalham na informalidade⁸.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 54,7% dos latino-americanos demonstram insatisfação

⁶ SOMAVÍA, Juan. Trabajar juntos para salir de la pobreza. *Trabajo*: Revista de la OIT, Genève: OIT, n. 58, dez. 2006, p. 5.

⁷ El déficit de trabajo decente. *Trabajo*: Revista de la OIT, Genève: OIT, n. 56, jan. 2006, p. 12-13.

⁸ OIT – Secretaria Internacional do Trabalho. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Informe do Diretor Geral. Genève: 2006. p. 1.

com seus governantes, preferindo um regime autoritário a um democrático, desde que o primeiro assegure demandas de bem-estar⁹.

No Brasil, pode-se afirmar que há um *apartheid* social. Juntamente com Japão e Coréia do Sul, este é um dos Países que mais cresceram nos últimos 100 anos, e, ao mesmo tempo, um dos Países com a mais alta taxa de desigualdade do mundo: os 20% mais ricos ganham 31 vezes mais do que os 20% mais pobres. Isso se traduz na seguinte fórmula: para cada real, 61 centavos ficam com o 20% mais rico e 2 centavos ficam com o 20% mais pobre¹⁰.

O País apresenta um sistema que se equipara ao de *castas*: quem nasce na classe mais pobre dificilmente terá oportunidade de ascender socialmente. A banalização da injustiça social retrata a idéia de que a miséria e a opressão são problemas do outro, causados unicamente pelos gestores estatais, não devendo ser transferida qualquer obrigação aos empresários, tampouco aos atores sociais. Com isso, aumenta o muro que divide a sociedade em classes, perpetuando a relação de dominação.

A maioria dos trabalhadores brasileiros não está acobertada pela Previdência Social: 52,4% deles não contribuem para a Previdência, contra 47,2% que mantêm trabalho formal¹¹. Dos empregados com carteira assinada, 11,6% recebem até meio salário mínimo mensal e 26% recebem mais de 2 salários mínimos¹².

A *pseudodemocracia* racial reinante no Brasil só agrava a situação de discriminação do negro em matéria de emprego. É que muitos entendem que não há discriminação racial, mas falta de oportunidade das pessoas da classe social menos favorecida.

⁹ Id., p. 3-4.

¹⁰ Dados obtidos em: A natureza da desigualdade. *Attacking Brazil's Poverty*. Artigo apresentado ao Banco Mundial, sem data de publicação, p. 2-3.

¹¹ Dados obtidos em: IBGE. *Síntese de indicadores sociais*. Rio de Janeiro, 2006. p. 108.

¹² Id., p. 109.

A idéia de que o Brasil é fruto da mistura de cultura e raças, e de que todos temos ascendentes negros, brancos e índios (somos portanto um país *sem racismo*), tolheu o grito do negro por melhores oportunidades. Na verdade, todo brasileiro, seja ele negro, branco ou pardo, tem a mesma origem, já que todos descendem de europeus e africanos. O racismo é vinculado diretamente ao olhar que é oferecido ao outro, devido a sua aparência, gerando o processo de outrificação.

A *fragmentação racial* da população, sendo os quesitos cor ou raça fatores determinantes na estrutura das classes sociais do Brasil, traduzem-se na inclusão-exclusão social de pessoas.

De acordo com o PNAD/2005, o espelho do brasileiro retrata as seguintes cores/raças: 49,9% são brancos, 6,3% são de cor preta, 43,2% se declaram pardos e 0,7% são amarelos ou indígenas¹³. Assim, 56,2% da população brasileira constitui-se de afro-descendentes¹⁴.

No Brasil, no ano de 2005, 11% da população, ou seja, 14,9 milhões de pessoas de 15 anos ou mais, era formado por analfabetos^{15e16}. A taxa de analfabetismo das pessoas de cor preta atinge 14,6%; a das pessoas de cor parda, 15,6%; e as de cor branca, 7%¹⁷. Quanto aos estudantes entre 18 e 24 anos, em 2005, 51% dos brancos cursavam o ensino superior ou 3º grau, enquanto 50% das pessoas de cor preta ou parda ainda cursavam o ensino médio

¹³ IBGE. *Síntese de indicadores sociais*, cit., p. 250.

¹⁴ É considerado negro, branco, amarelo, pardo ou indígena aquele que assim se declara. Já a designação *afro-descendente* é destinada a todos os que se declaram de cor preta ou parda.

¹⁵ Importante ressaltar que a taxa de analfabetismo das pessoas com mais de 15 anos de idade varia conforme a região. Enquanto no norte a taxa é de 11,5% e, no nordeste, de 21,9% da população, no sudeste do País a taxa é de 6,5%. No sul é de 5,9%, e no centro-oeste é de 8,9% (IBGE. Op. cit., p. 58).

¹⁶ Isso sem falar em pessoas com até 4 anos de estudo, qualificadas pela Unesco como *analfabetos funcionais*. A taxa de analfabetismo funcional das pessoas de 15 anos ou mais era de 23,5%, e a realidade social mudava bastante de acordo com a situação do domicílio. Enquanto no perímetro urbano essa taxa era de 19,3%, no ambiente rural o percentual subia para 45,8%. Por sua vez, no nordeste do Brasil o total de analfabetos funcionais atingia 36,3% da população com mais de 15 anos, enquanto no sudeste o percentual gravitava em torno de 17,5% (IBGE. Op. cit., p. 58).

¹⁷ IBGE. Op. cit., p. 248.

e somente 19% destes cursavam o 3º grau¹⁸. A conseqüência dessa desigualdade no ensino gera reflexos no rendimento econômico: as pessoas de cor branca dedicam, em média, 8,5 anos aos estudos e têm rendimento médio em torno de 3,6 salários mínimos; as de cor preta ou parda dedicam 6,4 anos aos estudos e recebem 1,9 salário mínimo como rendimento¹⁹.

A participação relativa na renda nacional em 2005, segundo o IBGE, é formada pelo seguinte percentual: 26,5% dos brancos e 73,5% dos pretos e pardos fazem parte da parcela dos 10% mais pobres, e somente 11% dos pretos e pardos fazem parte da parcela de 1% mais rica, contra 89% das pessoas de cor branca²⁰.

Está claro, portanto, que o que o salário é ditado pela cor. A pobreza e a discriminação dos grupos vulneráveis proporcionam a exclusão social, em especial na educação e no mercado de trabalho, reproduzindo a desigualdade social e impossibilitando o desenvolvimento da sociedade²¹.

A educação proporciona a capacitação essencial para o exercício de atividades laborais, revelando total conexão entre o número de anos de estudo e a contraprestação, além de proporcionar a visão geral de mundo, a quebra de paradigma por meio da possibilidade do conhecimento.

Como mola-mestra para o crescimento social, o trabalho decente cumpre importante papel quando oferece alicerces para o exercício do trabalho de forma digna, capaz de acelerar o processo de desenvolvimento sustentável e, ao mesmo tempo, a implantação da justiça social.

¹⁸ Id., Ibid.

¹⁹ Id., p. 257.

²⁰ Id., p. 249.

²¹ Em junho de 2003, a COMLURB, empresa municipal de limpeza urbana do Rio de Janeiro, em concurso público cujo requisito era haver completado a quarta série do ensino fundamental, registrou o número de 15 mil inscritos concorrendo a 6 mil vagas para o cargo de lixeiro. Entre os candidatos estavam técnicos em informática, advogados, dentistas, contadores e engenheiros civis (SOARES, Pedro. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2003, caderno B5).

Destarte, a implantação da possibilidade de mobilidade social por meio da igualdade de oportunidades e, sobretudo, da eliminação de toda forma de discriminação e respeito ao *outro*, em especial na educação e na relação de trabalho, é essencial ao desenvolvimento econômico, à inclusão social e, até mesmo, à tão sonhada paz mundial.

PARTE I

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO

Considerações preliminares

A primeira parte deste trabalho científico trata, basicamente, da concepção da igualdade e não discriminação envolta nos anseios da sociedade, de sua conotação jurídica e dos instrumentos de implementação da justiça social.

Devido a sua importância como Princípio norteador de todo o Ordenamento Jurídico Ocidental após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, será desmembrado e desenvolvido, em primeiro plano, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para tanto, é essencial apresentar a carga normativa que carrega o Princípio condutor do Sistema Jurídico e atua como norma principal, instauradora de proteção internacional a todo ser humano.

O passo seguinte será a apresentação do Princípio da Igualdade. Desenvolver-se-á a acepção da igualdade como valor filosófico e jurídico dentro do contexto histórico, começando pelo período antes de Cristo, atravessando o século XVIII, adentrando o movimento constitucionalista, a implementação do Estado Liberal e a consagração do direito à liberdade; até a Revolução Russa e a conseqüente implantação do Estado protecionista, com a responsabilidade de promover o bem-estar social dos jurisdicionados e a visão da igualdade de oportunidades.

Adiante, a vertente negativa do Princípio da Igualdade e *Não Discriminação*, sua proibição nas Constituições ocidentais, o direito à diferença. Serão delineadas as formas de combate à discriminação e o principal instrumento jurídico para promover a igualdade de oportunidades: as Ações Afirmativas, sua aplicação em alguns Países alienígenas e o conseqüente impacto nos grupos atingidos.

Por último, a vinculação do Estado, bem como dos particulares, ao Princípio da Igualdade e a limitação ao Princípio da Autonomia da Vontade das partes, em especial nas relações de trabalho.

I.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como se sabe, o Sistema Jurídico é formado por normas, subdivididas em Normas-Princípios e Normas-Regras, que criam direitos e geram obrigações a todos os jurisdicionados.

Sempre que se fala em *Princípios*, não necessariamente com conotação jurídica, tem-se em mente a idéia de convicções fixas e imutáveis, vinculadas à gênese de qualquer pensamento, ao arcabouço mais profundo e consistente de preceitos morais.

Com o Direito não poderia ser diferente. Princípios são proposições ideais, fundamentos normativos, bases sedimentadas que oferecem inspiração ao operador do Direito, como bússola que norteia todo e qualquer ato jurídico. Iluminam o aplicador do Direito em todas as fases de sua construção e aplicação, proporcionando a integração das Normas-Regras, além de exercer o papel de fonte supletiva nas lacunas do Direito.

Assim, nenhuma Norma-Regra pode ser contrária à Norma-Princípio, tampouco tornar-se independente, já que esta última fundamenta o Ordenamento Jurídico, e todo regramento deve dela derivar.

Américo Plá Rodríguez define Princípios como

[...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta e indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para

promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos²².

Merece registro o conceito oferecido por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos²³.

Em visão essencialmente positivista, até 1945, fase histórica anterior à DUDH, os direitos eram oferecidos sob o prisma da Norma-Regra. A concepção de Direito, de maneira geral, limitava-se ao formalismo jurídico.

Diante das atrocidades ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, percebeu-se que o positivismo jurídico não oferecia proteção suficiente ao ser humano. Era preciso construir nova Ordem Jurídica, com aplicação universal, que proporcionasse a este posição de destaque.

A DUDH mudou a feição das Constituições ocidentais. A valorização do ser humano, independentemente de gênero, credo ou nacionalidade, passou a tomar espaço em todos os comandos legais e a ter aplicação em todas as relações intersubjetivas.

A partir da percepção de que a espécie humana é absolutamente idêntica no que tange à carga genética, aos fatores e necessidades biológicas, à

²² RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 16.

racionalidade, à capacidade de ter sensações e emoções, sendo dotado de vontade, consciência e liberdade de pensamento, atributos necessários ao livre-arbítrio; entende-se que todo homem e toda mulher são detentores de direitos, em especial à vida digna, já que são seres únicos e insubstituíveis.

As pessoas são iguais como espécie humana, mas diferentes quanto a fatores socioeconômicos, transmitidos nas necessidades e aspirações para consecução do bem-estar comum. Dessa forma, a todo ser humano deve ser atribuído o mesmo valor, não cabendo qualquer forma de comparação ou distinção.

A condição humana é o único requisito para se ter direito à dignidade: não está condicionada à moral ou a comportamentos. Mesmo aqueles que cometem as maiores atrocidades possuem dignidade. Todos os seres humanos têm o direito de serem tratados dignamente. Daí por que a comunidade internacional em favor dos Direitos Humanos repudia a tortura, os castigos e o trabalho escravo como instrumentos de sanção, por mais cruel que seja o sujeito.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que a dignidade é atributo intrínseco ao ser humano e que, por isso, “mesmo daquelas que cometem ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”²⁴.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, o substrato material da dignidade deve ser entendido como o sujeito moral que reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito de que é titular, dotados de vontade e partes do grupo social, com a certeza de que não serão marginalizados²⁵.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 408-409.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2006. p. 44.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003. p. 117.

Assim, a idéia de dignidade da pessoa humana, tradução jurídica para a visão antropocêntrica de que o ser humano é o agente único e principal do Ordenamento Jurídico contemporâneo, tem como pontapé principal a ruptura com o positivismo, pós-1945, e a inserção do respeito e proteção ao ser humano no Ordenamento Jurídico internacional.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como o da Igualdade e Não Discriminação, tradução jurídica para o ideal de valorização do ser humano; passam não apenas a ser inseridos expressamente nas Constituições Ocidentais, mas a conduzir todo o Ordenamento, tanto no Direito Público quanto no Privado, no que tange às relações intersubjetivas, incluindo aquelas em que não esteja presente o Estado. Com isso, o ser humano deixa de ser súdito do Príncipe para ser cidadão do Estado.

Como reação às perdas humanas e à conseqüente promoção dos Direitos Fundamentais destinados *a todo ser humano*, não somente ao povo, a legislação alemã adota o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o da Igualdade e Não Discriminação, como norte a todo o Sistema Jurídico nacional. A Lei Fundamental alemã de 1949 assegura que “a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”²⁶.

Destaque-se também a Constituição japonesa de 1946, que afirma, em seu art. 25º: “todos têm direito a um padrão mínimo de vida e cultura”; e a Constituição italiana de 1947, que determina em seu art. 3º:

Incumbe à República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país²⁷.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 115.

²⁷ DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 92-93.

Nesse contexto, os Princípios passam a ter real importância, não somente como fontes subsidiárias, despidas de normatividade, mas como proposições embasadoras de todo o Sistema Jurídico, sob o signo da Norma-Princípio. A esta todas as Normas-Regras devem respeito e se encontram hierarquicamente subordinadas.

Os Princípios passam a ter carga normativa, gerando direitos subjetivos, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Igualdade e Não Discriminação, em especial por seu valor social pelo ideal de justiça.

Outrossim, na fase contemporânea constitucional, todo aplicador do Direito – legislador ou examinador – deve, necessariamente, tomar os Princípios como proposituras essenciais.

Nesse contexto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o da Igualdade e Não Discriminação, goza do *status* de norma condutora de todo o Sistema Jurídico Ocidental. Com isso, as normas, para terem validade jurídica, devem ser harmonizadas com os pressupostos de vida digna em sociedade.

Além do Estado e dos Poderes Públicos, detentores da obrigação de não somente proteger a dignidade do ser humano contra seus próprios atos e de terceiros, mas também de promover uma vida digna para seus jurisdicionados, todas as pessoas físicas e jurídicas estão subordinadas direta e indiretamente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devendo sempre respeitar a dignidade alheia. Isso se justifica, já que o homem é o ser principal e sobre ele deve gravitar o ordenamento, na tentativa de proporcionar o bem-estar de todos, oferecido, especialmente, por meio dos Direitos Fundamentais. Tais direitos, tanto os de Primeira quanto os de Segunda Dimensão, como direitos ao mínimo de existência, advêm da dignidade da pessoa humana.

Ademais, merece registro o fato de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o da Igualdade e Não Discriminação e os

Direitos Fundamentais, não são suscetíveis de variações hierárquicas, renúncia ou alienação. Constituem a gênese do respeito ao ser humano e a fundamentação do conteúdo mínimo de existência digna, incluindo o trabalho decente.

Guilherme Machado Dray, ao analisar decisões jurisprudenciais lusitanas, afirma que

[...] o sistema global de valores presentes na Constituição assentava na existência de três “axiomas” que deveriam ser entendidos como os mais altos valores “fundamentais” presentes na Constituição: a dignidade do ser humano, o livre desenvolvimento do ser humano e a igualdade perante a lei dos seres humanos²⁸.

Isabel Moreira acerta quando afirma que o direito ao mínimo de existência, decorrente da dignidade da pessoa humana, embora, genericamente seja um direito social, já que é um típico direito a prestações, tem natureza jurídica *híbrida*²⁹. Segundo a autora, o direito ao mínimo de existência vai além do direito à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade, à segurança social, ao trabalho³⁰. Adiante, a autora consagra a dignidade da pessoa humana como *princípio fundacional*, causando implicação jurídica na não tolerância de discriminações, na vinculação total aos direitos fundamentais, à igualdade, justiça, liberdade e pluralismo político³¹.

Por sua vez, Edilson Nobre Pereira Jr. assegura que a dignidade da pessoa humana, além de vedar a *coisificação da pessoa*, impossibilitando a

²⁸ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 129.

²⁹ MOREIRA, Isabel. *A Solução dos direitos. Liberdades e garantias. E dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 146.

³⁰ MOREIRA, Isabel. Op. cit., p. 146.

³¹ Id., p. 126.

degradação do ser humano, é fator limitante à autonomia da vontade das partes³².

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a *causa próxima do mínimo de existência*³³. Os Direitos Fundamentais, como cláusulas pétreas indissolúveis e expressão máxima do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo da criação da igualdade de oportunidades, têm como objeto principal promover a garantia do mínimo existencial, indispensável à liberdade material, à vida digna.

Não há como pensar em liberdade de desenvolvimento do ser humano, especialmente quanto a seus talentos e capacidades, sem pensar na igualdade de oportunidades e na conseqüente inclusão social – promotora da vida digna.

³² PEREIRA JR., Edilson Nobre. O Direito brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 2000, n. 145, p. 7.

³³ MOREIRA, Isabel. Op. cit., p. 134.

I.2 Princípio da Igualdade e Não Discriminação

I.2.1 Concepção Formal de Igualdade

O sentido do Princípio da Igualdade e Não Discriminação traduz, historicamente, o anseio de dar vazão aos ideais de eqüidade e justiça, harmonizando as necessidades da sociedade com o aparato jurídico de uma nação.

Abordar a temática da igualdade como Princípio é voltar os olhos para o ser humano como ente insubstituível, dotado de dignidade e por isso prioridade máxima para a ordem jurídica. Daí, historicamente, revelar-se como o grito dos excluídos na busca pela inserção social, mantendo o foco nas adversidades de natureza jurídica, econômica, fisiológica ou social.

No contexto histórico, a igualdade surgiu com Sólon (640-560 a.C.), como ideal a ser alcançado³⁴. Em seguida, Platão (429-347 a.C.) nela enxergou o fundamento da democracia, tendo defendendo a *igualdade de oportunidades*, sobretudo às crianças virtuosas, para combater as desigualdades sociais³⁵. Entretanto, foram os estóicos quem alertaram para a idéia de igualdade valorativa e natural entre os homens, superando a justificativa para a escravidão e a comparação entre coisas não comparáveis³⁶.

A despeito da superioridade natural de alguns em face de outros, alegada por Aristóteles (384-322 a.C.) e combatida por Sêneca, defensor da idéia

³⁴ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 11.

³⁵ Id., Ibid.

de que o escravo é da mesma natureza de seu amo, o Mundo Antigo deixou como legado à humanidade um aparato filosófico de importância atemporal em relação à igualdade entre os homens, que se traduz nas seguintes proposições:

- a) *todos os homens são naturalmente iguais;*
- b) *a igualdade é essencial à justiça;*
- c) *a igualdade pressupõe a comparação, não tendo sentido entre coisas não comparáveis;*
- d) *a igualdade obriga a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais;*
- e) *a igualdade é a base da democracia;*
- f) *a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo), em certos casos, ser geométrica;*
- g) *a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins;*
- h) *a igualdade implica a participação das oportunidades*³⁷.

Passos adiante, o Cristianismo reconheceu dignidade, valor e liberdade espiritual a todas as pessoas, já que todos são filhos de Deus. Os teóricos da Igreja Católica acolheram a idéia de que todos nascem livres, sendo a escravatura consequência da queda e do pecado, para punição dos homens³⁸.

São Paulo, na *Epístola aos Gálatas*, professou a idéia de igualdade ao afirmar que todos são filhos do mesmo Deus:

[...] porque todos vós sois filhos de Deus, mediante a fé em Jesus Cristo; pois todos os que fostes batizados em Cristo revestistes de Cristo. Não há judeu nem grego; não há servo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sois um só Cristo³⁹.

³⁶ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 25.

³⁷ ALBUQUERQUE, Martim de. Op. cit., p. 15.

³⁸ Id., p. 16.

³⁹ Epístola aos Gálatas, 3.26-28.

Santo Agostinho vincula justiça e igualdade, condicionando a justeza de qualquer lei ao respeito ao valor da igualdade. Daí, segundo o filósofo, a distinção entre Justiça Comutativa e Justiça Distributiva. A primeira trata das relações intersubjetivas entre pessoas privadas, em que há igualdade entre estas. A segunda diz respeito ao jurisdicionados e o Estado, de maneira que este deveria repartir os encargos segundo a “capacidade de resistência de cada membro da sociedade”⁴⁰. Assim, para a Justiça Distributiva não se fala em igualdade absoluta, já que ela reconhece a desigualdade de capacidade entre as pessoas.

Durante a Idade Média, a igualdade como valor filosófico era tratada sob a distinção entre a Lei (*Lex*) e o Privilégio (*privilegium*). As Leis, preceito comum quanto à origem e aos destinatários, ou comandos gerais, eram dirigidas a todas as pessoas, sem distinção, portanto de forma equânime. Os *comandos particulares do poder* – os privilégios – consistiam em institutos de exceção, não direcionados a todas pessoas, mas exclusivos de alguns⁴¹.

O século XVIII teve como marco político o combate ao arbítrio das classes dominantes, em especial a nobreza e o clero.

A Revolução Francesa, que ocorreu em 1789, fundamentada nos ideais *liberté, égalité e fraternité*, rompeu com o sistema de privilégios oferecidos pelo Estado a determinadas pessoas, que perpetrava a desigualdade perante a lei e a concentração do poder nas mãos da nobreza. Os revolucionários defendiam também a separação dos Poderes.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), forte representante do movimento iluminista que viria a ser um dos principais inspiradores da Revolução Francesa, defendia a igualdade de direitos e a soberania popular. Ratificou o entendimento dos estóicos: as desigualdades civis são fruto das convenções

⁴⁰ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 26.

entre os homens – *do estabelecimento da propriedade e da própria lei*. Rousseau combateu a superioridade natural de alguns homens contra outros⁴².

À vista dessas razões emerge o movimento constitucionalista liberal, que tem por ideal o fim do Absolutismo – sistema que sempre privilegiou poucos. O novo movimento tinha como base a divisão dos Poderes do Estado, essencial ao sistema de *checks and balances*, movido pelos ideais de liberdade contra o Poder Público e de igualdade de tratamento perante a lei.

Inspirado pela doutrina jusnaturalista, o movimento *constitucionalista* nutre a idéia de que a Constituição é a norma principal e superior de qualquer nação, capaz de oferecer proteção jurídica ao homem contra o arbítrio do Estado. Pela primeira vez, se atribuem ao ser humano direitos considerados fundamentais e nunca antes oferecidos por qualquer ordenamento constitucional. Os direitos inatos a qualquer ser humano, derivados da liberdade, desdobram-se em direitos de feição *negativa*, ou seja, liberdade contra o Poder Público; direitos de *força constitucional*, consagrados pela Constituição; e direitos de *cunho individual*, representados pela necessidade de proteção contra o poder⁴³.

Destarte, durante o movimento constitucionalista, buscou-se dar vazão à liberdade e à igualdade de todos perante a lei, traduzidas em direitos e deveres. Nesse contexto, todos são igualmente titulares de direitos, incluindo a liberdade. O limite é o direito alheio.

Vista inicialmente como valor natural a todo ser humano, a igualdade adquire força à medida que é construída sob a visão principiológica do Direito.

⁴¹ Id., p. 27.

⁴² Id., p. 28.

⁴³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional contemporâneo. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (Org.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 55.

Como comando jurídico inserido em uma Constituição formal, o Princípio da Igualdade aparece, expressamente, pela primeira vez nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1793, dando início ao constitucionalismo moderno.

Primeiro foram reconhecidas as liberdades públicas, por meio das Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789. Posteriormente foram definidas e positivadas como Direitos Fundamentais do Homem, especificamente a liberdade, a segurança e a propriedade.

A Constituição americana de 1787, promulgada no ano seguinte à independência dos Estados Unidos, não incluiu em seu texto uma Declaração de Direitos, limitando-se a abordar a temática *igualdade* ao discorrer sobre a abolição de títulos de nobreza, perdendo a oportunidade de tratar da questão da escravidão⁴⁴.

Importante ressaltar que, anteriormente, em 1776, mencionaram-se pela primeira vez, na Constituição do Estado da Virgínia, os ideais de igualdade: “todos os homens são por natureza livres e independentes”⁴⁵. Em 1780, a Constituição de Massachusetts, sob influência do Iluminismo e do Jusnaturalismo, adotou o Princípio da Igualdade de forma clara:

Todos os homens nascem livres e iguais e possuem determinados direitos naturais, essenciais e inalienáveis, de entre os quais se destaca o direito de gozar e defender a sua vida e liberdade, o direito de adquirir, possuir e proteger propriedades e, finalmente, o direito de obter a sua segurança e felicidade⁴⁶.

⁴⁴ Constituição dos Estados Unidos da América, art. 1º, seção 9: “No title of Nobility shall be granted by United States; and no person holding any office of profit or trust under them, shall, without the consent of the Congress, accept of any present, emolument, office, or title, of any kind whatever, from any king, Prince or foreign State”.

⁴⁵ *Virginia Bill of Rights, 1776*: “All men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”. V. DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 35.

⁴⁶ Constituição do Estado de Massachusetts, art. 1º, parte I: “All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among wick may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and Liberties; that of acquiring, possessing and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness” (disponível em: www.lonang.com/exlibris/organics/1780-mdr.htm. Acesso em 1.6.2007).

Assim, a síntese da igualdade do sistema norte-americano foi proposta nos seguintes termos: igualdade entre os homens desde o nascimento, direito de possuir propriedade e segurança e abolição dos privilégios.

Na França, como principal documento de transformação político-social e resultado da Revolução de 1789, a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* – declaração de princípios – estabeleceu a igualdade em seu artigo 6º⁴⁷: “Todos os homens são iguais perante a lei”. Na aplicação das leis, tal prefeito refletiu na abolição de privilégios, determinando a igualdade no acesso aos cargos públicos, na aplicação das penas e no pagamento de impostos.

Como direitos naturais do homem, o artigo 2º da Declaração Francesa aponta a *liberdade*, a *propriedade*, a *segurança* e a *resistência à opressão*⁴⁸. Não foi incluído o direito à igualdade como natural e imprescindível, pois, segundo John Locke, as principais metas do governo consistiam em manter a segurança das pessoas e a propriedade⁴⁹.

A queda da nobreza, o fortalecimento da burguesia e a implementação do Constitucionalismo trouxeram consigo o apogeu do Estado Liberal de Direito, abstencionista, de atividades limitadas.

Anos depois, a Constituição francesa de 1793 traria em seu Preâmbulo uma declaração de direitos inalienáveis, extensível a todos os cidadãos. O Governo deveria assegurar a todos, como direitos naturais, a *igualdade*, a *liberdade*, a *segurança* e a *propriedade*⁵⁰. Finalmente, o Direito francês reconheceu a igualdade, sob o enfoque principiológico, como direito natural e imprescindível ao cidadão.

⁴⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 6º: “Tous lês hommes sont égaux de la loi”.

⁴⁸ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, art. 2º: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sureté et la résistance à l’opression”.

⁴⁹ THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa: a árvore da liberdade*. Trad. Denise Bottmann. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. v. 1. p. 86.

⁵⁰ Guilherme Machado Dray. Op. cit., p. 42.

A igualdade perante a lei, segundo a qual todos fazem jus aos direitos de forma neutra e universal, desatenta às desigualdades reais e implantada sob o modelo liberal, gerou uma sociedade puramente individualista, na qual as relações civis, incluindo as de prestação de serviço, eram regidas segundo a autonomia da vontade das partes.

Destarte, os Direitos Fundamentais, neles incluído o direito à igualdade, foram inicialmente ofertados sob uma vertente negativa, como direito de defesa contra a ameaça do Estado à liberdade individual⁵¹.

O apogeu da burguesia, realçado pelas liberdades individuais, inclusive pelo que se entende hoje como relação de trabalho, retrata a opressão pela qual a grande maioria de pessoas excluídas passava. A burguesia era quem de fato dispunha dos instrumentos necessários para usufruir dos ditos Direitos Fundamentais.

A concepção liberal de igualdade de oportunidade, consagrada pelo Estado Liberal ou Burguês, consistia na titulação e na aplicação generalizada e uniforme do Direito. A construção da igualdade genérica e abstrata, traduzida no brocardo *todos são iguais perante a lei*, permitia que os homens desenvolvessem suas *qualidades pessoais* se possuíssem capacidade para tanto, independentemente de sua condição de vida e de suas possibilidades sociais.

Na França, a Carta Constitucional de 1814, em seu artigo 2º, determinava que todos os franceses deverão contribuir indistintamente para as despesas públicas, em proporção a seus haveres⁵².

Por fim, apoiadas no Constitucionalismo, que passou a tomar conta do Ordenamento Jurídico de parte dos Países europeus, várias Constituições

⁵¹ Id., p. 131.

⁵² ALBUQUERQUE, Martim de. Op. cit., p. 52.

adotaram a igualdade formal como direito dos cidadãos, como Alemanha⁵³ e Portugal⁵⁴. A título de exemplo, a Carta Constitucional portuguesa de 1826, em seu artigo 145, parágrafo 12, determina: “A lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”⁵⁵.

I.2.1.1 Críticas à Igualdade Formal

Inicialmente, o conceito de igualdade, traduzido em *igualdade perante à lei*, volta-se ao ideal de pôr fim aos privilégios ou distinções, donde todos deveriam ser tratados de forma igual pelo Estado. Assim, com base no Princípio da Igualdade, de aplicação genérica e abstrata, ninguém poderia ser tratado de maneira desigual, ainda que para beneficiar os menos favorecidos socialmente.

O Estado Liberal ou Burguês garantia, unicamente, a igualdade de tratamento, independentemente da situação específica de cada cidadão. Como não intervinha nas relações econômicas, não cabia ao legislador criar *desigualdades artificiais*, mesmo para impulsionar a desenvoltura das capacidades pessoais⁵⁶.

⁵³ Nas Constituições de Hesse-Darmstadt (1820) e da Baviera (1818), o Princípio da Igualdade perante a lei foi proclamado, nos termos da Revolução Francesa. V. DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 46-47.

⁵⁴ As quatro Constituições portuguesas da época liberal – 1822, 1826, 1838 e 1911 – consagraram o Princípio da Igualdade Jurídica, conforme a experiência francesa (DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 52).

⁵⁵ ALBUQUERQUE, Martim de. Op. cit., p. 55.

⁵⁶ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 57.

Norbert Rouland, ao discorrer sobre as minorias, o direito à diferença e à igualdade, assegura que

[...] a igualdade pura e dura dos primeiros textos revolucionários pouco viveu: tropeçava muito na realidade e em suas coerções sociológicas. [...] Pois entre 1789 e nossa época, notadamente sob a influência do marxismo, a idéia de justiça social mudou de conteúdo: o direito já não tem somente a missão de instaurar a igualdade cívica, mas deve compensar os efeitos mais gritantes das desigualdades de fato⁵⁷.

A visão do Princípio da Igualdade de forma linear, com tratamento equânime aos homens, é, na verdade, a oferta de direitos à burguesia, já que para os menos favorecidos não há condição para sua materialidade. Exemplo claro disso se mostrou durante o apogeu do liberalismo francês. Todos tinham, *formalmente*, direito à propriedade e à segurança. Na realidade, só quem usufruía dos referidos direitos era a burguesia, detentora de posses. A igualdade formal se traduz na mais pura fertilização à perpetuação das diferenças sociais e na exclusão dos desfavorecidos socialmente.

A idéia da igualdade implantada sob o primado da *igualdade perante a lei*, ou da igualdade formal, bandeira maior da Revolução Francesa, perdeu espaço quando se percebeu que para a implantação das liberdades públicas a todos seria necessário oferecer *efetividade substancial* ao Princípio da Igualdade, por meio da especificação do homem de acordo com suas peculiaridades e diferenças.

Diante da percepção de que a igualdade perante a lei é uma falácia, em decorrência das desigualdades reais, de natureza física ou social, o Estado viu-se obrigado a mudar seu comportamento perante os jurisdicionados, especialmente em sua atuação enquanto promotor de Direitos Sociais, cujo fundamento é a melhoria da condição de vida em sociedade.

⁵⁷ ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-305.

A igualdade como valor e como Princípio Jurídico, parafraseando Hannah Arendt (1906-1975), “não é um dado, mas um construído”⁵⁸. Não basta garantir a igualdade embalada na neutralidade perante a lei, desvinculada da obrigação de fazer.

O Direito à liberdade perde o valor quando não relacionado às condições materiais, pressupostos de seu usufruto. Destarte, a igualdade formal, abstrata, na prática se aplica unicamente a quem tem plena condição de escolher livremente.

Outrossim, o Princípio da Igualdade, sob o signo da *oportunidade*, assume importante papel também na efetividade da liberdade de escolha e conseqüentes responsabilidades no âmbito social.

Vale ressaltar que a igualdade para os desiguais resulta em discriminação para muitos, em decorrência das necessidades específicas. A diferenciação está na oferta e no acesso a oportunidade a todos e na inclusão social, fundamentada na justiça social e na democracia, objeto maior do Estado de Direito.

I.2.2 Igualdade Material

⁵⁸ No livro *As origens do totalitarismo*, essa autora afirma que os Direitos Humanos não são dados, mas construídos (ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: [s. e.], 1979. p. 10).

O final do século XIX foi marcado pelo início do Capitalismo, fomentado pela Revolução Industrial e conseqüente luta de classes.

O contexto econômico e social mudou radicalmente devido ao modo de produção em escala, e o tempo de trabalho sofreu profunda transformação em sua organização, conceito e estrutura.

Com o novo modo de produção, adveio acentuada divisão social entre patrões e trabalhadores, sendo estes últimos vistos como mercadoria em virtude do desequilíbrio entre a oferta e a procura de emprego causado pela nova forma de produzir. Tal momento histórico marcou o início do desemprego estrutural, inclusive pela substituição da energia humana pela termodinâmica.

Durante essa fase, trabalhadores, crianças e adultos laboravam em média 16 horas por dia, durante o verão⁵⁹. Nesse tempo, a jornada dos trabalhadores era medida de acordo com o nascer e o pôr do sol. Nesse panorama não havia respeito à dignidade do trabalhador como pessoa humana. O limite era a operacionalidade da máquina.

O silêncio constitucional em relação aos Direitos Sociais, já que os Direitos Fundamentais eram limitados aos Cíveis e Políticos, levou a maioria desfavorecida a reclamar por melhores condições de vida e de trabalho.

A busca pela liberdade passou a ser associada à igualdade social, sob o signo da solidariedade social.

Os *trade unions*, fortes instrumentos representativos, criaram força diante do elevado número de operários descontentes e desempregados,

⁵⁹ DOMINGUES, Marcos Abílio. *Regulamentação das horas extraordinárias no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998. p. 16.

provocando a desestabilização da sociedade diante da paralisação das atividades. A jornada de 8 horas foi objeto da primeira reivindicação⁶⁰.

Tal fase é apontada como a origem histórica do Direito Laboral⁶¹, quando primeiro se tomou consciência da necessidade de limitar o tempo de trabalho.

O Estado inglês promulgou então a primeira lei limitando a jornada em 10 horas, buscando conter as reivindicações trabalhistas, preservar a paz social e manter a capacidade produtiva do homem junto às máquinas.

Entendeu-se que na vida em sociedade não bastam as liberdades civis. Há relação entre direitos e a vivência em sociedade. Esta se vê em constante mudança e, conseqüentemente, crê na necessidade de proteger novos direitos criados no contexto histórico. Destarte, não bastavam (e não bastam) as liberdades civis: faz-se necessário que o Direito regule as novas situações de fato criadas pela mudança social.

Entram em cena os movimentos sociais, as organizações de trabalhadores, as teorias das doutrinas socialistas, a luta em prol da implementação de direitos ora negligenciados, tendo Karl Marx como o pensador emérito.

A Constituição mexicana de 1917 foi de fundamental importância para os Direitos Sociais. Inspirada no Constitucionalismo Social, que preconiza maior intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho, tratou *Das Garantias Individuais*, conciliando os direitos derivados das liberdades individuais

⁶⁰ GONÇALVES, Orestes Campos. Jornada de trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Estudos em homenagem a Célio Goyatá*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. 2. p. 289.

⁶¹ Ensina Mauricio Godinho Delgado que “[...] o Direito do Trabalho foi o grande instrumento que as democracias ocidentais mais avançadas tiveram de integração social, de distribuição de renda, de democracia social. Um poderoso e eficaz instrumento que conseguiu exatamente estabelecer uma forma de incorporação do ser humano ao sistema socioeconômico, em especial daqueles que não tenham outro meio de afirmação senão a própria força de seu labor” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Discriminação e exclusão social: as grandes maiorias e o Direito do Trabalho*).

com os Direitos Sociais; discorreu sobre a necessidade de *um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo*. Exerceu influência em diversos Países, inaugurando o Estado interventor nas relações de trabalho e oferecedor de proteção ao hipossuficiente por meio de normas obrigatórias que garantissem “menor” exploração do mais forte pelo mais fraco⁶².

Na Rússia, em 1917, os partidos socialistas, apoiados pela grande massa de trabalhadores descontentes, bem como na crença de que era preciso acabar com o Capitalismo e implantar o Socialismo, colocou em cena o maior movimento da história do século XX: a Revolução Russa ou *Revolução Bolchevique*. Vale a pena ressaltar que a idéia dos líderes bolcheviques consistia em proclamar um movimento do proletariado mundial, que havia de espalhar-se por outros lugares. A vitória russa representou apenas uma batalha⁶³.

Como consequência jurídica da Revolução Russa, além da criação da União Soviética, no ano de 1918 foi implantada a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador*, divisor de águas do papel assumido pelo Estado no que tange à necessidade de implementar direitos, até então não oferecidos à classe trabalhadora, adquirindo postura intervencionista em detrimento da abstencionista.

A história do século XX, após a Revolução Russa, representou a

Palestra realizada em Brasília entre os dias 29.3 e 1.4.2004. In: TST (Org.). *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004. p. 368).

⁶² O Título VI do referido Texto Constitucional dispôs acerca "Do Trabalho e da Previdência Social". O art. 123 enumerava, entre os direitos sociais: "[...] I) A duração da jornada máxima de trabalho será de oito horas; [...] III) É proibida a utilização do trabalho dos menores de 14 anos. Os maiores desta idade e menores de 16 anos terão como jornada máxima seis horas; IV) Por cada seis dias de trabalho, deverá o operário gozar, pelo menos, um dia de descanso; [...] XI) Quando, por circunstâncias extraordinárias, se deverem aumentar as horas da jornada, entregar-se-á como salário pelo tempo excedente 100% mais do que o fixado para as horas normais. Em nenhum caso, o trabalho extraordinário poderá exceder três horas diárias, nem três vezes consecutivas. Os menores de 16 anos e as mulheres de qualquer idade não serão admitidos nesta classe de trabalho" (MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1990. p. 249-250).

⁶³ Karl Marx e Lênin tornam-se ícones mundiais. Na Argentina, em 1918, movimentos revolucionários criaram partidos marxistas. No México, Emiliano Zapata e vários trabalhadores índios uniram-se em prol dos ideais sociais. Na China, em 1919, houve manifestações estudantis. V. HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 72.

[...] luta secular de forças da velha ordem contra a revolução social, tida como encarnada nos destinos da União Soviética e do comunismo internacional, a eles aliada ou deles dependentes⁶⁴.

O século XX abandonou o individualismo e abriu as portas para o solidarismo. Surgia o regime democrático e, com ele, o Estado Social de Direito, patrocinador dos Direitos Sociais, iniciados com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã, de Weimar, de 1919.

A Constituição de Weimar foi erigida durante a República de Weimar⁶⁵, após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, que ocasionou sérias turbulências econômico-sociais, e sob influência dos ideais do Socialismo. Inaugurou de forma incisiva⁶⁶, na Europa Ocidental, o interesse pelas questões sociais, sobretudo a necessidade de implementar tais direitos. Teve como mérito sua fundamental influência sobre o Constitucionalismo Ocidental como um todo, a inclusão dos Direitos Sociais – especialmente os Trabalhistas e Previdenciários e seu *status* como *Direitos e Deveres Fundamentais*.

O Estado Social de Direito, Estado de Bem-Estar Social, Estado-Providência, Estado de Direito Material ou *Welfare State*, traduzido na intervenção nas atividades econômicas, na implantação e na efetividade de prestações positivas – *Direitos Sociais* –, no intuito de minimizar as diferenças sociais, imbuído do Princípio da Solidariedade e traduzido na promoção da assistência e proteção às classes menos favorecidas, representou a busca pela justiça social, realizada por meio da igualdade material, essencial para o diminuir as desigualdades, sem perder de vista a preservação e a efetividade das liberdades públicas.

⁶⁴ Id., p. 63.

⁶⁵ A Constituição alemã de 1919 é chamada de *Constituição de Weimar*, porque foi aprovada em 11.9.1919 na cidade de Weimar.

⁶⁶ Outras Constituições européias, mas com bem menos expressão, como a da Suíça, de 1874, já haviam abordado a preocupação com a saúde dos trabalhadores, o trabalho infantil e a duração do trabalho (DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 74).

O Estado perdeu a postura de atuação mínima e ampliou seus poderes de atuação, suas responsabilidades, transformando-se em agente promotor, estimulador e assegurado de Direitos de Primeira e Segunda Dimensão. Destarte, os atos do Estado Social gravitavam em torno da pessoa humana. Daí a preocupação com a questão social.

A responsabilidade assumida pelo Estado acarretou a obrigação de criar mecanismos jurídicos que promovessem o bem-estar da nação quanto à promoção, em especial, dos Direitos de Segunda Dimensão.

Os Direitos Sociais, fundamentados na solidariedade social, têm como norte a promoção da igualdade material e a conseqüente implementação da Justiça Social, na medida em que, ao serem oferecidos pelo Estado, tanto por meio das Normas-Regras quanto das Normas-Princípios, proporcionam melhores condições de vida em sociedade. Dessa forma, o Estado Social de Direito implementa os Direitos Sociais como mecanismo para a consecução da igualdade material.

O Princípio da Igualdade ganhou força e passou a ser a norma condutora de toda a ordem jurídica, tanto no âmbito do Direito Público quanto no do Direito Privado.

Surgiram na França e na Alemanha, a partir de 1920, novas interpretações acerca do Princípio da Igualdade, constituídas sob a intenção de direcionar e vincular o Princípio também ao legislador, e não somente ao aplicador do Direito⁶⁷. Percebeu-se que a generalidade na aplicação da lei não é suficiente para ofertar igualdade a todos.

⁶⁷ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 67.

Segundo Duguit, doutrinador francês, a igualdade deve ser elaborada tendo em vista a velha fórmula de “tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as coisas desiguais”⁶⁸.

Por sua vez, Walther Burckhardt, destaque da doutrina alemã, também exalta a importância do Princípio da Igualdade, afirmando que, como Princípio geral e autônomo, a Igualdade comanda todo o Ordenamento Jurídico alemão, limitando inclusive os passos do legislador⁶⁹. Com isso, permitiu-se a este, de acordo com situações específicas e a razão justificada, criar leis que oferecessem tratamento diferenciado, dando vazão à igualdade material⁷⁰.

Posteriormente, também na Alemanha, Leibholz afirmaria que numa mesma ordem jurídica não há dois formatos de aplicação do Princípio da Igualdade – *formal e material*. Para esse autor, existe uma única igualdade, a material⁷¹.

A nova visão do Princípio da Igualdade constitui pressuposto essencial à democracia, sendo, para tanto, necessário limitar o arbítrio do Estado, especialmente em relação à discricionariedade legislativa.

O Estado perdeu, assim, a neutralidade, a postura de simplesmente proibir tratamento desigual entre pessoas. Passou a ser agente promotor da igualdade real entre estas, intervindo inclusive nas relações privadas, em favor do hipossuficiente.

O Princípio da Igualdade sofreu total mutação: deixou de lado a uniformidade para destacar a diferenciação de tratamento entre as pessoas, conforme suas realidades, traduzidas em especificidades e capacidades.

⁶⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: [s. e.], 1923. p. 659-660. Apud DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 68.

⁶⁹ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 76.

⁷⁰ Id., p. 77.

⁷¹ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 78.

A noção de igualdade é vista também sob a ótica do direito à diferença, o que não se traduz em direito à desigualdade social. Trata-se do direito a ser respeitado em face de suas características e opções pessoais. O direito à igualdade, ressalta-se, corresponde também ao direito a ser diferente, ao reconhecimento da identidade, e ao recebimento de tratamento digno, sem ser estereotipado ou obrigado a se enquadrar em determinado padrão, imposto pela sociedade. As pessoas não precisam ser consertadas para serem aceitas: elas são aceitas simplesmente como são.

A *igualdade material*, pressuposto essencial para a aplicação dos Direitos Sociais e para a implantação da democracia, impõe ao legislador a obrigação de promulgar normas que promovam a igualdade de condições. Tratar de forma igual pessoas iguais e dar tratamento diferenciado às pessoas com especificidades, após o reconhecimento de identidades e necessidades. O Princípio da Igualdade deixou de estar restrito às relações de Direito Público, abrangendo especialmente as relações de Direito Privado.

A nova visão da igualdade, sob o signo da *oportunidade*, foi implementada sob a junção das duas vertentes: igualdade formal para os pares, proclamada pelo Estado Liberal, e igualdade material, que tem como fio condutor a intervenção do Estado na promoção de oportunidades conforme as desigualdades factuais.

Há, portanto, respeito à meritocracia e à plena liberdade de escolha quando as partes são iguais quanto à capacidade jurídica; e igualdade material para promover condições de competitividade, *condições de partida e de oportunidades*, em atendimento às necessidades específicas de cada grupo de pessoas, quanto à educação e ao mercado de trabalho.

Não se trata de garantir a *igualdade de resultados*, já que esta depende do desenvolvimento de talentos e méritos pessoais, seja no campo educacional ou nas relações de trabalho. O Estado Social de Direito, ressalta-se, não é tutor de seus cidadãos; assim sendo, não lhe cabe o papel de órgão

condutor dos passos de cada jurisdicionado, garantidor do sucesso final, independentemente de méritos pessoais.

Ana Paula de Barcellos traça a diferença entre igualdade de chances e igualdade de resultados:

A igualdade de chances se opõe logicamente à igualdade de resultados. A igualdade de resultados imagina caber ao Estado assegurar, ou determinar, a condição final dos indivíduos na vida, com relativa indiferença para com a ação pessoal de cada um, e pressupõe um Estado totalitário ou, no mínimo, paternalista. A igualdade de oportunidades, diferentemente, entende que não cabe ao Estado definir a vida e as escolhas do indivíduo, mas assegurar que todos partam de condições iniciais mínimas capazes de permitir que cada um alcance o seu vó independentemente da autoridade pública⁷².

A igualdade de oportunidades pressupõe tratamento diferenciado, conforme as necessidades específicas de cada um. Para tanto, é essencial realizar comparações entre as condições e oportunidades entre os atores sociais, pois não cabe tratamento linear a todos.

Essencial reconhecer e identificar as capacidades e necessidades específicas, a fim de ofertar a cada um tratamento diferenciado. Quando o Princípio da Igualdade assegura que *todos são iguais perante a lei*, deve-se considerar tratamento igual a pessoas em condições iguais ao desenvolvimento das capacidades; e tratamento desigual, quando o tratamento igual agrava as desigualdades sociais.

Ronald Dworkin considera a *igualdade* como a *virtude soberana*, assegurando que sem ela o governo não passa de um tirano. A verdadeira

⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 180-181.

igualdade é a de oportunidades; o governo deve promover a igualdade material, denominada por ele *igualdade de recursos*⁷³.

Por sua vez, John Rawls chama a atenção para a necessidade de oferecer igualdade de oportunidades para pessoas de classes sociais distintas, fator essencial para a disposição de tentativa e alcance de posição social favorecida⁷⁴.

A idéia magistral é a oferta de um instrumento legal para proporcionar a igualdade de oportunidade, com a possibilidade de oferecer aos jurisdicionados “o mesmo ponto de partida”⁷⁵ e, a partir daí, cada um desenvolver seus próprios talentos.

Maria Glória F. P. D. Garcia afirma que “não se trata, pois, da igualdade perante a lei, mas da igualdade da lei ou através da lei”⁷⁶. Na igualdade perante a lei, a igualdade formal, todos são beneficiados por igual tratamento, sem distinção. Já na igualdade por meio da lei, portanto criada artificialmente, há sim a discriminação positiva, cuidando das especificidades, e a busca pela implementação da igualdade material.

Jorge Miranda ensina:

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porque nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*⁷⁷.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-XII.

⁷⁴ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 150-151.

⁷⁵ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 90.

⁷⁶ GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudo sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 64.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional; direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4. p. 103.

A igualdade material assume o fundamental papel de conduzir o Estado Social de Direito para a promoção do bem-estar comum, à medida que atenua as desigualdades sociais. Exige, para tanto, a criação de condições e institutos jurídicos, como as Ações Afirmativas, para que a todo ser humano seja oferecida a oportunidade de desenvolver habilidades e escolhas, necessária à vida digna.

A liberdade, no Estado Social de Direito, é também uma liberdade material, artificial, impulsionada pelo Estado e traduzida na possibilidade de escolha, rechaçada pela igualdade de chances.

Destarte, a igualdade de oportunidades, em total simbiose com a liberdade, deve ser proporcionada pelo Estado, já que a este cumpre promover e possibilitar a realização dos Direitos Fundamentais a todos os jurisdicionados.

I.2.2.1 A vertente negativa do Princípio da Igualdade – *Não Discriminação*

Discriminar advém do latim *discriminatione*⁷⁸, que significa distinguir uma coisa de outra, estabelecer diferenças, separar, segregar, desprezar, dar tratamento de inferioridade a alguém, causando-lhe prejuízo, sem considerar os méritos e talentos pessoais. Nada mais é do que excluir o indivíduo da sociedade, do meio de convívio, por puro preconceito – conceito prévio, opinião formada sem o devido conhecimento, e decorrente da ignorância. Intrinsecamente, há o medo, a insegurança e o repúdio ao aparentemente

diferente – com base em fatores como aparência, idade, cor, sexo, opção sexual, estado civil, raça, condição social, entre outros. Daí a necessidade de perpetuar o *status quo*, concebendo estereótipos a determinadas pessoas e implementando o signo da superioridade e sobreposição do *eu* em detrimento do *outro*.

Mauricio Godinho Delgado define a discriminação como “a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”⁷⁹. Com isso, aponta-se o caráter de paradigma de convivência harmônica que deve existir nas relações intersubjetivas.

Inicialmente, o sentido axiológico da *discriminação* era voltado a questões relativas à raça e ao gênero para, num passo adiante, ser vinculado também a outros motivos discriminatórios e ao tratamento das outras minorias.

Marzia Barbera classifica a discriminação e sua motivação de acordo com fatores naturais ou sociais do ser humano. Segundo a autora, fatores naturais são imutáveis e estão relacionadas às escolhas individuais, portanto não dizem respeito à vontade pessoal: o sexo (exceto a opção sexual), a raça, a origem étnica, a cor da pele. Por sua vez, fazem parte da categoria de fatores sociais a religião, o estado civil, a opinião política e a adesão a determinada entidade sindical. Ressalte-se que todos os fatores sociais são fruto da opção de cada um, e têm a característica da mutabilidade⁸⁰.

Merece destaque o fato de que tanto a discriminação quanto o preconceito, exercidos em razão de fatores *naturais* e *sociais*, são desencadeados por meio da dominação e da exclusão de algumas pessoas sobre

⁷⁸ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. p. 80.

⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 97.

⁸⁰ BARBERA, Marzia. *Discriminazioni en eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1991. Apud: LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 122-123.

outras; daí sua total vinculação com fatores econômicos, causando danos, especialmente às camadas menos favorecidas – os *grupos vulneráveis*.

Releve-se também o fato de que a terminologia *grupos vulneráveis* remonta à idéia de pobreza, exclusão – fatores de natureza econômica, natural e social⁸¹.

Afirma Celso de Albuquerque Mello que “só se discrimina aquele que na escala econômica e social se encontra entre os desfavorecidos”⁸². Isso se mostra claro na medida em que os economicamente desfavorecidos não têm acesso aos bens sociais.

A igualdade e a não discriminação são signos que tramitam de forma simbiótica. A idéia de tratamento isonômico gera a proibição de tratamento discriminatório. Em conseqüência, está presente o desrespeito ao Princípio da Igualdade; a discriminação fica caracterizada, ainda que de forma indireta. Assim, sempre que se fala em Princípio da Igualdade, este deve ser associado a sua vertente negativa – Não Discriminação.

A construção da vertente negativa do Princípio da Igualdade deriva da própria axiologia do direito ao tratamento isonômico. Enquanto o Princípio da Igualdade é o coração de todo o sistema jurídico, sua vertente negativa – *não discriminação* – é o sistema nervoso central, que irradia e conduz a Norma-Regra. Assim sendo, o Princípio da Não Discriminação não é mero apêndice, mas parte integrante do Princípio da Igualdade, sob o qual não há equivalência de tratamento.

Destaque-se a definição ofertada por Mauricio Godinho Delgado:

⁸¹ LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90.

⁸² MELLO, Celso D. de Albuquerque. Prefácio. In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de *resistência*, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um *piso de civilidade* que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. Ele ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si⁸³.

Atento à necessidade de garantir a igualdade de tratamento a todos, no que tange aos direitos e obrigações, percebeu-se que é essencial à aplicação material do Princípio da Igualdade a garantia de que ninguém será discriminado ou privado de qualquer direito em razão de sexo, cor, idade, estado civil ou opção sexual, entre outros.

A técnica de não discriminar vincula-se ao aparato legal de tratamento isonômico. Tratar a todos igualmente, sem distinção, pressupõe, à primeira vista, não realizar qualquer comparação entre pessoas.

Em segundo plano, não discriminar se traduz em oferecer tratamento especial às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, buscando capacitá-las ao exercício dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sob o aparato legal da igualdade substancial. Assim, o Princípio da Igualdade tem como desdobramento, além da obrigação de diferenciar o tratamento para proporcionar igualdade jurídica e dar vazão às necessidades específicas, a proibição da discriminação.

O formato do ato discriminatório tem ainda a característica de ação neutra, quando a legislação, indiferente às necessidades particulares das pessoas inseridas nos grupos vulneráveis, não implementa a possibilidade de inserção de direito aos referidos grupos.

Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 753.

[...] também podem ser enquadradas na modalidade “discriminação na aplicação do Direito” aquelas hipóteses em que a lei ou ato normativo de regência de uma determinada relação jurídica, embora “facilmente neutro”, isto é, vazado em linguagem destituída de qualquer conotação discriminatória, pode no entanto ter sido “concebido” com o propósito não declarado de prejudicar um determinado grupo social⁸⁴.

José Joaquim Calmon de Passos interpretou bem a vinculação entre tratamento diferenciado e discriminação: “Se trato desigualmente os iguais, discrimino. Se trato igualmente os desiguais, discrimino”⁸⁵.

Vale ressaltar que as Constituições ocidentais, após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram a oferecer destaque aos Direitos e Garantias Fundamentais, especialmente ao Princípio da Igualdade, vinculado ao Princípio da Não Discriminação. Dentre estas, a Constituição italiana de 1947⁸⁶, a francesa de 1958⁸⁷, a portuguesa de 1976⁸⁸ e as atuais Constituições dos Países da América Latina⁸⁹.

Importante esclarecer ainda que, embora haja variações nas Constituições, bem como nos Tratados Internacionais, algumas mais expressivas do que outras quanto à proibição de discriminação por motivos específicos, estes últimos são eminentemente exemplificativos.

⁸⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 27.

⁸⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. O Princípio da Não Discriminação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, maio 2001, v. 1, n. 2, p. 3. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 10.10.2003.

⁸⁶ Constituição italiana de 1946, art. 3º, § 1º: “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais”. V. DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 98).

⁸⁷ Constituição francesa de 1958, art. 2º: “A igualdade diante da lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, raça ou de religião, respeitadas todas as crenças” (DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 98).

⁸⁸ Constituição portuguesa de 1976, art. 13º: “§ 1º: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. § 2º: 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”.

⁸⁹ Todas citadas no corpo deste trabalho.

O legislador se preocupa com os fatos iminentes na época da construção jurídica, buscando adaptar a legislação à realidade social. Assim, qualquer razão para o preconceito e a nova roupagem da discriminação deve ser combatida, ainda que não esteja expressa sua proibição.

O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico Ocidental é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, agregado ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação. Assim sendo, não cabe aceitar qualquer forma de discriminação, ainda que o aparato jurídico não lhe faça referência textual.

Assim, toda e qualquer discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dicção imposta pelos Estados de que *todos são iguais perante a lei*, e gozam dos mesmos direitos e obrigações, tem como sentido a idéia de que todas as pessoas têm a mesma importância para a sociedade. As pessoas são diferentes em relação às aspirações, condições sociais e físicas, aptidões e capacidades, gênero, cor, idade, entre outros tantos fatores. Mas toda e qualquer diferença que exista entre as pessoas não as torna mais ou menos importante para o Ordenamento Jurídico; a razão do Princípio da Igualdade e Não Discriminação é o ser humano com vida. E este, no que diz respeito a fatores biológicos, independentemente de sua nacionalidade, é igual em qualquer tempo e parte do mundo.

À vista dessas razões, com base na percepção de que o homem é um ser insubstituível, de que não há valoração alguma para o pagamento de sua existência, enxergou-se que todas as pessoas são iguais quanto à existência humana, sendo a maior manifestação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana “o direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, o direito de ter direitos iguais aos de todos os demais”⁹⁰.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 118.

Hannah Arendt, ao tratar do duplo aspecto da igualdade e diferença da condição humana, afirma que,

[...] se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferísse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazer entender⁹¹.

Todo *homo sapiens*, em sua condição de total vitalidade, é dotado da razão e, por isso, tem como um dos maiores patrimônios da humanidade a liberdade de escolha, que representa sua identidade pessoal. Conseqüentemente, o respeito à diversidade de idéias e ao multiculturalismo concentra-se na equivalência de valores aos seres humanos.

Assim sendo, não cabe qualquer distinção, exclusão, dominação ou valoração do ser humano baseada no gênero, raça, cor, opção sexual, condição física ou aparência, ou qualquer elemento que conduza à discriminação de um homem sobre outro, já que o único requisito para ser detentor de direitos, em especial à vida digna, é a existência humana.

I.2.2.2 Ações Afirmativas

⁹¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 188.

Há duas formas de combater a discriminação: o sistema geral de proteção, ou modelo repressor, clássico; e o sistema especial de proteção, destinado aos grupos vulneráveis, por meio das Ações Afirmativas.

Por meio do modelo repressor⁹² ou da política neutra, o Estado edita normas constitucionais e infraconstitucionais com o fito de proteger os jurisdicionados, proibindo a discriminação nos âmbitos público e privado e gerando, como consequência de seu desrespeito, sanções de natureza civil, trabalhista e penal.

Na estrutura da idéia clássica de proibição da discriminação, todas as pessoas são tratadas de forma igual, sem levar em consideração as peculiaridades de cada agente.

É sabido que a aplicação do modelo repressor isolado não é suficiente para proporcionar a inclusão de muitos: necessária sua aplicação juntamente com o modelo de inclusão, capaz de proporcionar maior campo de aplicação aos Direitos Sociais.

O modelo de inclusão, política positiva, cujo instrumento jurídico é a Ação Afirmativa, fundamentada sobretudo no Princípio da Solidariedade, impõe ao Estado a tarefa de promulgar normas, de aplicação nos âmbitos público e privado, cujo objeto é a integração social de pessoas pertencentes aos grupos excluídos, em razão das desigualdades construídas – *econômicas, sociais e culturais* –, bem como de possíveis desigualdades físicas.

A política de inclusão social tem como mérito a percepção de que não basta instituir normas de cunho inibitório para proteger e incluir pessoas consideradas hipossuficientes. É preciso dar vazão à política integrativa, promover as capacidades das pessoas incluídas nos grupos vulneráveis e possibilitar a igualdade de chances de sucesso no contexto econômico e social.

⁹² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004. p. 96.

Affirmative action para os americanos, *Employment equity* para a legislação do Canadá e da África do Sul; *Positive action* (ação positiva), termo utilizado na Europa, *diversity management* (gerenciamento para diversidades), discriminação positiva, discriminação reversa e, finalmente, medidas especiais de proteção. Terminologias adotadas que têm a mesma acepção: instrumento jurídico de transformação social.

As Ações Afirmativas tiveram destaque, inicialmente, por meio das políticas de cotas destinadas aos negros nos Estados Unidos da América, como forma de combate à segregação racial.

Em 1954, a Suprema Corte americana decidiu, no caso *Brown versus Board of Educacion*, acabar com a doutrina do *equal but separate*, assegurando a inconstitucionalidade de classificações raciais quanto às escolas⁹³. A partir daí, vários presidentes tomaram a iniciativa de instituir políticas de integração dos negros, tanto no que diz respeito ao ensino superior quanto em relação ao emprego.

Em 1963, o Presidente americano John Kennedy editou a *Executive Order* n. 10.925, na qual se utilizou a terminologia *affirmative action*⁹⁴. Em 1965, o *Estatuto dos Direitos Civis* dos Estados Unidos criou o programa de ação afirmativa a ser implementado por meio de ordem judicial. Constatada, após a denúncia, discriminação em determinada empresa, o juiz ordenava que o empregador, além de pôr fim ao ato discriminatório, implementasse política afirmativa. Assim, toda vez que a empresa contratasse empregado do sexo masculino e de cor branca, deveria necessariamente contratar empregado negro. O mesmo se diga em relação às mulheres: sempre que a empresa contratasse

⁹³ Crianças negras só podiam estudar em escolas reservadas à sua raça (GARCIA, Maria Glória F. P. D. Garcia. Op. cit., p. 24).

⁹⁴ O Presidente Kennedy determinou, mediante decreto executivo, que *Ações Afirmativas* fossem implantadas para promover a inclusão do negro no sistema educacional de qualidade, devendo as universidades levar em consideração o fator raça no processo de admissão de seus alunos (GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 103).

pessoas do sexo masculino era obrigada a contratar mulheres, até atingir um número expressivo de representantes das minorias sociais na empresa⁹⁵.

Em 1965 foi instituído o Decreto Executivo n. 11.246, pelo então Presidente americano, Lindon Johnson, determinando que todo empregador privado incluísse pessoas inseridas nos grupos vulneráveis em seu quadro de empregados, e permitir o progresso na carreira, como condição para a celebração de qualquer contrato com a Administração Pública⁹⁶.

Percebeu-se que a postura do Estado quanto à aplicação e ao efeito do Princípio da Igualdade, sob o modelo da neutralidade, como forma de reprimir os atos discriminatórios, não dava vazão à inclusão das camadas sociais menos favorecidas. Com isso, o Estado, no intuito de minimizar os efeitos da exclusão social, adotou postura ativa, necessária à implantação de políticas de inserção dos grupos vulneráveis, no que diz respeito ao ambiente laboral e à educação superior.

Joaquim B. Barbosa Gomes define Ações Afirmativas como

[...] o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁹⁷.

Ações Afirmativas ou discriminação positiva são políticas compensatórias, temporárias, que objetivam acelerar o alcance da igualdade substantiva em detrimento das desigualdades de fato existentes. Destinam-se aos grupos vulneráveis, aplicadas ao ambiente público e privado, em especial no ensino e no mercado de trabalho. São, portanto, instrumentos de transformação, pois proporcionam a inclusão social.

⁹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 58-59.

⁹⁶ Id., p. 54.

⁹⁷ Id., p. 40.

As discriminações positivas têm por fundamento ético a *Justiça Distributiva e a Justiça Compensatória*.

A Justiça Distributiva reflete como ideal o pressuposto de que o homem só é inserido na classe menos favorecida porque não teve acesso aos Direitos Sociais, devido a sua condição econômica, gerada, por sua vez, pela omissão do Estado e pela discriminação sofrida. Por isso, deve haver uma política de *redistribuição de bens e benefícios entre os membros da sociedade*⁹⁸.

A Justiça Compensatória, por sua vez, fundamenta-se na idéia de corrigir erros do passado de discriminação que atingiu grupos vulneráveis⁹⁹. Fala-se, assim, em promover a *reparação* ou a *compensação* por injustiças cometidas contra os antepassados das pessoas pertencentes às minorias sociais¹⁰⁰.

Joaquim Barbosa Gomes cita a *Teoria do Impacto Desproporcional*, aplicada ao Sistema Jurídico norte-americano, como a proibição de qualquer prática, por parte de pessoa jurídica de Direito Público e de Direito Privado, cujos efeitos gerem desproporcional incidência sobre as categorias de pessoas menos favorecidas, embora não intencionalmente¹⁰¹. A tradução para essa teoria é a discriminação indireta e freqüente que muitas mulheres e negros sofrem no ambiente de trabalho – exercem sempre cargos subalternos, independentemente da capacidade e do mérito para o exercício de cargos de destaque.

⁹⁸ O Brasil é hoje a sexta maior nação do mundo em concentração de renda. Entre as 5 nações à frente encontram-se Países da África, como Serra Leoa e Suazilândia. Reflexo disso é que 4.682 municípios e 26 dos 27 Estados brasileiros tiveram agravada sua situação de indigência. (O *Globo*, 3 out. 2003).

⁹⁹ Na Administração Pública brasileira, o Ministério do Desenvolvimento Agrário foi o primeiro a promover uma ação afirmativa. A Portaria n. 25, de 21.1.2001, assegura que a contratação e a continuação de serviços ao MDA/INCRA deverão ser precedidas de comprovação de cunho social/afirmativo. O mesmo Ministério editou a Portaria n. 33, de 8.3.2001, determinando que até 2003 pelo menos 30% dos cargos em direção deveriam ser ocupados por mulheres. O Ministério da Justiça editou a Portaria n. 1.156, de 20.12.2001, assegurando que os cargos de confiança deverão ser preenchidos por 20% de negros, 20% de mulheres e 5% de portadores de deficiência.

¹⁰⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 62.

¹⁰¹ Id., p. 24.

Destarte, as Ações Afirmativas enfrentam as seguintes questões: compensar discriminações já sofridas por determinado grupo, cujo fundamento é a Justiça Compensatória; e oferecer oportunidades, por meio da redistribuição de bens, aos grupos excluídos pela sociedade vigente, com base na Justiça Distributiva. Pode-se afirmar que Ações Afirmativas encerram, portanto, a implementação das Justças Distributiva e Compensatória.

Representam a postura ativa do Estado, tanto no campo do Poder Executivo quanto no do Legislativo, o ato de dar importância especial aos fatores sociais e grupos marginalizados, oferecendo a oportunidade de minimizar as diferenças sociais por meio de quotas destinadas a grupos específicos.

Pode-se agregar, ainda, a necessidade de enfrentar o elemento diversidade de idéias, valores, cultura, religião, modos de percepção de mundo, nas relações intersubjetivas, incluindo as de trabalho, como alicerce para o crescimento e o avanço da sociedade mundial.

Pensar em discriminações positivas não consiste em enxergar o próximo como incapaz e oferecer tratamento piedoso, ou ter sentimento abstencionista, no sentido de entender que o Estado, juntamente com o esforço pessoal, são os únicos responsáveis pelo destino de cada um. Implementar Ações Afirmativas, inclusive na seara das relações privadas, é também aceitar o próximo como sujeito de direito, e cujas diferenças devem ser respeitadas.

No que tange à vigência das ações afirmativas, estas são medidas temporárias, que devem perdurar enquanto permanecerem as desigualdades sociais e econômicas dos grupos a que se destina o instrumento jurídico. O tratamento especial oferecido às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis busca romper com o círculo vicioso de perpetuação da desigualdade e discriminação formal e informal.

Outrossim, quando os obstáculos forem superados e aos hipossuficientes for ofertada igualdade de chances (o que é o objeto das Ações

Afirmativas), pode-se pensar em suspender a aplicação do referido instrumento jurídico.

Há que pensar na especificidade das medidas especiais destinadas às pessoas portadoras de deficiência. A vulnerabilidade destas decorre da ordem fisiológica, independentemente de fatores sociais aos quais estejam vinculados. Não há pensar na suspensão das Ações Afirmativas, já que sempre será necessária sua aplicação para a inclusão das pessoas portadoras de deficiência.

As Ações Afirmativas são, destarte, os instrumentos jurídicos que dão efetividade ao princípio da igualdade material, e buscam romper com o círculo vicioso de exclusão das minorias sociais.

Importante frisar que as razões e o grupo-alvo que pautam as Ações Afirmativas variam de acordo com circunstâncias nacionais e até regionais, já que não é homogêneo o motivo de determinado grupo ser considerado minoria ou hipossuficiente.

Nos Estados Unidos, de acordo com o Decreto Executivo n. 11.246/65, o grupos-alvo a quem são dirigidas as Ações Afirmativas são as minorias raciais, mulheres, veteranos da guerra do Vietnã e pessoas portadoras de deficiência. Por sua vez, no Canadá, conforme a Lei sobre a Igualdade no emprego, os grupos-alvo são as mulheres, minorias raciais, aborígenes e pessoas portadoras de deficiência¹⁰². Na Índia as Discriminações Positivas são destinadas às castas e tribos designadas, conforme sua Constituição¹⁰³. Na África do Sul, destinam-se aos negros, mulheres e portadores de deficiência, de acordo com a Lei sobre a Igualdade no Emprego, de 1998. Na Irlanda do Norte dirigem-se à

¹⁰² TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT/Brasil, 2005. p. 14.

¹⁰³ Id., *ibid.*

minoria católica, de acordo com o Decreto sobre tratamento igual em material de emprego¹⁰⁴.

No que tange às relações de trabalho, além do respeito à não discriminação, as Ações Afirmativas podem ser a mola-mestra no processo de inclusão social. É possível pensar em promover a inclusão dos grupos vulneráveis nas relações de trabalho, implementando a igualdade material.

Na fase pré-contratual, ou seja, durante a seleção dos funcionários, o empregador deve destinar um percentual de vagas aos grupos vulneráveis, como mulheres, negros, idosos e pessoas portadoras de deficiência.

O empregador deve estabelecer, inclusive, por meio de programa de metas, um percentual homogêneo de homens e mulheres nos postos de trabalho, bem como nas diversas funções.

O ideal é que as empresas, cumprindo sua função social, promovam ações Afirmativas por meio de quotas, estabelecendo cronogramas de inclusão de pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, mediante a contratação, o treinamento e a promoção, levando em consideração os respectivos méritos e talentos.

Importante ressaltar que as Ações Afirmativas têm por objeto central a inclusão social e a transformação. Para tanto é essencial não apenas oferecer postos de trabalho onde não há perspectiva de progresso: é preciso respeitar o talento das pessoas incluídas nos grupos vulneráveis e, de acordo com as habilidades pessoais, inseri-las nos cargos de destaque.

¹⁰⁴ TOMEI, Manuela. Op. cit., p. 14. V. também Oficina Internacional del Trabajo. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos en el trabajo. Genève: Oficina Internacional del Trabajo, 2007. p. 69.

Em alguns Países, as empresas que empregam número considerável de funcionários são obrigadas a entregar ao Poder Público relatórios anuais informando sobre a representação das minorias sociais em seus quadros.

No Canadá, a título de exemplo, foi adotado em 1986 e aprimorado em 1995 – o *Equal Employment Act*, determinando que os empregadores do setor privado, ligados às agências do Governo Federal e que tenham mais de 100 empregados, devem entregar, anualmente, relatórios informando sobre a representação dos grupos vulneráveis, o tipo de ocupação dessas pessoas, sua faixa salarial, suas metas e os cronogramas relacionados à inclusão¹⁰⁵. Ressalte-se que o desrespeito aos preceitos elencados no *Equal Employment Act* enseja multa administrativa entre 10 e 50 mil dólares canadenses e a proibição de participar de outras licitações¹⁰⁶.

Nos Estados Unidos, empresas prestadoras de serviço ao Governo Federal que tenham mais de 50 empregados e contrato de, no mínimo, 50 mil Dólares devem implementar Ações Afirmativas, por meio de um plano quinquenal de metas e cronogramas, detalhando a maneira de gerir referido instrumento jurídico. O resultado desse programa é o número de trabalhadores que se beneficiam das Ações Afirmativas: 27 milhões de trabalhadores e 250 mil empresas¹⁰⁷. A pena pelo desrespeito à obrigação de implementar Ações Afirmativas pode resultar no cancelamento de contratos existentes, na retenção de pagamentos e no impedimento de participar de futuras licitações¹⁰⁸.

Na Europa tem crescido, desde 2001, a vinculação entre contratação pública e política de igualdade de tratamento, por meio das Ações Afirmativas, nas relações de trabalho.

No Reino Unido e na Irlanda do Norte, é requisito de qualificação das empresas licitantes o cumprimento de normas em matéria de igualdade nas

¹⁰⁵ TOMEI, Manuela. Op. cit., p. 19.

¹⁰⁶ Id., p. 25.

¹⁰⁷ Id., p. 23.

¹⁰⁸ Id., p. 25.

relações de trabalho e a possibilidade de promover ações em prol da igualdade¹⁰⁹. Durante a vigência do contrato, a empresa fica obrigada a manter medidas de cunho antidiscriminatório, entre elas Ações Afirmativas de inclusão de pessoas de grupos vulneráveis, como as de origem étnica diferente.

Por fim, a idéia de *universalidade* forma o sustentáculo das Ações Afirmativas, porque todos os seres humanos têm o *direito a ter direitos*. Assim, as Ações Afirmativas são os principais instrumentos de transformação e inclusão social, e uma das formas de proporcionar oportunidades às pessoas ora marginalizadas.

I.2.2.3 A vinculação dos particulares ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação

A partir da positivação dos Direitos Sociais, percebeu-se que o Princípio da Igualdade e Não Discriminação vincula não só o Estado, mas também as entidades públicas e privadas, assim como as pessoas físicas; na medida em que a igualdade jurídica tem como destinatários todos os cidadãos, seja estes inseridos em relações com pessoas de Direito Público, ou com pessoas de Direito Privado.

O Princípio da Igualdade norteia todos os passos do Estado e seus Poderes. O Judiciário, ao julgar qualquer lide, deve manter o foco na igualdade material entre as partes, na hipossuficiência dos atores sociais, inclusive no que tange à produção das provas. Por sua vez, o Poder Executivo, em todos os seus atos, deve manter o respeito à equivalência de tratamento aos direitos e deveres dos particulares.

¹⁰⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo*, cit., p. 74.

O legislador tem como norte, no momento da criação da Norma-Regra, o ideal de justiça traduzido no Princípio da Igualdade, sobretudo na promoção da igualdade de oportunidades a todos, no sentido de tratar de forma igual pessoas em condições semelhantes e de forma dessemelhante pessoas em situações diferentes.

Os Direitos Fundamentais, incluindo os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, têm aplicação, inclusive, nas relações privadas. O Estado não é o único destinatário dos regramentos. Ao criar normas, surge a obrigação para todos os jurisdicionados, inclusive aos particulares, de respeitar o comando de proibição de discriminação, bem como de aplicar regras condutoras da igualdade de oportunidades.

Os Direitos Sociais, ressalte-se, são desrespeitados pelo Estado de forma comissiva e omissiva. Também, na mesma intensidade, pelas pessoas de Direito Privado, em suas relações intersubjetivas.

A eficácia dos Direitos Fundamentais, portanto, do Princípio da Igualdade, não se restringe às relações entre Estado e particulares: é dirigida e tem efeito jurídico em todas as relações privadas. Seu comando jurídico se dá quando os sujeitos de Direito Privado devem respeitar seus preceitos, inclusive o sistema de valores, especialmente aos Princípios condutores do Ordenamento Jurídico Constitucional Ocidental: os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação.

Os Direitos Fundamentais, destarte, inseridos nos textos legais, e em total harmonia com o sistema de valores, incluindo a igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana, assumem o papel de promotores da inclusão social.

Conforme o raciocínio de Guilherme Machado Dray,

[...] a defesa da eficácia directa ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, preconizada por parte da doutrina alemã, parte precisamente da constatação, acima enunciada, de que os indivíduos não estão apenas expostos a uma ameaça proveniente do Estado, mas também de grupos e poderes sociais, de natureza privada, detentores de um poderio social e económico susceptível de ameaçar, tal como o Estado, a liberdade individual dos indivíduos que com eles se relacionam¹¹⁰.

Decerto que alguns autores, como Konrad Löw¹¹¹, defendem a tese da não vinculação dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, do Princípio da Igualdade e Não Discriminação às relações privadas. Segundo Durig, doutrinador alemão, não se pode falar em vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, pois isso causaria um choque com a autonomia privada e o direito à liberdade contratual¹¹². Para essa corrente, os Direitos Fundamentais somente são ofertados diretamente pelo Estado, mas indiretamente pelos particulares, quando assegurados por meio da *mediatização* exercida pelos Princípios Gerais da Ordem Pública, da Boa-Fé ou dos Bons Costumes.

O Princípio da Igualdade, como Direito Fundamental, busca promover a igualdade substancial entre os homens, principalmente porque, na maioria das vezes, a liberdade contratual é meramente formal. Há, com isso, a necessidade de proteger o ser humano, especialmente quanto a sua dignidade. Conseqüência jurídica é a limitação à liberdade contratual e a obrigação, para as entidades públicas e os particulares, de respeitar os direitos ofertados pelo Estado Social de Direito, sobretudo a igualdade material.

Os Direitos Fundamentais, especialmente o direito à igualdade, em sintonia com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não são simplesmente direitos de que o homem dispõe em face do Estado. Os poderes

¹¹⁰ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 142.

¹¹¹ LÖW, Konrad. Die Grundrechte. München, 1977. Apud DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 146.

¹¹² DURIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschewürde. Entwurf eines Praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetz. Archiv des öffentlichen Rechts, 81, 1956. Apud DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 145.

sociais, sobretudo diante da globalização econômica, são os principais infratores da ordem social perante a relação de domínio. O conteúdo jurídico dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade não podem ser suprimidos na esfera privada, razão por que o comando legal relativo aos Direitos Fundamentais, especialmente o Princípio da Igualdade, deve ser aplicado também pelos sujeitos de Direito Privado.

Hodiernamente, na maioria das Constituições escritas, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação encontra-se positivado na parte em que são ofertados os Direitos Fundamentais, tendo ambos eficácia *erga omnes*, traduzidos em Princípio condutor de toda relação intersubjetiva.

Merece destaque a legislação portuguesa quanto à *força jurídica* dos Direitos e Deveres Fundamentais. Conforme o artigo 18º, parágrafo 1º, da Constituição portuguesa, “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹¹³.

A igualdade, como valor material e maior expressão da equidade, é traduzida para o Sistema Jurídico como Norma-Princípio que vincula todo ser humano, não unicamente em sua expressão de direito subjetivo, mas como obrigação que deve ser respeitada.

Resta saber se, no Sistema Constitucional, há hierarquia de valores entre igualdade e liberdade, desenvolvidos sob a forma de Princípios, na hipótese de antinomia jurídica.

A liberdade, como Direito Fundamental, não é ilimitada, tampouco absoluta, desprovida de qualquer critério de adequação e respeito ao direito alheio, traduzido na igualdade jurídica e na dignidade da pessoa humana.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 17.

Parcela dos Direitos Fundamentais, à exceção de alguns, como o direito de não ser escravizado, torturado e o de não sofrer discriminação, sofre limitação em maior ou menor intensidade à medida que deve, para sua máxima eficácia, ser harmonizado com todos os outros Direitos Fundamentais.

Guilherme Machado Dray chama a atenção para a harmonização dos signos liberdade e igualdade:

[...] as pessoas, enquanto pessoas, têm como principal qualidade a faculdade de se autodeterminarem e de se desenvolverem livremente, sendo este um axioma inabalável. Mas, dado que vivem em comunidade, o reconhecimento da sua liberdade só se torna possível se reconhecermos uma igualdade de tratamento com todos os sujeitos da coletividade. Só assim se preservará a sua dignidade como ser humano, sendo esta, em última instância, o valor fundamental da sociedade contemporânea. Assim, o papel da igualdade será o de reconhecer a todos a mesma dignidade e a mesma liberdade. Igualdade e liberdade, atuando em sentidos opostos, não se opõem, antes se complementam. A igualdade só existe entre homens livres e a liberdade implica a igualdade. Os dois princípios estão, assim, indissoluvelmente ligados e, ao invés de se oporem, complementam-se. Resta, pois, saber de que forma¹¹⁴.

O Princípio da Autonomia da Vontade, corolário do direito à liberdade, coordena as relações civilistas. Hodiernamente, aplica-se, sem perder de vista o Princípio da Igualdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, diante da vulnerabilidade de uma das partes.

Há necessidade de harmonizar os valores da liberdade com os da igualdade. Os Direitos Cíveis e Políticos não se sobrepõem aos Econômicos, Sociais e Culturais; não há hierarquia entre eles, mas aplicação conjunta e dependente, já que o Estado Social busca proporcionar condições jurídicas e sociais à efetividade dos direitos à liberdade e igualdade.

A autonomia privada, desenvolvida na liberdade de contratação e pactuação de cláusulas contratuais, sofre limitação a partir de sua necessária

¹¹⁴ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 181.

adaptação aos preceitos da dignidade da pessoa humana e igualdade material, como Direitos Fundamentais.

Tanto o Direito Civil quanto o Direito do Trabalho, cujos atores sociais são agentes capazes de criar fontes autônomas e de reger suas relações privadas – como o contrato, a convenção coletiva e o acordo coletivo, estes dois últimos específicos da relação trabalhista –, têm por fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob a forma de limitação da liberdade contratual e do arbítrio.

O Direito do Trabalho, que sempre teve como objeto a proteção do trabalhador, diante de sua hipossuficiência, inserido em relação desequilibrada, na qual o empregador tem o poder diretivo, enquanto aquele possui o dever de subordinação, ganha fundamentação de peso para maior proteção à parte mais débil – o trabalhador –, com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A necessidade de respeito ao Princípio causa verdadeira limitação na liberdade de gestão, abarcada no poder diretivo do empregador, especialmente em relação à liberdade de contratação e dispensa, quando proíbe qualquer ato motivado por discriminação, gerando como consequência a nulidade de cláusulas contratuais contrárias aos direitos trabalhistas.

O contrato de trabalho representa, por sua própria natureza, uma relação desigual. A liberdade contratual do trabalhador se reduz à vontade-necessidade de ingressar ou não na relação laboral, mediante contrato de adesão, cujas condições contratuais são impostas pelo potencial empregador. O trabalhador, hipossuficiente economicamente, muitas vezes se vê obrigado a aceitar os abusos cometidos em nome do poder diretivo e disciplinar, donde sua real necessidade de subsistência se sobrepõe a seu direito de resistência.

Para tanto, o Estado Social de Direito busca proteger a parte mais débil da relação, promovendo os Direitos Fundamentais, sobretudo a igualdade

material, vinculando a tais direitos os particulares que participem de qualquer relação intersubjetiva.

I.2.3 Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho

A relação de trabalho é campo fértil para discriminações. O tomador de serviços – empregador – tem a faculdade de escolher o trabalhador que irá contratar para exercer atividades conforme sua orientação, de acordo com seu *jus postulandi*. Com isso, diversas pessoas podem ser discriminadas antes de apresentar suas qualidades essenciais ao cargo; ou não recebem salário igual ao de seu paradigma, em razão da cor, sexo, idade, entre outros fatores.

Ordinariamente, ao recrutarem candidatos, empresas solicitam exames para atestar se a mulher se encontra em estado gravídico, bem como testes de HIV, dosagem da quantidade de álcool e drogas no sangue.

Toda discriminação, especialmente nas relações laborais, tem como padrão comum o tratamento desigual em razão de sexo, cor, idade, estado civil, saúde, aparência, dentre outras características, gerando como consequência a impossibilidade de apresentar méritos pessoais e desenvolver talentos, potenciais e qualidades.

A discriminação nas relações de trabalho, como fator anti-social, exclui pessoas, desrespeita os direitos de personalidade, a dignidade da pessoa humana, gera humilhação, estresse, o *mobbing* e a depressão.

Não há dúvida de que o Princípio da Igualdade, especialmente sua vertente negativa – *Não Discriminação* –, cerceia o direito de liberdade, desenvolvida sob o prisma da autonomia da vontade das partes no Direito Privado.

Para Guilherme Machado Dray, existe a necessidade de harmonizar os Princípios da Autonomia Privada da Igualdade, conforme a vulnerabilidade de uma das partes da relação; seu grau de intensidade deve ser inversamente proporcional ao desequilíbrio negocial entre as partes¹¹⁵.

Nas relações laborais, em que uma das partes é hipossuficiente no que tange à capacidade de negociação quanto às cláusulas contratuais, em decorrência da *mais-valia* e da aderência às imposições do empregador, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, juntamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assumem importante papel de proteção ao trabalhador perante sua fragilidade econômica e social, especialmente quando se trata de grupos vulneráveis, como forma, inclusive, de garantir a liberdade material.

O empregador tem plena liberdade de escolha, baseada na capacidade para o exercício do cargo, no grau de instrução do candidato, na experiência, nas qualificações técnicas, na competência e na responsabilidade. Não se trata, portanto, de inibir fatores discricionários da gestão empresarial, especialmente na escolha dos candidatos. O empregador tem o direito de escolher o trabalhador de acordo com o perfil da empresa, desde que seus atos não sejam fundados, ainda que indiretamente, em motivo de gênero, orientação sexual, cor ou religião.

¹¹⁵ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 182.

O Princípio da Igualdade e Não Discriminação tem aplicação em todas as fases da relação de trabalho¹¹⁶, bem como vinculação a todos seus integrantes.

Tal Princípio, bem como seu principal instrumento de atuação – as Ações Afirmativas –, devem ser aplicados a todo empregador, incluindo pessoas físicas, além das empresas, independentemente da quantidade de empregados.

Para Guilherme Machado Dray, impossível oferecer tratamento equivalente entre grande empresa que só queira contratar pessoas do sexo masculino e uma empregadora doméstica que precise contratar enfermeira, solteira, do sexo feminino, para tomar conta de familiar doente¹¹⁷. O autor defende a tese da preservação da liberdade negocial e do caráter *intuitu personae*, norteador da relação laboral¹¹⁸.

Data venia, discordo do autor por entender que o Princípio da Igualdade, especialmente sua vertente negativa, deve ter aplicação em todas as relações laborais, inclusive quando o empregador é pessoa física e sem finalidade lucrativa. Ademais, o caráter *intuitu personae* gravita em torno da confiança na execução da atividade contratada, que é construída, na maioria das vezes, ao longo do contrato.

A proteção se destina à pessoa física, independentemente da relação de trabalho a que está vinculada. Não se permite escolher ou não contratar empregado para ocupar cargo simplesmente por motivo de raça, opção sexual, cor ou religião, salvo se a atividade justificar a escolha.

Nesse sentido, não afronta o Princípio da Igualdade e Não Discriminação a não contratação de trabalhador filiado a partido político, quando se trata de contratação para a função de secretária ou advogado de determinado

¹¹⁶ Este tópico será desenvolvido, oportunamente, na terceira parte deste trabalho.

¹¹⁷ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 188.

partido. O contrário é impor a contratação de possível espião político. Como este há inúmeros exemplos. É perfeitamente razoável que escola religiosa condicione a contratação de professor para o ensino de catecismo ao fato de ser da mesma religião. Exclusividade de negros para atuação em filme sobre Quilombo de Palmares. No próprio caso oferecido pelo doutrinador lusitano, é salutar a contratação de pessoa do sexo feminino para a atividade de enfermeira, por questão de respeito à intimidade do enfermo, se do mesmo sexo.

Na Irlanda, é perfeitamente legítima a contratação exclusiva de homens para a Marinha Mercante, já que os navios de pesca de longa duração dispõem de uma única instalação sanitária¹¹⁹. Assim sendo, só se empregam trabalhadores do mesmo sexo, já que a contratação de homens e mulheres implicaria a construção de novas instalações, em espaço reduzido.

É possível condicionar a contratação dos trabalhadores a suas características – sexo, raça, cor, religião, opção partidária –, quando essencial ao exercício da atividade, e nunca de forma discricionária. Deve haver, portanto, além do respeito à razoabilidade, motivo plausível para a contratação de acordo com as características dos trabalhadores.

Destarte, o *jus postulandi* do empregador não é ilimitado. Deve, para ter validade, respeitar o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

¹¹⁸ Id., p. 191.

¹¹⁹ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 281.

Conclusão parcial

O preconceito e a discriminação contra pessoas de diferentes culturas, signos ou fora do padrão imposto pela sociedade sempre existiram, desde as primeiras civilizações. Certas teorias atribuíram superioridade a determinadas raças, acelerando o processo discriminatório e gerando a escravidão dos negros africanos, além do genocídio de milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial.

O panorama geral dos dados estatísticos da última década mostra que as camadas mais fragilizadas da sociedade – as minorias sociais, não pela quantificação de seus integrantes, mas por questões de ordem econômica e física – são as mais sujeitas ao preconceito e à discriminação, sendo privadas de direitos essenciais à vida digna, em especial quanto aos Direitos Sociais.

No Brasil se registra uma das maiores concentrações de renda do mundo, traduzida na exclusão social de parcela da população, principalmente dos afro-descendentes, que não têm acesso à materialidade dos Direitos Fundamentais.

A banalização da injustiça social é reconhecida como *problema alheio que deve ser resolvido pelos governantes*, ainda que seus efeitos gerem reflexos, também, para a parcela da sociedade mais abastada, na medida em que desencadeia a violência, a marginalização, guerras civis, medo e doenças psicossomáticas.

Desde a entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ser humano adquiriu espaço de destaque na Ordem Jurídica em praticamente toda Civilização Ocidental.

Todo ser humano, independentemente de raça, cor, sexo, nacionalidade, opção sexual ou religiosa, como ser insubstituível, é dotado de dignidade e de importância jurídica, sendo o único requisito para tal prerrogativa a existência humana.

Em consequência da necessidade de proteger o ser humano, único e insubstituível, e de promover a existência digna de todos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ganha corpo e magnitude, adquire carga normativa hierarquicamente superior à Norma-Regra, fundamenta e norteia todo o Sistema Jurídico, destacando-se nas Constituições ocidentais.

Para dar efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e vazão ao mínimo necessário para existência digna em sociedade, buscando proporcionar o bem-estar da população, sobretudo às camadas sociais mais fragilizadas economicamente, o Estado adquire o *status* de promotor dos Direitos Sociais, sob o qual gravita o Princípio da Igualdade Material.

A *igualdade perante a lei*, linear e abstrata, desenhada durante o Estado Liberal, dirige-se, em primeiro plano, ao legislador, para impedir a edição de normas com caráter discriminatório e destinatário específico. Perde espaço quando o Estado abandona a postura de atuação mínima e adquire a forma de *Estado Social de Direito*, fundamentado no Princípio da Solidariedade. Dessa forma, amplia seu campo de responsabilidade e atuação, sobretudo no que tange à assistência e proteção aos menos favorecidos, buscando minimizar os problemas decorrentes das desigualdades sociais, por meio da promoção dos Direitos Sociais, lastreados no Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Quanto à vertente negativa do Princípio da Igualdade – Não Discriminação –, esta consiste na proibição de discriminação contra o ser humano quanto ao exercício dos Direitos Fundamentais, por motivo de raça, sexo, cor, estado civil, nacionalidade, religião ou qualquer outro motivo, ainda que não esteja taxativamente no texto jurídico.

Ressalte-se que são as relações laborais, devido ao *jus postulandi* do empregador, agregado à hipossuficiência do trabalhador, um dos momentos sociais em que o ser humano está mais suscetível às principais formas de discriminação.

A autonomia privada, desenvolvida na liberdade de contratação e pactuação de cláusulas contratuais, sofre limitação a partir de sua necessária adaptação aos preceitos da dignidade da pessoa humana e igualdade material, como Direitos Fundamentais.

Por essa razão, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação cumprem importante papel jurídico-social ao combater e reprimir a discriminação impetrada contra as minorias, limitando a autonomia da vontade das partes, sobretudo na fase pré-contratual, além de vincular o empregador às políticas de implementação da igualdade material.

O modelo repressor de combate à discriminação não é suficiente para a inclusão dos grupos vulneráveis. É essencial, além de proteger contra as discriminações, ofertar instrumentos que possibilitem a todo ser humano a promoção da capacidade material para o exercício de direitos essenciais à existência humana em sociedade, inclusive o direito a escolher.

A igualdade material ou igualdade de oportunidades assume importante papel na promoção da inclusão social, pois tem como norte a promoção do tratamento diferenciado aos hipossuficientes, atenuando as desigualdades factuais – sociais, culturais e físicas –, sem perder de vista o respeito à meritocracia.

Há, portanto, além do combate à discriminação, o reconhecimento das diferenças, o pensar nas particularidades de cada ser e a busca pela inclusão social e inserção das minorias.

As Ações Afirmativas, instrumento jurídico de aplicação da igualdade material nos âmbitos público e privado, constituem medidas especiais, temporárias, fundamentadas na Justiça Distributiva e na Justiça Compensatória, que tem por fim a inclusão dos grupos vulneráveis por meio de tratamento diferenciado, conforme o reconhecimento das necessidades específicas de cada grupo-alvo. Ampliam, dessa forma, a possibilidade de resultados semelhantes, proporcionando igualdade de chances, especialmente na educação e no mercado de trabalho.

Por fim, na seara das relações laborais, as Ações Afirmativas exercem importante papel na inclusão social, quando as empresas implementam metas e cronogramas, buscando promover a ocupação homogênea de postos de trabalho entre homens e mulheres, bem como a representatividade das minorias sociais – negros, mulheres, pessoas portadoras de deficiência. Valorizam sobretudo seus talentos e habilidades, proporcionando o crescimento profissional.

PARTE II

OS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO INTERNACIONAL

Considerações preliminares

A segunda parte deste trabalho científico discorre, inicialmente, acerca dos Direitos Humanos: sua acepção, destinatários, divisão, conceitos, importância, os desafios para sua implementação, especialmente as barreiras culturais, e ainda a proteção.

Adiante, será objeto de discussão a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja base jurídica é concebida em torno dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação; seu impacto na ordem internacional de proteção ao ser humano, em especial em relação aos grupos vulneráveis; a limitação à soberania dos Estados e a conseqüente responsabilidade internacional em tempos de guerra e de paz.

Além da DUDH, serão apresentados os Tratados Internacionais que compõem o núcleo central do Sistema Global de Proteção da ONU, especialmente o PIDESC, que trata de direitos ligados às relações laborais; além dos Tratados Internacionais do Sistema Especial de Proteção e outras Declarações que abordam a temática Direito à Igualdade e Proibição de Discriminação.

Em seguida, apresento o aparato jurídico formado pelo Sistema Regional de Proteção, especificamente a OEA, por razões geográficas, e sua conseqüência para o Ordenamento Jurídico pátrio no que tange ao combate à discriminação nas relações de trabalho.

Finalmente, os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e as principais Convenções da OIT relativas à igualdade de oportunidade e ao combate à discriminação nas relações de trabalho, em especial as Convenções n. 100 e 111. Ademais, ofertar-se-á visão panorâmica do Sistema Jurídico estrangeiro no tocante ao combate à discriminação nas relações de trabalho e à implementação da igualdade social.

II.1 Direitos Humanos

II.1.1 Acepção

A fase contemporânea dos tem como marco a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e com ela a proteção internacional de direitos universais, inalienáveis, dirigidos a todos os humanos, sobretudo às minorias.

O homem passa a ser reconhecido em face de suas fragilidades e necessidades específicas. Aos grupos vulneráveis se oferece proteção especial e instrumentos jurídicos necessários para a efetividade dos Direitos Humanos, cuja base fundamental é formada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e pelo Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

A Declaração mencionada reconhece em todo homem um ser uno, insubstituível, detentor de dignidade intrínseca. Por isso a necessária *gramática de inclusão*, o direito a ter Direitos, a proteção e a promoção dos direitos essenciais, sobretudo para os excluídos socialmente.

Antonio Augusto Cançado Trindade ensina que

O Direito dos Direitos Humanos não rege relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades¹²⁰.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 23.

Direitos Humanos, nas palavras de Flávia Piovesan, são a “lógica das minorias, a gramática da inclusão”¹²¹. Noutra oportunidade, a autora, sabiamente, afirma que

[...] a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano¹²².

Os Direitos Humanos são essenciais à existência do homem em sociedade. É o piso mínimo de direitos que a Ordem Internacional destina a todos os seres vivos, que deve ser respeitado pelo Estado e oferecido a seus jurisdicionados.

O foco dos Direitos Humanos é o respeito ao ser humano, sobretudo em relação à diversidade cultural. A universidade de idéias e o reconhecimento das diferenças que geram o diálogo intercultural são essenciais para o combate à intolerância e conseqüente implantação do convívio harmonioso entre os povos, que se traduz na democracia global e inserção de Direitos Universais a todos.

Porém, o grande entrave para a aplicação dos Direitos Humanos são as barreiras culturais, fincadas nas sociedades durante anos.

Para a corrente *universalista*, precursora da ética universal em torno da proteção ao ser humano, a fonte jurídica primária dos Direitos Humanos é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo a existência humana o único requisito para haver direitos universais.

¹²¹ Apontamentos em sala de aula. PUCSP, 4 de agosto de 2003.

¹²² PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. Artigo inédito. Jun. 2007. p. 2.

Por sua vez, os *relativistas* apontam a cultura como fonte primária do Direito e da Moral, incluindo nesta última a religião. Para essa corrente, cada nação tem sua própria concepção quanto a valores éticos e direitos mínimos. O homem é atrelado à cultura da qual faz parte sua comunidade, sendo dela dependente. Daí a necessidade de o grupo perpetuar antigas tradições em detrimento das necessidades essenciais à vida digna e das opções do indivíduo.

Para o Islamismo, há total simbiose entre política e religião. O Direito está totalmente vinculado à Moral e às leis divinas¹²³. A dignidade, inerente ao ser humano, é mensurada de acordo com sua fé em Alá. Os não muçumanos e as mulheres¹²⁴ não gozam da mesma importância jurídica.

Os Direitos Humanos, mínimos e essenciais à condição humana, não são contrários à cultura das nações. Um de seus grandes pilares é o respeito às diferenças, o incentivo à diversidade cultural, ao diálogo intercultural, ao multiculturalismo e, especialmente, o direito à diferença. Mas não é possível aceitar a humilhação, a mutilação, a agressão física e moral, a escravidão ou discriminação contra qualquer ser humano em nome do respeito às diferenças culturais e aos costumes locais.

A cultura retrata as raízes, o espírito e identidade de um povo. Não é estática: sofre mudanças, adaptações com o passar do tempo, conforme as necessidades da sociedade. Valores culturais, quando moralmente válidos, em harmonia com o respeito à dignidade de todas as pessoas e sem qualquer resquício de discriminação, são fontes necessárias ao intercâmbio de idéias que proporcionam transformação social e reciprocidade. Há muito para aprender e dividir informações entre povos de diferentes nações.

¹²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., t. 4. p. 36.

¹²⁴ Países Africanos e alguns Países do Oriente Médio – Egito, Oman, Iêmen e Emirados Árabes –, além de Países Asiáticos, como Malásia, Indonésia e Sri Lanka, adotam a mutilação genital feminina como costume e tradição culturais, essencial à preservação da virgindade e fidelidade, que marca a vida adulta da mulher. Embora essa prática seja humilhante, nociva à saúde, em especial à sexualidade feminina, é muito comum nas tribos africanas as próprias mães encaminharem as filhas para referido ato. Não se trata, unicamente, de falta de informação quanto

Flávia Piovesan afirma que,

[...] no marco do multiculturalismo, há que assegurar o direito à unicidade e à diversidade existencial, sem discriminação, hostilidade e intolerância, a compor uma sociedade revitalizada e enriquecida pelo respeito à pluralidade e diversidade, celebrando o direito à diferença, na busca da construção igualitária e emancipatória de direitos¹²⁵.

Segundo Nobert Rouland,

[...] a concepção unitarista dos direitos do homem, sejam quais forem suas inegáveis vantagens e as reais liberações às quais ela pôde conduzir e conduzirá alguns povos sujeitados, não representa decerto um horizonte insuperável, nem um axioma universal: pode e deve enriquecer-se com contribuições de outras culturas¹²⁶.

Criou-se a idéia de que os Direitos Humanos são valores ocidentais que retratam a hegemonia e superioridade do entendimento sobre o ser humano. Não se trata aqui de impor parâmetros ocidentais à cultura oriental. A formulação dos Tratados Internacionais é fruto da atividade da razão, dissociada da religião ou de qualquer tradição. Para Países que vinculam o Estado à religião, “a lei e os direitos do homem só podem encontrar sua fonte na revelação divina. A garantia deles resulta da obediência à palavra de Deus, não ao Estado”¹²⁷. Daí por que existe forte resistência à aplicação do *Bill of Rights* quando fatores culturais e tradições são contrários à lógica do homem, e não de Deus, como centro de todos atos do Estado.

A cultura e as ingerências políticas das Nações, tribos e comunidades devem adaptar-se aos parâmetros legais mínimos de existência humana, adaptadas à moral universal, donde são assegurados pelo menos os direitos inseridos no *International Bill of Rights* – Declaração Universal dos

ao malefício causado por essa prática, mas da necessidade de perpetuar essa tradição por medo de ser excluído da sociedade.

¹²⁵ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos Humanos, cit., p. 47.

¹²⁶ ROULAND, Nobert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 267.

¹²⁷ Id., p. 279.

Direitos Humanos – e os Tratados referentes aos Direitos Civis e Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, além das principais Convenções da OIT.

Os Direitos Humanos são essenciais ao ser humano de qualquer nação. São direitos sem fronteiras e universais, pois o único requisito ao gozo desses direitos é a condição humana. Daí por que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, agregado ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação forma a base mais sólida dessa estrutura jurídica.

II.1.2 Dimensões

Os Direitos Humanos são divididos em três Dimensões. Direitos de Primeira Dimensão são os Cíveis e Políticos, enquanto os Direitos de Segunda Dimensão são os Econômicos, os Sociais e os Culturais. Entendem-se por Direito de Terceira Dimensão os Direitos Metaindividuais – Difusos e Coletivos –, cujo titular é a coletividade e não o homem individualizado, como o Direito ao meio ambiente equilibrado¹²⁸.

Não se trata aqui de sucessão, grau de importância ou geração de direitos. Há, na verdade, a idéia de ampliação dos Direitos Humanos, consagrados como essenciais à vida em sociedade; daí a terminologia adotada, “Dimensão”.

Os Direitos de Primeira Dimensão – Cíveis e Políticos – representam o direito de defesa-resistência do homem abstrato contra intervenções e interferências ilegítimas e abusivas do Estado na vida privada dos jurisdicionados. Encerram ações negativas, como o respeito à liberdade de locomoção, e também prestações derivadas da atuação positiva do Estado, como o direito à assistência jurídica oferecida pelo Estado e o direito ao exercício do sufrágio.

Para ofertar proteção e efetividade aos Direitos de Primeira Dimensão, o Estado assume a *competência negativa*, sendo obrigado a respeitar as liberdades públicas; e a *competência positiva*, donde cria veículos capazes ao exercício desses Direitos. Assim, os Direitos Humanos de Primeira Dimensão não são simplesmente garantias contra atos do Estado, mas, inclusive, Direitos oferecidos pelo Estado.

¹²⁸ Os Direitos de Terceira Dimensão não serão objeto de discussão em razão de sua dissociação com a temática em questão.

O desrespeito ou impedimento pelo Estado ao exercício dos Direitos de Primeira Dimensão, como o direito à *liberdade* e toda a sua forma de expressão, como o direito de ir e vir, o de não sofrer tortura ou escravidão, o de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, entre outros; além de inibir a Democracia¹²⁹, consubstancia em expressão de regime ditatorial.

Por sua vez, os Direitos de Segunda Dimensão são os Econômicos, os Sociais e os Culturais, comumente abreviados pela terminologia *Direitos Sociais*.

Os Direitos Econômicos são os promovidos por meio do Estado e relacionados aos interesses econômicos, como as atividades laborais e a iniciativa privada; o direito ao trabalho e os direitos dos trabalhadores; além do direito à propriedade privada. São Direitos Econômicos dos trabalhadores: direito à igualdade salarial para trabalho igual; direito à saúde, higiene e segurança no trabalho; direito a repouso, limitação de jornada, além de outros¹³⁰.

Os Direitos Sociais são os relacionados ao bem-estar da população, que devem necessariamente ser promovidos pelo Estado, como o direito à alimentação, à saúde, à moradia, à habitação em condições de higiene, à proteção da família, à proteção da infância, juventude e terceira idade, entre outros¹³¹.

¹²⁹ Friedrich Müller afirma que não há democracia, mas tentativa de institucionalizar “democraticamente” uma sociedade estatalmente organizada. A democracia se legitima pela maneira como o Estado trata as pessoas que vivem em seu território, sejam eleitores ou não (Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002. p. 570.

¹³⁰ A Constituição portuguesa define Direitos Econômicos, em seus arts. 58 a 62, como o Direito ao Trabalho, o Direito dos Trabalhadores, o Direito dos Consumidores, a iniciativa privada, o Direito à Propriedade Privada (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Op. cit., p. 44-47).

¹³¹ A Constituição portuguesa destaca os Direitos e Deveres Sociais a serem tomados pelo Estado: segurança social e solidariedade, saúde, habitação e urbanismo, ambiente e qualidade de vida, família, paternidade e maternidade, infância, juventude, terceira idade, cidadãos portadores de deficiência (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 48-55). O PIDESC adota os Direitos Sociais em seus arts. 9º a 12, quando trata do direito de toda pessoa à previdência social, incluindo ao seguro social; o direito à ampla proteção e à assistência à

Os Direitos Culturais relacionam-se à educação, à cultura e à ciência. São as manifestações culturais populares, a criação e a invenção científica, o progresso científico, o direito à educação básica gratuita, o desporto, a inovação tecnológica¹³².

Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja base jurídica é o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, constituem o núcleo sobre o qual gravita o ideal de Justiça Social, essencial à Democracia e à efetividade *também* dos Direitos Cíveis e Políticos – daí por que se fala em indivisibilidade dos Direitos Humanos. Não se trata de doações oferecidas pelo Estado a seus jurisdicionados, mas de Direitos que estes possuem *sobre o Estado* e não *contra* o Estado.

A falta dos Direitos de Segunda Dimensão gera como conseqüência social a vida indigna, a falta de alimentação, habitação, saúde e educação. Não há perspectiva. O ser humano é transformado em animal selvagem, e a luta pela *sobrevivência* é seu único objetivo. Daí por que Jorge Miranda afirma que “são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção”¹³³. Antonio Augusto Cançado Trindade se refere a *direitos de subsistência* quando trata do direito à alimentação, moradia e cuidados médicos¹³⁴.

Os Direitos de Segunda Dimensão quase sempre exigem ações positivas, prestações materiais do Estado, providências quanto ao oferecimento, promoção e controle, além do respeito e implementação, também, por pessoas físicas e jurídicas desvinculadas do Estado, como as Ações Afirmativas nas relações de trabalho.

família, incluindo neste a licença-maternidade; o direito a um nível de vida adequado; a ser protegido contra a fome; à saúde física e mental.

¹³² A Constituição portuguesa dedica seu Capítulo III aos *Direitos e deveres culturais*. Aponta como Direitos Culturais, em seus arts. 73 a 79, a educação, cultura, ciência, ensino, fruição e criação cultural, cultura física e desporto (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 55-59).

O PIDESC dedica os arts. 13 a 15 aos Direitos Culturais, especificamente os direitos à educação, ao progresso científico e à vida cultural.

¹³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., t. 4, p. 105.

¹³⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Prefácio. In: LIMA JR., Jaime Benvenuto. Op. cit.

Nem todos os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais têm natureza de norma programática, caracterizada pela necessidade de promulgação de norma infraconstitucional posterior e integradora, capaz de assegurar seus efeitos, devido à “baixa densidade normativa, ou uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia”¹³⁵. Há Direitos de Segunda Dimensão que possuem aplicação imediata e não necessitam de prestações positivas, como a liberdade sindical, o direito à escolha da profissão, o direito que têm os sujeitos da relação de trabalho de pactuar cláusulas contratuais.

Destarte, parcela dos Direitos de Segunda Dimensão tem natureza prestacional, e seu cumprimento depende de atividade positiva do Estado, inclusive da destinação de recursos econômicos a sua implementação e efetividade, como o direito à educação, à saúde, à assistência social. Daí a razão de diversos Tratados Internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abordarem a *progressividade* da efetivação desses Direitos por parte dos Estados-Membros, de acordo com suas possibilidades econômicas, além da cooperação internacional.

Progressividade não é sinônimo de inércia, passividade ou negação por parte dos Estados quanto à efetividade dos Direitos de Segunda Dimensão. Por possuírem natureza jurídica de ordem pública, conferida pelos Tratados Internacionais, assim como pelas Constituições dos Países Ocidentais, os Direitos Humanos de Segunda Dimensão impõem ao Estado a obrigação de promovê-los, ainda que mediante *aplicação progressiva*.

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da *reserva do possível*, afirma que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não são doações oferecidas pelo Estado. Alimenta a idéia que, apesar de sua realização depender do orçamento do Estado, o Direito não pode ser confundido com “a questão de seu financiamento”¹³⁶.

¹³⁵ GAIO, Daniel. A tutela dos Direitos Sociais. *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*, v. 21, Curitiba, jul.-set. 2001, p. 502.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 108.

O que se tem em mente é possibilitar a preparação econômica e as políticas sociais do Estado para aplicação dos Direitos que exigem o dispêndio de recursos econômicos. Em decorrência disso, há a obrigação de os Estados destinarem parcela de seus recursos financeiros para a aplicação dos Direitos de Segunda Dimensão, bem como mecanismos para sua implementação e acionabilidade, tendo em vista, também, a impossibilidade do retrocesso, sob pena de sua omissão gerar responsabilidade internacional.

Ressalte-se, ainda, que, devido ao caráter de indivisibilidade dos Direitos Humanos, é impossível falar na efetividade de Direitos de Primeira Dimensão dissociada dos Direitos de Segunda Dimensão, requerendo estes últimos *preparativos sociais* para sua satisfação.

O grande desafio da Era dos Direitos não é somente definir quem tem Direitos, sua aceção e a integração do que se entende por mínimo essencial à vida em sociedade. A problemática maior consiste não em justificar os Direitos Humanos, mas em *protegê-los*¹³⁷.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

II.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Segunda Grande Guerra Mundial mostrou ao mundo que o extermínio de milhões de pessoas ocorreu sob a soberania ilimitada, a banalidade do mal e o manto da legalidade¹³⁸ do próprio Estado que as discriminou em face de sua religião e etnia, considerando seres descartáveis, supérfluos e desprezíveis. A condição para ser titular de direitos era pertencer à raça ariana.

Até então, a maneira como o Estado tratava seus cidadãos era considerada problema doméstico. A soberania dos Estados era absoluta, por isso não era aceita a idéia de monitoramento exercida por outro Estado nas ações dos soberanos em face de seus súditos. O Estado somente respondia internacionalmente por seus atos *após* a ratificação de Tratados Internacionais.

A data de 20 de novembro de 1945, início do *Julgamento de Nuremberg*¹³⁹, Tribunal Internacional que condenou chefes nazistas por crimes de guerra, contra a paz e a humanidade; marca o fim da soberania absoluta dos Estados e o início da soberania compartilhada, da ampliação das fronteiras do Direito Internacional, traduzidos na proteção internacional aos Direitos do Homem, momento em que este passou a ser sujeito de Direito Internacional.

O pós-guerra viu surgir um movimento de reconstrução dos valores éticos e morais, ao lado da internacionalização de Direitos destinados a todos os seres humanos, independentemente da nacionalidade, capazes de

¹³⁸ Robert Servatius, ao defender Adolf Eichmann na Corte Distrital de Jerusalém, em abril de 1961, alegou que o réu era inocente, já que para o sistema legal nazista ele não cometera crime, mas “ato de Estado”, sendo seu dever “obedecer” (ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 33).

¹³⁹ O Julgamento de Nuremberg durou 218 dias. Traduzido para 4 idiomas (inglês, russo, francês e alemão), contou com 240 testemunhas, 27 advogados e 54 defensores legais. Em suas defesas, todos os réus alegavam inocência, já que estavam *cumprindo ordens* (SILVEIRA, Joel. *II Guerra: momentos críticos*. Rio de Janeiro: Ed. Mauad, 1995. p. 234).

oferecer proteção supranacional. Afinal, como se viu, ao Estado não se pode mais delegar unicamente a missão de garantir os Direitos Humanos a seus nacionais.

Segundo Flávia Piovesan,

[...] sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no pós-guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional Ocidental, aberto a princípios e valores¹⁴⁰.

O Ordenamento Constitucional, até então regido sob o prisma do Positivismo, cede espaço para o campo dos valores, sobretudo pela necessidade de oferecer proteção ao ser humano. Daí a razão para a supervalorização dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, como suporte axiológico condutor da Ordem Jurídica Internacional.

Com isso, o ser humano, independentemente de sua raça, nacionalidade ou poder aquisitivo, passa a ser detentor de direitos mínimos, essenciais à existência humana em sociedade.

Até o processo de eclosão da Segunda Grande Guerra, a idéia de ordenamento jurídico de proteção internacional aos Direitos limitava-se ao Direito Humanitário, à Liga das Nações e à Organização Internacional do Trabalho. Enquanto o Direito Humanitário possuía aplicação restrita aos conflitos armados, voltado à temática *Guerra e Paz*; a Liga das Nações iniciou o processo de convivência dos povos soberanos, assegurando a responsabilidade destes por agressões externas. Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho foi fundada, em 1919, com o intuito de proteger o homem em suas relações de trabalho.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Direitos Humanos: desafios da Ordem Internacional Contemporânea. In: *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1. p. 17.

A Liga das Nações, criada após a Primeira Grande Guerra Mundial, em 1920, com o propósito de promover a paz, a cooperação e a segurança internacional, gozava da prerrogativa de estabelecer sanções econômicas aos Estados. Mostrou-se ineficaz, suscitando a necessidade de se formar nova Organização.

Sucedendo a Liga das Nações, nasceu em 1945 a Organização das Nações Unidas – ONU, que acrescentou aos velhos ideais de paz mundial a internacionalização dos direitos essenciais à integridade física e moral do homem. A idéia central da ONU foi solucionar de forma pacífica os conflitos entre as nações, para evitar novas guerras, e a cooperação internacional no plano econômico, social e cultural entre os povos, em especial a promoção e proteção internacional aos Direitos Humanos¹⁴¹.

Foi a Carta das Nações Unidas, assinada em 25 de junho de 1945 para regulamentar a Organização das Nações Unidas, que codificou, pela primeira vez, em abrangência internacional, direitos que determinam obrigações dos Estados para com os homens, dentro de cada jurisdição. O homem adquiriu *status* de sujeito de Direito Internacional, na medida em que os Estados respondem internacionalmente pela violação contra ele, em tempos de guerra e de paz.

A partir daí, a ordem internacional passou a disciplinar matéria antes de competência exclusiva dos Estados Nacionais. Até então, cada Estado oferecia direitos conforme sua conveniência e discricionariedade, dentro de sua ótica interna. Embora insubstituível e com a mesma valoração, o homem podia ser tratado de maneira diferente por cada Estado. Por meio dessa codificação, a pessoa humana passou a ser protegida internacionalmente, e o desrespeito a ela, dentro do território nacional, a ensejar responsabilidade do próprio Estado. Interessa a toda a Comunidade Internacional o modo como o indivíduo é tratado por seu Estado.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 139-140.

Conseqüentemente, o conceito de soberania sofre relativização, já que os Estados são monitorados por meio de relatórios periódicos, em nome da efetividade dos direitos assegurados à população. Com a soberania compartilhada, o Estado responde no campo internacional quando é reconhecida violação dos Direitos Humanos em atos omissivos e comissivos, cometidos no interior de seu território contra nacionais e estrangeiros.

O Estado, para ganhar aprovação perante a Comunidade Internacional, precisa respeitar e assegurar os Direitos Humanos sem qualquer discriminação, ofertando atenção especial às minorias sociais.

Diante na necessidade de promover a igualdade de Direitos entre os Povos, a cláusula de *Não Discriminação* aparece no art. 1º, § 3º, da Carta das Nações Unidas, como propósito relativo à promoção dos Direitos Humanos:

Artigo 1º Os Propósitos das Nações Unidas são: [...]

3º Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...].

Em 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia da ONU¹⁴², foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, em Paris, revelando interesse consensual pela integridade dos homens. Surgia ali o Sistema Jurídico Internacional de proteção aos direitos essenciais do homem em sociedade.

Pela primeira vez na história da Humanidade uma Declaração foi ratificada por vários Estados de Direito, que aceitaram o ordenamento disciplinador de valores e Princípios universais, devendo estes ser inseridos na

¹⁴² Aprovada com 48 votos a zero. África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-rússia, Iugoslávia, Polônia, Checoslováquia, Ucrânia e União Soviética se recusaram a votar.

legislação de cada País, com fundamento maior na valoração do homem como centro da vida em sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos resultou da junção de valores expressivos de culturas antagônicas, culturas ocidentais e orientais, visões jusnaturalistas¹⁴³, positivistas, liberais, sociais, laicas e religiosas. Definiu, pelo consenso, valores e Princípios a serem respeitados pelos Estados signatários, como a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade¹⁴⁴. Seu grande trunfo é a crença e consciência na universalidade de valores compartilhados por toda a Humanidade, daí o respeito a ela oferecido pelos Estados-Membros.

Abandona-se a visão *ex parte principes*, na qual o homem é súdito do Estado, introduzindo-se a postura *ex parte populi*, sendo o cidadão o ser principal da sociedade.

A Declaração Universal representa a valoração do homem específico, de maneira que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, adquire *status* de Norma-Princípio a fundamentar todo o processo de positivação no plano internacional.

A partir da DUDH, todos os Tratados de Direitos Humanos do Sistema Global (ONU) e Regional (OEA) de Proteção, além da OIT, quanto aos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão, têm como fundamento

¹⁴³ Segundo os jusnaturalistas, os *direitos dos homens* são absolutos, direitos naturais anteriores à ordem jurídica positiva, inerentes à condição humana e inalienáveis; nem mesmo o Estado pode retirá-los. Para John Locke, a liberdade é o principal direito do homem, e dela derivam todos os outros direitos. Não se tratava de direitos a serem usufruídos no bojo da sociedade, já que são direitos cujo único requisito de usufruto era a condição humana. São Tomás de Aquino justifica a liberdade como direito fundamental em decorrência do livre-arbítrio, faculdade própria do homem, já que é único ser racional. É na lei natural que se funda a obrigação de reconhecer certos direitos inerentes aos homens, daí a igualdade natural entre eles. Para os jusnaturalistas, os direitos naturais antecedem a positivação de direitos. As leis simplesmente declaram direitos preexistentes.

¹⁴⁴ Participaram das negociações para a preparação da DUDH René Cassin (francês), John Humphrey (canadense), Charles Malik (libanês), P. C. Chang (China Nacionalista) e, na Presidência, Eleanor Roosevelt (EUA) (ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 26-27.

jurídico os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação¹⁴⁵.

As principais Declarações e Tratados de Direitos Humanos, sobretudo os das Nações Unidas, trazem em seu Preâmbulo – apresentação dos valores e intenções sob os quais o texto jurídico se desenvolve – os valores da dignidade da pessoa humana e igualdade de direitos. No Preâmbulo da Carta das Nações Unidas¹⁴⁶ encontra-se inserido o valor supremo da dignidade do homem e sua igualdade de direitos. O da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁷ reconhece a dignidade como “inerente a todos os membros da família humana”.

¹⁴⁵ DUDH: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]”;

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: repete o texto da DUDH;

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: repete o texto da DUDH: “Art. 3º: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto”.

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes: repete o texto da DUDH;

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: “Art. 2º, a: Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher, [...], e se comprometem a: consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desses princípios; [...]”;

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: “Considerando que a todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação, [...]”;

Convenção sobre os Direitos da Criança: repete o texto da DUDH;

Todas as Convenções da OIT;

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Art. II: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”.

Pacto de San José da Costa Rica: “Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, [...]”.

¹⁴⁶ “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVEMOS

A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da *dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres*, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla” (grifo nosso).

¹⁴⁷ “Considerando que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais* e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]” (grifo nosso).

Por sua vez, o PIDESC¹⁴⁸ refere-se em seu Preâmbulo à dignidade da pessoa humana, além da igualdade de tratamento. A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento¹⁴⁹ também trata da não discriminação logo em seu Preâmbulo, repetindo-a no art. 6º.

O homem tem como principal característica ser único e insubstituível. Por isso, independentemente de cor, nacionalidade, idade ou sexo, goza de direitos essenciais a sua existência em sociedade. Não pode sofrer discriminação no exercício destes; daí a capacidade universal para ser sujeito de Direito.

Os arts. II e VII da DUDH asseguram a todas as pessoas, sem distinção de qualquer espécie, a capacidade para gozar dos Direitos Humanos inseridos na Declaração, e, conseqüentemente, nos outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos:

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 pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Assim, é universal a Declaração porque dirigida a todo ser humano, independentemente de raça, cor, nacionalidade, credo, estado civil e condição social.

“Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmam, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, *na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres*, [...]” (grifo nosso).

¹⁴⁸ “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento 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, Reconhecendo que esses direitos *decorrem da dignidade inerente à pessoa humana*, [...]” (grifo nosso).

¹⁴⁹ “Atenta à obrigação dos Estados sob a Carta de promover o respeito e a observância universais aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, *sem distinção de qualquer natureza, tal como de raça, cor, sexo, língua, religião, política ou outra opinião nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status* [...]” (grifo nosso).

Mudança importante introduzida pela DUDH foi a passagem da noção de homem abstrato, tratado de forma generalizada, para a condição de homem singular. O tratamento, para que os Direitos Humanos tenham efetividade, deve ser oferecido de maneira particular, de acordo com as especificidades de cada ser.

Os Direitos Humanos, assim, destinam-se particularmente às pessoas inseridas em grupos vulneráveis, que necessitam de maior segurança jurídica para a efetividade de seus direitos¹⁵⁰. Destarte, não regem as relações entre iguais, mas protege os mais fracos. Para tanto, não procura obter o equilíbrio entre as partes, e sim remediar a consequência dessa disparidade¹⁵¹.

Sabe-se que as desigualdades sociais sempre existiram, convivendo com o que chamamos de civilização. O que há de novo é a consciência da cidadania, isto é, o homem e seus direitos. Assim, não basta defender as liberdades públicas para obter uma sociedade harmônica: faz-se necessário o usufruto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão, em 1945, eram oferecidos de maneira dissociada. Os Estados ora davam ênfase às liberdades públicas, em detrimento dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ora promoviam a igualdade social, tolhendo os direitos derivados das liberdades. A partir da entrada em vigor da DUDH, os Direitos Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais são oferecidos dentro da concepção de interdependência e indivisibilidade entre eles, o que, jurídica e socialmente, representa a consciência da necessidade de pôr fim à opressão e à desigualdade, cedendo espaço aos valores humanistas, como os ideais de liberdade, igualdade e inclusão social.

Art. 6º, 1: “Todos os Estados devem cooperar, com vista a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, *sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*” (grifo nosso).

¹⁵⁰ Art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

¹⁵¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. In. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 23.

A DUDH trata dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão de forma interdependente e indivisível. Os Direitos Cíveis e Políticos são textualmente ofertados nos arts. I a XXI, como o direito à vida, à liberdade, à nacionalidade, à proteção contra tratamentos cruéis, contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa, aos direitos judiciais, como a presunção de inocência e a irretroatividade das leis penais; às liberdades cíveis, como a de pensamento, religião, opinião e expressão, entre outros. Os arts. XXII a XXVI asseguram Direitos Econômicos e Sociais, como o direito à subsistência, à alimentação, a um padrão de vida adequado à saúde, ao trabalho, ao lazer, ao repouso, à segurança e à instrução. Por fim, o art. XXVI trata especificamente dos Direitos Culturais.

Assim, para ter plena efetividade, é necessária a aplicação conjunta e associada dos Direitos de Primeira e Segunda Dimensão. Impossível pensar no direito ao sufrágio, Direito Político, quando, para o exercício deste, é requisito essencial a educação, Direito Cultural. Daí por que o PIDCP, em seu Preâmbulo, reconhece a indivisibilidade dos Direitos Humanos¹⁵².

Ressalta-se a interdependência dos Direitos Humanos quando se trata da liberdade e educação. O direito de escolha, proveniente da liberdade, não pode ser concebido se não houver formação necessária, essencial à fruição desses direitos¹⁵³. Não se pode pensar em democracia, representada pelas liberdades públicas, sem igualdade de oportunidades, condição essencial à Justiça Social. Segundo Flávia Piovesan, “Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos”¹⁵⁴.

¹⁵² “Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades cíveis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos cíveis e políticos, econômicos, sociais e culturais, [...]”

¹⁵³ *A legislação nacional e internacional assegura a todo cidadão a garantia fundamental de que terá direito ao devido processo legal, aos direitos políticos, ao acesso à informação. Como um trabalhador de baixa renda, analfabeto, e que não tem consciência do que sejam tais garantias pode usufruir delas? É praticamente nula a possibilidade. Por sua vez, exemplo prático de falta de acesso aos direitos sociais: estudante do 2º grau da rede pública trabalha 44 horas semanais, recebe salário mínimo e contribui com parcela das despesas domésticas de sua família; decide prestar vestibular para ingresso no curso de Direito de Universidade Federal. Nesta situação, falta capacidade para a satisfação dos direitos sociais.*

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios da Ordem Internacional Contemporânea*, cit., p. 19.

Os valores da liberdade e igualdade de oportunidades traduzidos na implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sob a ótica da Igualdade Material, são essenciais aos propósitos de implemento da Paz Social e Democracia.

Em Países ditatoriais, como a China, há total violação dos Direitos Civis e Políticos, bem como dos de Segunda Dimensão, na busca do Crescimento Econômico¹⁵⁵. Por sua vez, Países impregnados pela ótica liberal, mesmos os desenvolvidos economicamente, há constante desrespeito aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Amartya Sen, traçando relação direta entre liberdade e desenvolvimento social, afirma que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”¹⁵⁶.

Flávia Piovesan assegura que,

[...] sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação”¹⁵⁷.

É essencial a implementação conjunta dos Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. Um Direito não substitui outro, mas é fortalecido pela necessidade de aplicação conjunta e indissociável. Como os Direitos Humanos são indivisíveis, o desrespeito aos Direitos Civis e Políticos

¹⁵⁵ Em 2002 a China foi intitulada o País campeão de mortes por doenças do trabalho: 386.645 trabalhadores morreram, boa parte de *silicose*, conhecida pelos chineses como *pó no pulmão* (KAHN, Joseph. *Folha de S. Paulo*, 22 jun. 2003, Mundo-A21).

¹⁵⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 151.

gera como conseqüências jurídicas, pelo efeito dominó, o desrespeito aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

II.3 Principais Tratados de Direitos Humanos de Segunda Dimensão e o combate à discriminação nas relações de trabalho

II.3.1 Âmbito da ONU

A luta pela efetividade dos Direitos Humanos foi pautada em torno do respeito ao ser humano. O combate à discriminação e a preocupação de oferecer efetividade aos Direitos Humanos para todos os homens, sem perder de vista sua identidade e diferenças; estão presentes em todas as Convenções da ONU, sobretudo no PIDCP e no PIDESC, bem como nos Tratados que fazem parte do Sistema Especial de Proteção, como na Convenção Internacional sobre a Discriminação Racial e a Convenção Internacional sobre a Discriminação contra a Mulher.

Vale a pena registrar que, dentre os Tratados Internacionais da ONU, o que mais recebeu ratificações foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, contabilizando 185; somente 3 Estados-Membros ainda não o ratificaram: Somália, EUA e Venezuela. A CEDAW recebeu 177 ratificações, a Convenção Internacional sobre a Discriminação Racial, 166; o PIDCP recebeu 153, e o PIDESC, 149¹⁵⁸.

Isso mostra que a Comunidade Internacional tem interesses afins: o respeito ao ser humano, a implantação dos valores da liberdade e igualdade e a efetividade dos Direitos Humanos.

II.3.1.1 Pactos Internacionais de Direitos Humanos

Diante da necessidade de dar efetividade e expandir os Direitos de Primeira e Segunda Dimensão, considerando a indivisibilidade existente entre estes, em 1966 foram aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas e pela Resolução n. 2.200 os Pactos Universais de Direitos Humanos – Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Entraram em vigor somente em janeiro de 1976, após as ratificações necessárias, exigidas pelo PIDESC¹⁵⁹.

A Humanidade passou a ter como arcabouço internacional jurídico a Carta Internacional de Direitos Humanos ou *International Bill of Rights*, integrada pela DUDH e pelos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

A idéia de promulgação de Pactos Universais surgiu diante da ausência da força normativa necessária ao cumprimento obrigatório dos Direitos, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um Tratado, mas mera Declaração de valores, uma Carta de intenções. Ademais, era necessário detalhar melhor os Direitos Humanos para sua efetividade.

A então União Soviética propôs a promulgação de uma *Carta Internacional de Direitos Humanos* – composta pela Declaração Universal e um único Pacto Internacional que tratasse dos Direitos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. A proposta vencedora, encabeçada pelos EUA, tradicionalmente de cultura liberal, entendia que os Direitos Cíveis e Políticos têm aplicação imediata e são passíveis de cobrança, enquanto os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais seriam realizáveis progressivamente, sem ação

39. Disponível em www.unhchr.ch. Acesso em 17.7.2007.

¹⁵⁹ Art. 27 do PIDESC: “O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data de depósito, junto ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou de adesão”.

imediate do Estado, já que se trata de norma programática. Foram elaborados dois Pactos, dotados de juridicidade, que trataram de maneira detalhada dos Direitos Civis e Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais.

Com isso, a Humanidade passou a ser regida pelo *Internacional Bill of Rights*, ou Carta Internacional de Direitos Humanos, que representa o maior instituto jurídico de defesa do homem em sociedade, por ser instrumento de alcance geral de proteção.

II.3.1.1.1 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com vigência internacional a partir de 23 de março de 1976 e no Brasil desde 24 de abril de 1992, teve por fundamento os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, reafirmando o direito dos povos à autodeterminação e o dever do Estado-Parte de adotar medidas legislativas e administrativas essenciais à efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais oferecidos pelo Tratado, com ênfase nas liberdades públicas, sem discriminação de qualquer espécie.

Como Direitos Humanos ofertados pelo PIDCP, destacam-se os arts. 7º e 8º, que tratam da proibição da tortura, escravidão, servidão, trabalhos forçados ou obrigatórios. O art. 20, § 1º, inaugura na legislação internacional a proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade e à violência.

Importante ressaltar a defesa pela preservação da igualdade de tratamento e não discriminação no PIDCP. Logo em seu art. 2º, § 1º, discorre

acerca do compromisso assumido pelo Estado-Membro de garantir a todos que se encontrem em seu território o direito de não sofrer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, opinião pública ou de qualquer outra natureza. No art. 3º o PIDCP promove a igualdade entre os sexos.

Adiante, o art. 4º, § 1º, trata do núcleo inderrogável dos Direitos Humanos, assegurando que, mesmo nos casos excepcionais em que o Estado-Parte derogue obrigações decorrentes do Tratado, ainda assim, necessariamente, deverá ser preservado o direito de não ser discriminado por qualquer motivo:

Artigo 4º - 1.

Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

De forte impacto para a defesa do direito à igualdade e não discriminação, reconhecendo seu caráter de norma *cogens*, esse artigo tem implicação também em relação aos Direitos de Segunda Dimensão, pois, no Preâmbulo do Tratado, reconhece-se a indivisibilidade dos Direitos Humanos.

Destarte, o direito à igualdade de tratamento, bem como de não sofrer discriminação de qualquer natureza, inclusive nas relações de trabalho, são Direitos Humanos inderrogáveis. Por isso o Estado-Membro, mesmo em situações excepcionais, não pode deixar de promover normas-regras decorrentes e essenciais à aplicação do Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

II.3.1.1.2 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, com vigência internacional a partir de 3 de janeiro de 1976, ratificado por mais de 133 Estados, excluindo os EUA¹⁶⁰ e incluindo o Brasil, que ratificou o Tratado, sem reservas, em 1992. Foi o primeiro instrumento jurídico internacional, de abrangência genérica, a conferir obrigatoriedade à proteção aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Detalhou os valores definidos pela Declaração Universal acerca dos Direitos de Segunda Dimensão, necessários à Justiça social e gerando a obrigação do Estado, junto à Comunidade Internacional, de implementar os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Consubstancia-se no principal instrumento jurídico de defesa, implementação e obrigação aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tem por fundamento, inserido em seu Preâmbulo, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

De salutar importância à aplicação dos Direitos Humanos, destinados a todo cidadão, sem discriminação de qualquer natureza, o PIDESC amplia e assegura Direitos Humanos de Segunda Dimensão – Econômicos, Sociais e Culturais –, essenciais à vida digna em sociedade.

O grande ponto de destaque do PIDESC diz respeito a seu endereçamento. Enquanto o PIDCP é destinado aos indivíduos, o PIDESC

¹⁶⁰ Sábias palavras de Johan Galtung quanto à recusa dos EUA aos Direitos Humanos: “A resistência dos EUA à ONU pode ser entendida não só como uma luta de poder, na ordem temporal, entre os EUA e a ONU, mas também como uma recusa dos EUA deixar a ONU desempenhar seu papel de deus, substituindo assim a ordem espiritual (na qual os EUA, como o

endereça deveres aos Estados¹⁶¹. Assim, quanto aos Direitos Humanos de Primeira Dimensão, os jurisdicionados têm Direitos e Garantias contra o Estado. Quanto aos Direitos de Segunda Dimensão, são ofertados pelo Estado e por meio do Estado aos jurisdicionados.

O PIDESC é dividido em 5 partes:

1ª Parte: autodeterminação dos povos para assegurar o desenvolvimento econômico, social e cultural;

2ª Parte: progressividade na efetivação dos DESC por meio de esforço próprio e cooperação internacional – art. 1º (fundamento do PIDESC: *Princípio da Não Discriminação e Princípio da Igualdade* – arts. 2º e 3º);

3ª Parte: direitos a serem assegurados – arts. 6º a 15;

4ª Parte: sistema de monitoramento dos DESC – arts. 16 a 25;

5ª Parte: vigência.

A 1ª Parte do PIDESC dispõe sobre o direito à autodeterminação dos povos, portanto o direito a descolonização e conseqüente desenvolvimento econômico, social e cultural.

A 2ª Parte do PIDESC assegura a *ação progressiva na implementação dos DESC, por meio de medidas legislativas*. Essa norma encerra verdadeiro empecilho ao retrocesso da política social do Estado e responsabilidade deste pela omissão em promover a juridicidade do DESC. Com isso, quando o Estado ratifica o Tratado, aceita a impossibilidade jurídica de qualquer retrocesso quanto à oferta dos Direitos de Segunda Dimensão.

país de Deus, pode sentir-se mais profundamente implantados sem nada pelo meio)” (GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 16).

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 180.

Destarte, o PIDESC se traduz em verdadeira fonte de proteção aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, impedindo qualquer margem de supressão ou retrocesso de tais Direitos, seja pelo legislador, pelo Poder Constituinte Derivado ou, mesmo pelo Poder Constituinte Originário. Assim, ao aderir ao PIDESC, o Estado-Membro aceita a *cláusula de proibição do retrocesso social*¹⁶², que proíbe o retrocesso na efetividade dos DESC.

O ponto nevrálgico do PIDESC diz respeito a sua *aplicação progressiva, em particular por meio de medidas legislativas* (art. 2º), enquanto o PIDCP determina que a aplicação dos Direitos seja imediata.

Para dar efetividade à *ação progressiva* é essencial que seja traçado e desenvolvido plano de metas econômicas e sociais à implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; juntamente à cooperação internacional.

No que tange à *efetivação dos DESC mediante esforço próprio e cooperação internacional*, conforme art. 1º do PIDESC, em harmonia com os propósitos¹⁶³ da Carta das Nações Unidas, ratificado na DUDH, é essencial a cooperação dos Estados industrializados, sem perder de vista uma política sustentável de desenvolvimento essencial à implantação da Justiça Social, adotada pelos Países em desenvolvimento¹⁶⁴.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 183.

¹⁶³ “Art. 1º Os propósitos das Nações Unidas são: [...] 3º: Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e [...]”

¹⁶⁴ Os Estados Unidos da América têm-se mostrado peça-chave no impedimento à implementação material do Tratado. Explique-se. Os EUA, além de controlar a economia mundial, não ratificaram o PIDESC, não sendo passíveis de responsabilização internacional quanto à obrigação de cooperação internacional. Dessa forma, os Países em desenvolvimento permanecem numa eterna bola de neve: não recebem a *cooperação internacional* necessária à produção e exportação de produtos primários, e quando recebem, tornam-se cada vez mais devedores e controlados pelo FMI e pelo Banco Mundial. Com o Brasil não foi diferente. Em 1989, para conseguir empréstimo junto ao Banco Mundial e FMI, o País se comprometeu a quebrar barreiras alfandegárias, facilitar o capital especulativo internacional e desregular os direitos sociais – em especial os trabalhistas –, além de privatizar empresas estatais. O BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento anunciou, em 18.3.2007, que perdoará as dívidas externas dos 5 Países mais pobres da América Latina e do Caribe, respectivamente, Bolívia, Honduras, Nicarágua, Haiti e Guiana (*Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 mar. 2007, Brasil, A-19).

A efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais depende do desenvolvimento econômico, social e cultural, do esforço e da implantação de políticas públicas. A partir do início de sua vigência do Tratado em âmbito nacional, o Estado é obrigado a cumprir as diretrizes por ele asseguradas, ainda que de forma progressiva, sobretudo quanto ao direito material, patrocinando e promovendo a implantação de direitos dessa natureza.

Jayme Benvenuto Lima Jr., ao defender a efetividade dos DESC, afirma que

[...] a violação aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais acontece a partir do momento em que o estado não cumpre suas obrigações de regular os compromissos internacionais ou de promover as alterações previstas pela legislação nacional¹⁶⁵.

O autor propõe a criação de remédio jurídico, por ele chamado Ação de Cumprimento de Compromisso Social, destinado a garantir a execução das políticas sociais de implantação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O administrador público que descumprir referido remédio jurídico responderia civil e criminalmente¹⁶⁶.

Ressalte-se que Direitos Humanos, especialmente os de Segunda Dimensão, geram obrigações mediatas e imediatas para sua efetividade. Como efeitos imediatos, os Estados Membros do PIDESC têm a obrigação de garantir o exercício dos Direitos Humanos, sem retrocessos. Determinados Direitos têm aplicação imediata, independentemente de aplicação progressiva. Dentre estes é possível citar os referentes à liberdade sindical e à liberdade de escolha de profissão. Por sua vez, os efeitos mediatos decorrem de obrigações que dependem, para sua implantação, de Políticas Públicas, como remuneração que proporcione vida digna, saúde, segurança no trabalho, os direitos previdenciários, o direito à educação.

¹⁶⁵ LIMA JR., Jayme Benvenuto. Op. cit., p. 45.

¹⁶⁶ LIMA JR., Jayme Benvenuto. Op. cit., p. 122-3.

Ainda na 2ª Parte do PIDESC, os arts. 2º e 3º discorrem acerca da obrigação que os Estados-Membros têm de promover a igualdade de gênero, bem como o combate à discriminação na efetividade dos Direitos Humanos de Segunda Dimensão, incluindo entre estes a relação de trabalho:

Artigo 2º - 2

Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem distinção alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. [...]

Artigo 3º

Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os arts. 2º e 3º adotam o Princípio da Igualdade e Não Discriminação como fundamentação jurídica ao PIDESC. A aplicação material do referido Princípio jurídico não está vinculada à aplicação progressiva dos Direitos de Segunda Dimensão. Não se pode pensar em progressividade dos valores da igualdade e não discriminação. O direito à igualdade e não discriminação não é norma programática, que dependa da discricionariedade do Poder Legislativo do Estado-Membro. O direito à igualdade e não discriminação de qualquer natureza deve ser implementado tão logo entre em vigência interna nos Estados-Membros.

A 3ª Parte do PIDESC trata dos Direitos Humanos de Segunda Dimensão, individuais e coletivos, como o direito ao trabalho livremente escolhido, condições de trabalho seguras e higiênicas, descanso, lazer, férias, liberdade sindical, direito de greve, além de outro. Ressalte-se, ainda, também no art. 7º, a preocupação que o legislador internacional teve em promover a igualdade entre homens e mulheres, especialmente quanto à oportunidade e remuneração.

Ponto em que o PIDESC deixa a desejar diz respeito ao *sistema de monitoramento*, realizado por meio de relatórios, contendo as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-Membro para implantar e garantir a efetividade dos DESC, enviados periodicamente ao Secretário-Geral da ONU, que os encaminha ao Conselho Econômico e Social. O relatório pode indicar as dificuldades para implantação do PIDESC; e o Conselho Econômico e Cultural pode chamar a atenção para a necessidade de assistência técnica sobre a oportunidade de medidas internacionais capazes de contribuir para o exercício do Pacto.

Não cabe, contrariamente ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, o sistema de petição individual nem a comunicação interestatal, mediante Protocolo Facultativo, donde qualquer Estado-Parte pode alegar o descumprimento dos Direitos Humanos por outro Estado-Parte. Com essa possibilidade, o monitoramento ao respeito aos preceitos do PIDESC seria bem mais intenso.

Em 1987 foi criado o *Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* das Nações Unidas, em que ficou estabelecida sua competência para realizar o sistema de monitoramento aos Países signatários, na implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo uma das principais preocupações os grupos vulneráveis¹⁶⁷.

Acerca da atuação do Estado brasileiro perante o respeito aos Direitos Humanos de Segunda Dimensão, em conformidade com as obrigações estabelecidas nos Tratados de Direitos Humanos, em especial os arts. 16 e 17 do PIDESC, quanto à submissão de relatórios periódicos a serem submetidos ao Secretário-Geral das Nações Unidas, sobre medidas legislativas, judiciais e administrativas, o Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais produziu relatórios acerca da situação brasileira quanto à temática em questão.

¹⁶⁷ LIMA JR., Jayme Benvenuto. Op. cit., p. 36-38.

Destaca-se o relatório apresentado em maio de 2003, na 30ª sessão da ONU, quanto ao respeito aos Direitos Humanos de Segunda Dimensão, baseado, aliás, no relatório enviado pelo Estado brasileiro.

Como aspectos positivos, o Comitê destacou a adoção dos Direitos Humanos, inclusive os Econômicos, Sociais e Culturais, pela Constituição Federal; a adoção do novo Código Civil em 2002, estabelecendo igualdade de direitos entre homens e mulheres; a instalação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher; o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e programas de Ações Afirmativas para os afro-descendentes e mulheres; o Programa *Fome Zero*, entre outros.

Como motivos de preocupação foram enumerados, dentre outros: a discriminação contra os afro-descendentes e indígenas; a discriminação contra a mulher, especialmente no tocante ao acesso aos postos de trabalho, à remuneração e à baixa representatividade nos cargos de direção, inclusive no Governo Federal; a existência de trabalho em condições análogas à de escravidão, o tráfico de mulheres submetidas à exploração sexual^{168e169}.

A Ordem Jurídica dos Países signatários dos Tratados da ONU, em especial do PIDCP e PIDESC, tem sofrido sensível mudança para se adaptar à Ordem Internacional.

Merece destaque a legislação de Portugal. A Constituição da República portuguesa determina como tarefa fundamental do Estado, em seu art. 9º, a obrigação de promover e dar efetividade aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mediante a transformação das estruturas jurídicas e sociais¹⁷⁰.

¹⁶⁸ LIMA JR., Jayme Benvenuto. Op. cit., p. 36-38.

¹⁶⁹ Referidos temas, exceto a discriminação contra indígenas, serão discutidos oportunamente na 3ª Parte deste trabalho.

¹⁷⁰ Art. 9º, d: "São tarefas fundamentais do Estado: [...] d) promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; [...]" (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 13-14).

Adiante, na Parte I, que trata dos *Direitos e Deveres Fundamentais*, a Constituição portuguesa dedica o Título III aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Seu art. 58º ratifica a obrigação do Estado de promover o Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho, em especial a não discriminação em razão do sexo¹⁷¹. Em seguida, o art. 59º impõe a *cláusula de não discriminação* ao promover os direitos dos trabalhadores¹⁷².

No que tange ao Brasil, o *Bill of Rights* exerce grande impacto no Ordenamento Jurídico pátrio, em especial o PIDESC, quando assegura a permanência e progressividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, inserindo-os nas cláusulas pétreas, no § 4º do art. 60 da Constituição. Isso mostra a força renovadora dos Direitos Humanos¹⁷³.

II.3.1.2 Principais Tratados do Sistema Especial de Proteção que dispõem sobre a “discriminação nas relações de trabalho”

¹⁷¹ Art. 58, 2, b: “2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: [...] b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; [...]” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 44).

¹⁷² Art. 59º: “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; b) À organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar; c) À prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde; d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas; e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego; f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 45).

¹⁷³ Temática a ser apresentada, oportunamente, na Parte III deste trabalho.

O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, inaugurado com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos Internacionais relativos à efetividade dos Direitos de Primeira e Segunda Dimensão, é ampliado à medida que se implantam novos Tratados Internacionais com temática específica, retratando a necessidade de oferecer proteção ao homem específico. Forma-se assim o Sistema Especial de Proteção, fornecendo especial atenção aos grupos vulneráveis, diante de suas particularidades e necessidades.

Os Tratados de Direitos Humanos do Sistema Especial de Proteção abordam temática específica, sempre em torno da defesa das minorias, de acordo com as especificidades relativas a cada grupo, em especial no que diz respeito a fatores relativos ao gênero, raça, idade e etnia.

Os Tratados de Direitos Humanos, que fazem parte do Sistema Especial de Proteção, também adotam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade e Não Discriminação como base jurídica, como o PIDCP e o PIDESC, além das Ações Afirmativas, como instrumento jurídico essencial à implantação da igualdade material e não discriminação.

II.3.1.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A temática “discriminação” possui grande relevância nas Organizações Internacionais. Sob forte influência da luta internacional contra o *Apartheid* e preocupação com o possível surgimento de movimentos nazi-fascistas, refletida nos ideais de superioridade de determinada raça sobre as demais, em 21 de fevereiro de 1965 foi adotado pela ONU, ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968, um dos primeiros Tratados de Direitos Humanos do Sistema Especial de Proteção: A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

O Tratado tem como fundamento jurídico os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o da Igualdade e Não Discriminação; e seu objeto é a eliminação de toda forma de discriminação e segregação por motivo de *Raça*, inclusive quanto às ações que restrinjam ou anulem o gozo dos Direitos de Primeira e Segunda Dimensão.

O primeiro destaque do estudo diz respeito ao campo de proteção. Ao proibir qualquer ação que tenha a intenção de distinguir, excluir, restringir ou dar preferência a alguém no exercício dos Direitos Humanos, o Tratado não limita a proteção por motivo exclusivo de raça, mas estende a proibição de discriminação em razão da cor, descendência, origem nacional ou étnica. Destarte, não se permite qualquer idéia de superioridade-inferioridade de pessoas¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Art. 1º: “Discriminação Racial significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em

A Convenção impõe ao Estado-Membro, em seu art. 2º, o compromisso de combater e condenar toda e qualquer forma de discriminação racial, devendo inclusive modificar sua legislação interna para implementar política repressiva ao combate à discriminação.

Retratando a preocupação de combater a discriminação e de promover a inserção dos grupos vulneráveis, o Tratado em estudo inova ao inserir em seu texto o principal instrumento de igualdade material – as Ações Afirmativas.

Destarte, além do caráter repressivo-punitivo para todo ato que enseje discriminação, conforme os arts. 2º e 4º, a Convenção adota a vertente promocional, com política afirmativa, de caráter temporário, no intuito de minimizar as desigualdades sociais, e estender direitos, conforme o art. 1º, § 4º¹⁷⁵.

Os Estados signatários se comprometem a adotar políticas afirmativas com reflexo no âmbito público e privado – especialmente em relação aos Direitos de Segunda Dimensão, para incrementar a efetividade dos Direitos Humanos e a inclusão dos grupos étnicos menos favorecidos, bem como garantir liberdade e igualdade, conforme seu art. 2º¹⁷⁶.

Finalmente, o art. 14 do Tratado acerca da Discriminação Racial determina que os Estados-Partes poderão aceitar a competência do *CERD* –

igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”.

¹⁷⁵ Art. 1º, § 4: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

¹⁷⁶ Art. 2º: “Os Estados tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos, social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas”.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination para receber e examinar queixas enviadas por indivíduos ou grupos sob sua jurisdição que aleguem violação dos direitos elencados no Tratado. O Brasil aceitou e reconheceu a competência do Comitê por meio do Decreto Legislativo n. 57, de 26 de abril de 2002.

Destaca-se, dentre outros, o relatório apresentado em abril de 2004, pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na 64ª sessão da ONU, focada no Estado brasileiro.

Como aspecto positivo, o Comitê destacou a aprovação, em 2002, do Programa Nacional de Ação Afirmativa e a promulgação da Lei n. 9.459/97, que estende a aplicação das sanções decorrentes de atos de discriminação fundada na etnia, religião e nacionalidade. O principal motivo de preocupação é a segregação racial e étnica. O Comitê recomendou ao Estado brasileiro a intensificação de esforços na luta contra a discriminação racial e a eliminação das desigualdades estruturais, em especial por meio da implementação das Ações Afirmativas¹⁷⁷.

II.3.1.2.2 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

¹⁷⁷ NAÇÕES UNIDAS. Comitê para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención*. Brasil. 28.4.2004.

O preconceito contra a mulher está imbuído na sociedade global em todas as camadas sociais, nos Países industrializados e em desenvolvimento. Apesar disso, somente em 18 de dezembro de 1979 foi adotada pela Assembléia Geral da ONU, com 130 votos a favor e 11 abstenções, a Convenção Sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW. O Brasil assinou a Convenção na mesma data, mas sua ratificação somente se deu em 1º de fevereiro de 1984.

Merece registro o fato de que a Convenção em defesa dos Direitos Humanos da Mulher foi concebida vários anos após o movimento de liberação feminina, que nasceu na década de 60 e se intensificou nos anos 70, especialmente em relação às questões voltadas para a liberdade sexual, bem como aos Direitos Políticos. Já havia, aliás, ocorrido, na Cidade do México, a 1ª Conferência Internacional da Mulher.

Dentre as diversas formas de discriminação contra a mulher, chamam a atenção as motivadas por fatores culturais que ensejam a supervalorização do homem em detrimento da mulher: são exemplos o estupro marital, os espancamentos domésticos, os abortos de fetos do sexo feminino, a mutilação genital feminina, a cremação de viúvas vivas junto ao cadáver do marido, entre outras¹⁷⁸.

A CEDAW, o mais importante instrumento jurídico internacional em defesa da mulher, cujo fundamento jurídico é o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, tem por objeto o combate à discriminação contra a mulher e a implementação da igualdade de tratamento entre os sexos, além da implantação dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão. Busca, aliás, quebrar o paradigma segundo o qual a mulher é relegada a plano secundário na sociedade.

¹⁷⁸ COOMARASWAMY, Radhika. *Report of the especial Rapporteur on Violence Against Women: its Causes and Consequences, Remined in Accordance with Commission of Human Rights Resolution 1995/85*. Apud ALVES, José Augusto Lindgren. Op. cit., p. 118.

O art. 1º da Convenção define a discriminação contra a mulher como toda restrição, baseada em sexo, que tenha por objeto ou resultado impedir o exercício dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão. O art. 2º impõe ao Estado-Membro a consagração e implementação do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, por meio de sua legislação constitucional e infraconstitucional; a adoção de sanções cabíveis a seu desrespeito e, inclusive, a derrogação de legislação contrária à igualdade entre os sexos.

O Tratado em estudo inova no sentido de obrigar Estados-Partes a combater não somente a discriminação exercida pelo Estado, mas também a silenciosa, que ocorre na esfera privada, inclusive no ambiente familiar. Conforme seu art. 5º¹⁷⁹, o Estado-Membro deverá adotar medidas necessárias para mudar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, interferindo no ambiente privado para eliminar as práticas ordinárias inseridas na sociedade baseadas na superioridade masculina.

A Convenção em estudo se preocupou em proteger a mulher não somente em face de seu papel materno, mas em especial no que tange à relação de trabalho. O art. 11 - 1 dispõe sobre as medidas que os Estados-Partes devem adotar para assegurar a igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho, em especial o direito ao trabalho, à oportunidade de emprego, incluindo critérios de seleção, o direito à promoção, à remuneração, a proibição da demissão por motivo de gravidez, entre outros¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Art. 5º: “Os Estados-partes tomarão as medidas apropriadas para: a) modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vista a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres. [...]”.

¹⁸⁰ Art. 11-1: “Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: a) o direito ao trabalho com direito inalienável de todo ser humano; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego; c) o direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho; e) o direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria,

Além do modelo geral de proteção, que reprime toda e qualquer forma de discriminação, o Tratado também adota o modelo de inclusão, por meio das Ações Afirmativas, a fim de acelerar a igualdade material entre homens e mulheres, conforme seu art. 4º¹⁸¹.

Ressalte-se que a implementação dos referidos instrumentos jurídicos deve ser promovida especialmente nas relações de trabalho, a fim de acelerar a igualdade de oportunidades, sobretudo a representatividade do sexo feminino nas diversas funções da empresa.

É essencial adaptar os instrumentos jurídicos nacionais aos preceitos de ordem internacional, principalmente as normas que proibam a discriminação contra a mulher, bem como adotar medidas capazes de proporcionar o progresso das mulheres, inclusive o laboral, e eliminar a idéia de superioridade de um dos sexos.

No que tange ao monitoramento do respeito aos preceitos da CEDAW, em 22 de dezembro de 2001 entrou em vigor, no plano internacional, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificado pelo Brasil em 30 de julho de 2002.

desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito à férias pagas; f) o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive à salvaguarda da função de reprodução. 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para: a) proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou de licença-maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil; b) implantar a licença-maternidade, com salário pago ou benefícios sociais compatíveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais; c) estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante o fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinada ao cuidado das crianças; d) dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas. 3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derrogada ou ampliada, conforme as necessidades”.

¹⁸¹ Art. 4º-1: “A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade e tratamento houverem sido alcançados. 2. A adoção pelos

O Protocolo Facultativo amplia o sistema de monitoramento ao permitir que qualquer pessoa ou grupo de pessoas apresente petições ao Comitê de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher por violação impetrada pelo Estado. O Comitê tem competência para analisar os relatórios periódicos enviados pelos Estados-Partes, responsabilizando-os por atos omissivos e comissivos cometidos pelos agentes públicos, quando não atuam de forma correta na investigação e punição dos atos que ensejam discriminação contra a mulher.

II.3.1.2.3 Outros Tratados que dispõem sobre a “discriminação nas relações de trabalho”

Hodiernamente, dois grupos de minorias sociais têm chamado a atenção da ONU – pessoas portadoras de deficiência e trabalhadores migrantes, no que tange à necessidade de implantação de proteção, inclusive quanto às relações de trabalho.

Estados-partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória”.

Um dos fatores sociais de maior destaque na comunidade global é o contingente de pessoas que saem de Países em desenvolvimento e migram para Países industrializados, em busca de melhores condições de vida, incluindo no trabalho.

Segundo dados da Organização Internacional para Migrantes, uma em cada 36 pessoas mora fora de seu País de origem. Um total de 191 milhões de pessoas já participou do fluxo migratório em busca de vida melhor, a metade dos migrantes formada por mulheres, que buscam refúgio, oportunidades sociais e casamento, dentre outros motivos¹⁸².

Em 18 de dezembro de 1990 foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família*¹⁸³, tendo entrado em vigor em 1º de julho de 2003, após atingir as ratificações necessárias. Atualmente, o Tratado conta com 28 Países signatários, dentre Países da América do Sul, como Argentina, Chile e o Peru; exclui-se o Brasil.

A preocupação basilar do Tratado Internacional é a aplicação dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão aos trabalhadores migrantes, bem como aos membros de sua família, incluindo a proibição contra atos de racismo, discriminação e xenofobia, perpetrados contra estes.

O art. 1º da Convenção dispõe sobre os destinatários da proteção internacional – trabalhadores migrantes e suas famílias. Tem aplicação durante todo o processo de migração, partida e trânsito, sem qualquer distinção, enquanto o art. 2º define a acepção jurídica para trabalhador migrante.

Os Estados-Partes, ao ratificar o Tratado, segundo seu art. 7º, assumem o compromisso de respeitar os Direitos Humanos de Primeira e

¹⁸² Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=3347. Acesso em 25.6.2007.

¹⁸³ No texto original: *Internacional Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*.

Segunda Dimensão, bem como coibir qualquer forma de discriminação contra os trabalhadores migrantes e seus familiares.

O art. 54 da Convenção assegura o respeito ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho ao migrante que tenha obtido permissão para trabalhar, quando compromete o Estado-Membro a respeitar e implementar a igualdade de tratamento entre o trabalhador migrante e seus nacionais.

Quanto a outra minoria social em discussão, em 6 de dezembro de 2006 as Nações Unidas, em sua 61ª sessão, pela Resolução A/RES/61/106, adotou a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*¹⁸⁴ e o Protocolo adicional à Convenção, que se encontram, atualmente, abertos para assinaturas e ratificações pelos Estados-Membros¹⁸⁵.

Segundos dados recentes, aproximadamente 650 milhões de pessoas, 10% da população mundial são portadoras de deficiência¹⁸⁶, considerando a de ordem física e mental.

O Tratado tem por objeto o combate à discriminação e à marginalização perpetrada na sociedade, excluindo as pessoas portadoras de deficiência das relações sociais, inclusive as relacionadas ao trabalho.

A idéia da Convenção é inserir as pessoas portadoras de deficiência, por meio da implementação dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão já oferecidos pelo *Bill of Rights* – DUDH, PIDCP e PIDESC. Dentre outros Direitos Humanos, a educação, o direito ao trabalho e o acesso à justiça e informação, à saúde, à reabilitação e à não discriminação.

¹⁸⁴ No texto original, o Tratado adota a seguinte terminologia, ainda não traduzida oficialmente para o português: “*Convention of the Rights of Persons with Disabilities*”.

¹⁸⁵ Até a presente data, 95 Estados-Membros já assinaram, e somente a Jamaica ratificou o Tratado. O Brasil o assinou, bem como a seu Protocolo, mas ainda não o ratificou.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.un.org/apps/sp/sgstats.asp?nid=2332>. Acesso em 23.5.2007.

A Convenção em estudo adotou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento principal, e a proteção e promoção dos Direitos Humanos, sobretudo o direito à igualdade, como objeto principal, conforme o art. 1º¹⁸⁷.

Adiante, seu art. 3º assegura os seguintes direitos: igualdade de oportunidades, direito de não ser discriminado; direito a participar da sociedade; direito a ser respeitado de acordo com suas diferenças e a aceitação das pessoas com deficiência, como parte da diversidade humana; direito ao acesso; igualdade entre homens e mulheres; respeito à evolução das capacidades das crianças com deficiência, inclusive quanto à preservação de suas identidades.

Após a ratificação do Tratado, o Estado é obrigado a adotar medidas administrativas, legais e qualquer outra que promova o combate à discriminação contra pessoas portadoras de deficiência, conforme os arts. 4º e 5º.

Além das Convenções específicas ora tratadas, merecem destaque na defesa dos Direitos Humanos, em especial os de Segunda Dimensão, a Proclamação de Teerã, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, bem como a Declaração de Viena.

Em 1968, dois anos após a promulgação do PIDESC e do PDCP, foi adotada, na Conferência Mundial de Teerã, a *Proclamação do Teerã*, com o objetivo de examinar os progressos alcançados nos anos após a DUDH; e de promover a efetividade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos; além de ressaltar a importância do respeito à aplicação do Princípio da Igualdade e Não Discriminação para promoção dos Direitos Humanos.

Os arts. 1o, 5o, 8o e 11 ratificam a necessidade de oferecer os Direitos Humanos a todas as pessoas, tendo em vista o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

¹⁸⁷ "Article 1 - The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and

O art. 1^{o188} da Proclamação de Teerã é enfático quanto à obrigação que têm os Estados-Membros de respeitar os Direitos Humanos, sem discriminação de qualquer natureza quanto ao sujeito de direito. O art. 5^{o189} dispõe que o respeito à não discriminação é requisito essencial à efetividade da universalidade dos Direitos Humanos; o art. 8^{o190} trata da discriminação racial e da necessidade de combatê-la. Finalmente, o art. 11^{o191} aponta que uma das causas da *degeneração* dos Direitos Humanos é a discriminação.

Por fim, ficou constatado na Proclamação de Teerã que a política de implementação dos Direitos de Primeira Dimensão, excluindo a proteção aos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, desrespeitando, portanto, a indivisibilidade dos Direitos Humanos, gera exclusão social, marginalização, miséria, violência nas grandes cidades. Com isso o total descompasso entre os Países: de um lado os que acompanham o processo de globalização da economia, de outro os que se encontram à margem do mundo globalizado. Vale a pena ressaltar que a exclusão social atinge também os Países industrializados.

Em 1986, como resposta à secundarização dos Direitos Humanos em nome do desenvolvimento, a ONU adotou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, com 146 votos a favor e somente um contrário, dos Estados Unidos da América.

equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.”

¹⁸⁸ “É indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou qualquer outra espécie.”

¹⁸⁹ Art. 5º: “As Nações Unidas estabeleceram como objetivo supremo em relação aos direitos humanos que a humanidade usufrua da máxima liberdade e dignidade. Para que possam ser alcançados estes objetivos, é preciso que as leis de todos os Países reconheçam para cada cidadão, independente de raça, idioma, religião, assim como o direito de participar plenamente na vida política, econômica, social e cultural de seu país; [...]”.

¹⁹⁰ Art. 8º: “É preciso fazer com que os povos do mundo dêem conta do mal da discriminação racial e se unam para combatê-la. A aplicação deste princípio de não discriminação, consagrado na Carta das Nações Unidas, A Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, constitui uma tarefa urgentíssima da humanidade, tanto no plano internacional como no nacional. Todas as ideologias baseadas na superioridade racial e na intolerância devem ser condenadas e combatidas; [...]”.

¹⁹¹ Art. 11: “A notória degeneração dos direitos humanos derivada da discriminação por motivo de raça, religião, crença ou expressão de opiniões ofende a consciência da humanidade e põe em perigo os fundamentos de liberdade, de justiça e de paz no mundo; [...]”.

Embora não goze da mesma força jurídica que os Tratados Internacionais, foi promulgada com o intuito de ratificar os propósitos e Princípios da ONU – em especial a efetividade dos Direitos Humanos, a promoção do Princípio da Igualdade e Não Discriminação e a erradicação da pobreza.

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento reconhece a discriminação racial, o colonialismo, a dominação estrangeira, entre outros fatores, como obstáculos ao desenvolvimento, sendo essencial a implantação dos Direitos de Primeira e Segunda Dimensão de forma interdependente e indivisível.

Para tanto, exalta a necessidade de promover os Direitos Humanos a todos os povos, sem distinção de qualquer natureza, bem como o direito ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político por meio de políticas nacionais adequadas e da cooperação internacional.

Seu art. 6º ressalta o Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas relações de trabalho. No § 1º determina que os Estados promovam os Direitos Humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Em seguida, o § 3º determina que os Estados tomem providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos Direitos Civis e Políticos, bem como os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Há bastantes dificuldades na implantação dos Direitos Humanos, em especial quanto aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Países industrializados têm desrespeitado o compromisso assumido junto à ONU de oferecer cooperação internacional aos Países em desenvolvimento. Esquecem de que parcela de seus problemas – o tráfico de drogas – é importada desses Países.

Em 1993 foi promulgada a Declaração de Viena, que ratificou o ideal de indivisibilidade, interdependência e alcance universal dos Direitos Humanos. Seu Preâmbulo adota os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, além da Igualdade e Não Discriminação como fundamento jurídico; reafirma a

igualdade entre homens e mulheres nas nações grandes e pequenas, além do combate a toda e qualquer forma de discriminação e violência impetradas contra as mulheres, em toda parte do Globo.

A Declaração e o Programa de Viena adotam o fortalecimento da cooperação internacional, por meio da implementação de programas de ajuda técnica e financeira dos Estados Membros das Nações Unidas para com outros menos favorecidos financeiramente, além de ajudar a diminuir a dívida externa desses Países¹⁹².

Com isso, o projeto de democracia universal e minimização das desigualdades sociais, além da promoção à efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, toma corpo e estrutura, e caminha ao encontro dos propósitos de respeito aos valores de liberdade e igualdade.

Por fim, a preocupação com os grupos vulneráveis também foi destaque na Declaração de Viena. Ficou expressa a necessidade de promover e proteger os Direitos Humanos aos grupos vulneráveis, como os migrantes e pessoas portadoras de deficiência, visando a impedir toda forma de discriminação.

II.3.2 Âmbito da OEA

Aliados ao Sistema Global, os Direitos Humanos são protegidos, também, pelo Sistema Regional de Proteção, traçado de acordo com fatores

¹⁹² Art. 12: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela à comunidade internacional, no sentido de que a mesma empreenda todos os esforços necessários para ajudar a aliviar a carga da dívida externa dos Países em desenvolvimento, visando a complementar os esforços dos Governos desses Países para garantir plenamente os direitos econômicos, sociais e culturais dos povos”.

geográficos – América, Europa e África. Os Países das Américas e do Caribe formam, assim, a Organização dos Estados Americanos – OEA¹⁹³.

A OEA foi criada em torno da idéia de promover os Direitos Humanos, a cooperação regional entre os Estados-Membros para seu desenvolvimento econômico, social e cultural e a implementação da democracia e da justiça social.

O Sistema Interamericano é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos principais instrumentos jurídicos são a *Carta dos Estados Americanos*, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, aprovada em 1948 e reformada em 1967, 1985, 1992 e 1993 pelos Protocolos de Buenos Aires, de Cartagena das Índias, de Washington e de Manágua, respectivamente, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, tem como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e como propósitos principais, além da promoção dos Direitos Humanos, entre outros, garantir a paz e segurança, promover a democracia, a cooperação entre os povos para o desenvolvimento econômico, social e cultural e erradicar a pobreza.

A Carta da Organização dos Estados Americanos confere competência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como principal órgão do Sistema Interamericano, a atribuição principal de promover e defender os Direitos Humanos, além de cumprir o papel de órgão consultivo dos Estados-Membros e da própria OEA.

¹⁹³ Estados Membros da OEA: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Santa Kitt e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trindade e Tobago, Estados Unidos da América, Uruguai e Venezuela. Disponível em: www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp. Acesso em 13.4.2007.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, regida por seu *Estatuto*, aprovado em outubro de 1979, é o órgão competente para promover a observância dos Direitos Humanos. Entre suas funções está expedir recomendações, solicitar informações e examinar as comunicações e denúncias de violação dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos aos Direitos Humanos. Cumpre também a função de órgão consultivo da OEA.

Conforme o art. 23 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acerca da defesa dos Direitos Humanos de Segunda Dimensão, inclusive contra a discriminação nas relações de trabalho; qualquer pessoa pode apresentar petições à Comissão sobre possível violação dos Direitos Humanos contidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo de San Salvador e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁹⁴.

É essencial que tenha havido esgotamento dos recursos internos nos Estados-Membros, salvo quando, não tendo sido respeitado o *devido processo legal*, o suposto lesado não tenha tido direito à interposição de recursos; e, ainda, na hipótese de atraso injustificado por parte do Poder Judiciário para decidir o caso¹⁹⁵.

Inicialmente é proposta *solução amistosa* às partes para, não sendo possível, sugerir ao Estado-Membro medidas a serem adotadas em relação ao caso. Quando o Estado não toma qualquer providência, o caso é enviado e apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que o Estado infrator tenha aceitado previamente sua jurisdição.

¹⁹⁴ Art. 23: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre presumidas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão”.

¹⁹⁵ Art. 31 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por sua vez, cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos o exercício da jurisdição contenciosa limitada aos Estados-Membros que tenham reconhecido previamente sua competência¹⁹⁶, e hajam sido denunciados por outro Estado-Parte, quanto à inobservância dos Direitos Humanos por qualquer um dos três Poderes; gerando, como conseqüência, responsabilidade de cunho pecuniário ao Estado¹⁹⁷.

A Corte Interamericana cumpre também a função de jurisdição consultiva aos Estados-Partes, interpretando Tratados de Direitos Humanos relacionados à OEA, inclusive quanto à Declaração Americana de Direitos Humanos.

Chama a atenção o Parecer Consultivo n. 18, proferido em 17 de setembro de 2003, solicitado pelo México, concernente aos trabalhadores migrantes. A Corte Interamericana assegurou que o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, como direito internacional de ordem pública, tem aplicação nas relações de trabalho:

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación há ingresado en el dominio del jus cogens¹⁹⁸.

Quanto à função jurisdicional contenciosa, a competência da Corte Interamericana se dá quando o Estado-Membro a reconhece sua, respondendo civilmente em caso de condenação.

¹⁹⁶ O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana em 3.12.1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89.

¹⁹⁷ No caso do Brasil, a União é condenada a pagar indenização à vítima.

¹⁹⁸ BOLFERR, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1. p. 633.

Desde já merece registro o fato de que o Estado brasileiro responde junto à Comissão Interamericana por crimes de racismo ocorridos na fase pré-contratual da relação de trabalho¹⁹⁹.

O Relatório n. 66/06, caso n. 12.001²⁰⁰, tem por mérito apontar a omissão do Estado brasileiro em garantir o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, além de violar o dever de garantir a não discriminação por motivo de raça, no exercício do direito ao emprego, em desrespeito aos arts. 1º, 8º, 24 e 25 da Convenção Americana. No caso em questão, houve omissão do Brasil para apurar discriminação racial perpetrada contra mulher negra ao ser recusada para preencher vaga em empresa, e em razão de constar em anúncio de emprego o requisito “cor branca” para ocupar o cargo de empregada doméstica. O Poder Judiciário estadual arquivou o processo, alegando que referida ação não se consubstancia em prática de discriminação, embora tenha sido comprovada a materialidade do tipo penal.

Ao concluir o caso, dando procedência à ação, a Comissão Interamericana determinou que o Estado brasileiro promova os Direitos Humanos consagrados na Convenção, além de reconhecer publicamente sua responsabilidade internacional por violação aos Direitos Humanos, devendo estabelecer valor pecuniário a ser pago à vítima a título de indenização por danos morais.

Por fim, em outro caso apresentado à Comissão Interamericana, em fase de apreciação do mérito, conforme o Relatório n. 84/06, Petição n. 1.068/03, acerca de discriminação em fase pré-contratual do trabalho em razão de raça e cor, bem como desrespeito ao devido processo legal, o Estado brasileiro responde por suposta violação aos arts. 1º e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os arts. 3º, 6º e 7º do Protocolo de San Salvador.

¹⁹⁹ Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm. Acesso em 8.2.2007.

II.3.2.1 Principais instrumentos jurídicos do Sistema Interamericano que abordam a temática “discriminação nas relações de trabalho”

Ressalte-se que o Sistema Regional de Proteção e seus instrumentos jurídicos de proteção ao ser humano encontram-se em total harmonia com o Sistema Geral de Proteção quando promovem os Direitos de Primeira e Segunda Dimensão, combinam os valores liberdade e igualdade e oferecem proteção especial aos grupos vulneráveis, situados nas Américas e no Caribe.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1948 juntamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos, é o primeiro instrumento internacional da Organização dos Estados

²⁰⁰ O caso foi peticionado pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional, pela Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e pelo

Americanos. Tem por fundamento, inserido em seu Preâmbulo, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação.

A igualdade e não discriminação, além de fundamentar a Declaração Americana, é direito de todos, sem qualquer distinção de raça, língua ou crença, conforme seu art. II.

A Declaração enfatiza a universalidade e interdependência dos Direitos Humanos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais e, especialmente, o alcance universal. Como Direitos de Segunda Dimensão ofertados no Capítulo 1º, destaca-se a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, além do direito à educação, ao descanso, ao trabalho, à previdência social e ao lazer.

Como principal instrumento jurídico internacional-regional da OEA, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 18 de junho de 1978, após o depósito de sua 11ª ratificação, tendo a maioria dos Estados americanos aderido à Convenção, inclusive o Brasil, em 25 de setembro de 1992²⁰¹.

A Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece e promove os Direitos Humanos de forma indivisível, ratifica os propósitos do Sistema Geral de Proteção e implementa, no Sistema Regional de Proteção, os direitos essenciais da pessoa humana.

Logo no art. 1º o Princípio da Igualdade e Não Discriminação foi textualmente reconhecido a todo ser humano, devendo ser respeitada pelos

Instituto do Negro Padre Batista, em favor de Simone André Diniz.

²⁰¹ 24 dos 35 Países que fazem parte da Organização dos Estados Americanos aderiram à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela. Trinidad y Tobago denunciou a Convenção em 26.5.1998. Disponível em: www.oas.org/juridico/english/sigs/b-32.html. Acesso em 12.4.2007.

Estados-Partes a obrigação de garantir a seus jurisdicionados o exercício dos Direitos Humanos, sem discriminação de qualquer motivo:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Apesar de reconhecer a indivisibilidade na efetividade dos Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica oferece especial atenção aos Direitos Humanos de Primeira Dimensão, dedicando 22 artigos a esses Direitos. Por sua vez, deixa a desejar na implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, restrita ao art. 26, que trata, exclusivamente, da *progressividade e cooperação internacional* na realização desses Direitos²⁰².

Apesar da omissão em relação ao desenvolvimento dos Direitos de Segunda Dimensão, oportunamente desenvolvidos por meio do Protocolo de San Salvador, a Convenção Americana, em seu art. 27²⁰³, traz o núcleo inderrogável dos Direitos Humanos, portanto as cláusulas pétreas que, mesmo em caso de guerra ou perigo público, o Estado-Parte não pode deixar de respeitá-los.

Entre os Direitos inderrogáveis encontra-se o direito a não sofrer discriminação fundada em motivo de raça, sexo, cor, sexo, idioma, religião ou

²⁰² “Art. 26 – Desenvolvimento Progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

²⁰³ “Art. 27 – Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.”

origem social, traduzindo a harmonia de propósito existente entre o Sistema Global e o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos.

Em 17 de novembro de 1988, a Organização dos Estados Americanos adotou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – conhecido como *Protocolo de San Salvador*, que entrou em vigor em novembro de 1999, após o 11º instrumento de ratificação. O Brasil o ratificou em 21 de agosto de 1996.

Com o intuito de garantir e dar efetividade aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentro do contexto de indivisibilidade dos Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador oferece direitos e assegura a possibilidade de serem incorporados outros de Segunda Dimensão, além de, em seu Preâmbulo, demonstrar preocupação com a *dignidade da pessoa humana*²⁰⁴.

O art. 3º²⁰⁵ do Protocolo de San Salvador atenta para a *obrigação de não discriminação* dos Estados Partes, derivada do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, quanto ao exercício dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.

Adiante, dos arts. 6º a 18, é assegurado o compromisso assumido pelos Estados-Partes de garantir a plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente em condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, incluindo a igualdade de remuneração, o direito à promoção e ao avanço no trabalho, além de outros.

²⁰⁴ Preâmbulo: “[...] Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, [...]”.

²⁰⁵ “Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

Ressalta-se que o Protocolo de San Salvador expressa necessária atenção ao trabalhador hipossuficiente, em especial à pessoa portadora de deficiência, devendo os Estados-Partes implementar Ações Afirmativas para proporcionar a igualdade material de Direitos Econômicos e Sociais, conforme o art. 6º, § 2º²⁰⁶, bem como o art. 18, a²⁰⁷.

Ainda quanto ao Protocolo de San Salvador, é possível a apresentação de Reclamações Individuais – Sistema de Petições Individuais – para fazer valer os direitos à educação – art. 13²⁰⁸ – e à liberdade sindical – art. 8º²⁰⁹, não se limitando ao sistema de monitoramento por meio de relatórios periódicos.

Em 1994 foi aprovada pela OEA a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, com vigência internacional a partir de 5 de março de 1995, tendo sido ratificada pelo Brasil no mesmo ano.

Conhecida como *Convenção de Belém do Pará*, o Tratado em estudo representa o reconhecimento pela Comunidade Jurídica Interamericana da existência de violência, resultado da discriminação contra a mulher, nas esferas

²⁰⁶ Art. 6, § 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 destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho”.

²⁰⁷ Art. 18, a: “Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a) Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; [...]”.

²⁰⁸ “Art. 13 – Direito à Educação: Ensino de 1º grau – gratuito; Ensino de 2º grau: implantação progressiva de ensino gratuito; Ensino Superior: implementação progressiva de ensino gratuito”. Programa diferenciado de ensino para a PPD. Ressalte-se que todo o artigo encontra-se em harmonia com a Norma Constitucional brasileira, conforme o art. 208.

²⁰⁹ “Art. 8º – Direitos Sindicais – Pluralidade Sindical e Direito de Greve: O Sistema Jurídico Pátrio não adota a pluralidade sindical, mas a *unicidade sindical*”. Ao trabalhador cabe o direito de se filiar ou não ao sindicato de sua categoria – somente um sindicato por base territorial – art. 8º, II, da CF.

pública e privada, sendo essencial maior proteção internacional nas duas esferas de aplicação.

O art. 5º²¹⁰ da Convenção assegura a toda mulher o pleno exercício dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda dimensão, bem como sua proteção consagrada nos Tratados Internacionais da ONU, OEA e OIT.

Entre as normas que dispõem sobre o compromisso assumido pelo Estado-Parte de promover o Princípio da Igualdade, proporcionando especial atenção à mulher, destaca-se o art. 6º, que dispõe sobre o direito da mulher de não sofrer qualquer forma de discriminação, além de acabar com estereótipos de comportamento sociais e culturais baseados na inferioridade e subordinação da mulher.

Destarte, é dever do Estado-Parte adotar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a discriminação contra a mulher, com a implantação de legislação e medidas administrativas capazes de atingir tal objetivo.

Os Estados, com a ratificação desse Tratado, têm o dever de modificar toda legislação interna que se encontre em desarmonia com este, conforme os arts. 7º a 9º em especial, a que tolera a violência contra a mulher ou é negligente em relação a sua apuração, inclusive por parte de suas próprias autoridades, quanto à discriminação direta e indireta por motivo de gênero.

Finalmente, além da mudança na legislação interna, os Estados-Partes se comprometem a adotar programas destinados a promover, ainda que *progressivamente*, o conhecimento da observância dos direitos da mulher, modificar padrões sociais e culturais que conduzam ao preconceito e à

Em relação ao Direito de Greve, a Constituição assegura o Direito, *competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade e conveniência de exercê-lo.*

²¹⁰ “Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.”

superioridade ou inferioridade de qualquer dos gêneros, que conduzam à violência contra à mulher.

Além da *mulher*, outro grupo vulnerável que chama a atenção do Sistema Regional de Proteção é o formado por pessoas portadoras de deficiência. A *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*, adotada na Cidade da Guatemala, em julho de 1999, com vigência internacional a partir de 14 de setembro de 2001, e depósito de ratificação do Brasil em 15 de agosto de 2001; tem por fundamento jurídico o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, sendo seu objeto a promoção e proteção dos Direitos Humanos às pessoas portadoras de deficiência.

Como meio de impedir e eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista ou de qualquer natureza, a fim de inserir essas pessoas no ambiente laboral, inclusive por meio de Ações Afirmativas.

Com uniformidade em relação aos preceitos inseridos no Sistema Regional de Proteção, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação foi inserido em boa parte da legislação dos Estados Partes da OEA.

Praticamente todas as Constituições americanas discorrem sobre o direito à igualdade de tratamento, incluindo a cláusula de não discriminação²¹¹.

²¹¹ Argentina: “Artigo 16: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangue, 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”.

Brasil: “Art. 5º: 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, liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, [...]”.

Costa Rica: “Artigo 33: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. “Artigo 54: Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/igualdad.html>. Acesso em 7.3.2007.

Alguns Textos Constitucionais, como o da Bolívia, Chile, Equador e México, dão destaque à inclusão da igualdade entre homens e mulheres de forma expressa²¹². As Constituições da Colômbia e Venezuela tratam da aplicação de Ações Afirmativas para promover a igualdade real em favor dos grupos marginalizados²¹³.

²¹² Bolívia: “Artigo 6: Personalidad y capacidad jurídicas: I – Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera. [...] III – La mujer y el hombre son iguales ante la Ley y gozan de los mismos derechos políticos, sociales, económicos y culturales”.

Chile: “Artigo 19: La Constitución asegura a todas las personas: N. 2 – La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. [...] Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; N. 3 – La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Equador: “Artigo 23: Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 2. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole. [...] Artigo 34: El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad. [...] Artigo 41: El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

México: “Artigo 4: *El varón y la mujer son iguales ante la ley [...].* Artigo 12: *En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país*” (Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/igualdad.html>. Acesso em 7.3.2007).

²¹³ Colômbia: “Artigo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginalizados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ella se cometan”.

Venezuela: “Artigo 21: Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas em la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda la persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que pueden ser discriminados, marginalizados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. 3. Solo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas. 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias” (Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/igualdad.html>. Acesso em 7.3.2007).

A inserção do signo da igualdade no Ordenamento Jurídico Interno dos Estados Membros da OEA, sobretudo a implantação de Ações Afirmativas destinadas aos grupos marginalizados, ressalta a harmonia de interesses de implementação dos Direitos Humanos, sem perder de vista a universalidade de destinatários.

II.3.3 Âmbito da OIT

A Organização Internacional do Trabalho – OIT foi criada após o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, em 1919, pela Conferência da Paz, quando foi aprovado o Tratado de Versalhes, sendo por isso considerada parte da Sociedade das Nações. Todos os 29 Países signatários do Pacto de Paz tornaram-se membros fundadores da referida Organização. Atualmente a OIT é composta de 178 Estados-Membros²¹⁴, que ratificaram quase todas as suas principais Convenções.

²¹⁴ Afeganistão – desde 1934; Albânia – de 1920 a 1967 e desde 1991; Alemanha – de 1919 a 1935 e desde 1951; Argélia – desde 1962; Angola – desde 1976; Antígua e Barbuda – desde 1982; Arábia Saudita – desde 1976; Argentina – desde 1919; Armênia – desde 1992; Austrália – desde 1919; Áustria – de 1919 a 1938 e desde 1947; Azerbaijão – desde 1992; Bahamas – desde 1976; Bahrein – desde 1977; Bangladesh – desde 1972; Barbados – desde 1972; Belarus – desde 1954; Bélgica – desde 1919; Belize – desde 1981; Benin – desde 1960; Bolívia – desde 1919; Bósnia e Herzegovina – desde 1993; Botsuana – desde 1978; Brasil – desde 1919; Bulgária – desde 1920; Burkina Faso – desde 1960; Burundi – desde 1963; Cabo Verde – desde 1979; Camboja – desde 1969; Camarões – desde 1960; Canadá – desde 1919; Chade – desde 1960; Chile – desde 1919; China – desde 1919; Chipre – desde 1960; Colômbia – desde 1919; Comoras – desde 1978; Congo – desde 1960; República da Coreia – desde 1991; Costa Rica – de 1920 a 1927 e desde 1944; Costa do Marfim – desde 1960; Croácia – desde 1992; Cuba – desde 1919; República Democrática do Congo – desde 1960; Dinamarca – desde 1919; Djibuti – desde 1978; Dominica – desde 1982; Equador – desde 1934; Egito – desde 1936; El Salvador – de 1919 a 1939 e desde 1948; Emirados Árabes – desde 1972; Eritreia – desde 1993; Eslováquia – de 1919 a 1993 como parte da Checoslováquia e desde 1993; Eslovênia – desde 1992; Espanha – de 1919 a 1941 e desde 1956; Estados Unidos da América – de 1934 a 1977 e desde 1980, Estônia – de 1921 a 1940 e desde 1992; Etiópia – desde 1923; Fiji – desde 1974; Filipinas – desde 1948; Finlândia – desde 1920; França – desde 1919; Gabão – desde 1960; Gâmbia – desde 1995; Geórgia – desde 1993; Gana – desde 1957; Grécia – desde 1919; Granada – desde 1979; Guatemala – de 1919 a 1938 e desde 1945; Guiné – desde 1959; Guiné Equatorial – desde 1981; Guiné Bissau – desde 1977; Guiana – desde 1966; Haiti – desde 1919; Honduras – de 1919 a 1938 e desde 1955; Hungria – desde 1922; Índia – desde 1919; Indonésia – desde 1950;

O Brasil, um dos fundadores da OIT, desde 1978 é membro permanente do Conselho de Administração, tendo ratificado várias Convenções, principalmente a partir da promulgação da Carta de 1988²¹⁵.

República Islâmica do Irã – desde 1919; Iraque – desde 1932; Irlanda – desde 1923; Islândia – desde 1945; Ilhas Salomão – desde 1984; Israel – desde 1949; Itália – de 1919 a 1939 e desde 1945; Jamahiriya Árabe Líbia – desde 1952; Jamaica – desde 1962; Japão – de 1919 a 1940 e desde 1951; Jordânia – desde 1956; Casaquistão – desde 1993; Quênia – desde 1964; Quirguistão – desde 1992; Kiribati – desde 2000; Kuwait – desde 1961; Ex-República Iugoslava da Macedônia – desde 1993; Lesoto – de 1966 a 1971 e desde 1980; Letônia – de 1921 a 1940 e desde 1991; Líbano – desde 1948; Libéria – desde 1919; Lituânia – de 1921 a 1940 e desde 1991; Luxemburgo – desde 1920; Madagascar – desde 1960; Malásia – desde 1957; Malawi – desde 1965; Mali – desde 1960; Malta – desde 1965; Marrocos – desde 1956; Maurício – desde 1969; Mauritânia – desde 1961; México – desde 1931; República da Moldávia – desde 1992; Mongólia – desde 1968; Montenegro – desde 2006. Moçambique – desde 1976; Myanmar – desde 1948; Namíbia – desde 1978; Nepal – desde 1966; Nicarágua – de 1919 a 1938 e desde 1957; Níger – desde 1961; Nigéria – desde 1960; Noruega – desde 1919; Nova Zelândia – desde 1919; Oman – desde 1994; Países Baixos – desde 1919; Paquistão – desde 1947; Panamá – desde 1919; Papua Nova Guiné – desde 1976; Paraguai – de 1919 a 1937 e desde 1956; Peru – desde 1919; Polónia – desde 1919; Portugal – desde 1919; Qatar – desde 1972; Reino Unido – desde 1919; República Árabe Síria – de 1947 a 1958 e desde 1961; República Centro-africana – desde 1960; República Checa – de 1919 a 1993 como parte da Checoslováquia e desde 1993; República Popular Lao – desde 1964; República Dominicana – desde 1924; Romênia – de 1919 a 1942 e desde 1956; Federação da Rússia – de 1934 a 1940 e desde 1954; Ruanda – desde 1962; Saint Kitts y Nevis – desde 1996; Samoa – desde 2005; Santa Lúcia – desde 1980; São Vicente e Granadinas – desde 1995; San Marino – desde 1982; São Tomé e Príncipe – desde 1982; Senegal – desde 1960; Sérvia – desde 2000; Seychelles – desde 1977; Serra Leoa – desde 1961; Singapura – desde 1965; Somália – desde 1960; Sri Lanka – desde 1948; África do Sul – de 1919 a 1966 e desde 1994; Sudão – desde 1956; Suécia – desde 1919; Suíça – desde 1919; Suriname – desde 1976; Swazilândia – desde 1975; Tailândia – desde 1919; República da Tanzânia – desde 1962; Tadjiquistão – desde 1993; Timor Leste – desde 2003; Togo – desde 1960; Trinidad y Tobago – desde 1963; Tunísia – desde 1956; Turcomenistão – desde 1993; Turquia – desde 1932; Ucrânia – desde 1954; Uganda – desde 1963; Uruguai – desde 1919; Uzbequistão – desde 1992; Vanuatu – desde 2003; Venezuela – de 1919 a 1957 e desde 1958; Vietnã – de 1950 a 1976; de 1980 a 1985 e desde 1992; Iêmen – desde 1990; Zâmbia – desde 1964; Zimbábue – desde 1980. Disponível em: www.ilo.org/ilolex/spanish/mstatess.htm. Acesso em 29.12.2006.

²¹⁵ A primeira Convenção da OIT ratificada foi a de n. 3 – Convenção sobre a proteção à maternidade, sendo ratificada em 26.4.1934 e denunciada em 26.7.1961. A partir daí, o Brasil ratificou diversas Convenções, dentre outras as seguintes: n. 6 – Convenção sobre trabalho noturno aos trabalhadores menores (1919). Ratificada em 26.4.1934; n. 12 – Convenção sobre indenização por acidente de trabalho (1921). Ratificada em 25.4.1957; n. 14 – Convenção sobre descanso semanal para trabalhadores da indústria (1921). Ratificada em 25.4.1957; n. 19 – Convenção sobre igualdade de tratamento (acidente de trabalho) (1925). Ratificada em 25.4.1957; n. 29 – Convenção sobre trabalho forçado ou obrigatório (1930). Ratificada em 25.4.1957; n. 95 – Convenção sobre a proteção ao salário (1949). Ratificada em 25.4.1957; n. 98 – Convenção sobre direito de sindicalização e negociação coletiva (1949). Ratificado em 1952; n. 100 – Convenção sobre igualdade de remuneração (1951). Ratificada em 25.4.1957; n. 103 – Convenção sobre proteção à maternidade (revisada) (1952). Ratificada em 18.6.1965; n. 105 – Convenção sobre abolição do trabalho forçado (1957). Ratificada em 18.6.1965; n. 111 – Convenção sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. (1958). Ratificada em 26.11.1965; n. 117 – Convenção sobre política salarial (normas e objetos básicos) (1962). Ratificada em 24.3.1969; n. 118 – Convenção sobre igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em matéria de seguridade social (1962). Ratificada em 24.3.1969; n. 122 – Convenção sobre política de emprego (1964). Ratificada em 24.3.1969; n. 132 – Convenção sobre férias anuais remuneradas (revisada) (1970). Ratificada em 23.9.1988; n. 135 – Convenção sobre representantes dos trabalhadores nas empresas (1971). Ratificada em 18.5.1990; n. 137 – Convenção sobre trabalho portuário (1973). Ratificada em 12.8.1994; n. 138 – Convenção sobre idade mínima para admissão de emprego

Inicialmente a OIT fez parte da Sociedade de Nações após ter sua autonomia reconhecida. Fato é que Alemanha e Áustria foram admitidas como membros da Organização, embora não fizessem parte da Sociedade das Nações²¹⁶, passando a ter independência jurídico-institucional e a integrar o sistema das Nações Unidas.

Fundamenta-se no ideal de que é condição à paz mundial a permanente justiça social. Daí a necessidade de implantação de condições dignas de trabalho. A OIT tem por objeto o respeito, a implementação e a efetividade internacional dos Direitos Humanos, em especial os de Segunda Dimensão.

A busca pelo patrocínio do diálogo social entre os autores sociais se traduz na própria estrutura da OIT: o tripartismo. Os órgãos colegiados são constituídos por representantes dos empregados, empregadores e governo. Com isso, as normas internacionais da Organização do Trabalho – Convenções²¹⁷ e Recomendações –, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, são fruto do equilíbrio de interesses antagônicos, sem perder de vista o mínimo essencial à vida digna e ao fenômeno da globalização.

O Tratado Internacional ou Convenção é um acordo formal internacional, multilateral, podendo ser ratificado por todos os Estados Membros da OIT. Por possuir caráter eminentemente normativo, a partir de sua ratificação,

(1973). Ratificada em 28.6.2001; n. 148 – Convenção sobre meio ambiente do trabalho (contaminação do ar, ruído e vibração) (1977). Ratificada em 14.1.1982; n. 152 – Convenção sobre segurança e higiene nos trabalhos portuários (1979). Ratificada em 18.5.1990; n. 154 – Convenção sobre negociação coletiva (1981). Ratificada em 10.7.1992; n. 155 – Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores (1981). Ratificada em 18.5.1992; n. 158 – Convenção sobre término da relação de trabalho (1982). Ratificada em 5.1.1995 e denunciada em 20.11.1996; n. 159 – Convenção sobre readaptação profissional e emprego de pessoas inválidas. (1983). Ratificada em 18.5.1990; n. 161 – Convenção sobre serviços de saúde no trabalho (1985). Ratificada em 18.5.1990; n. 167 – Convenção sobre segurança e saúde na construção (1988). Ratificada em 19.5.2006; n. 168 – Convenção sobre fomento ao emprego e proteção contra o desemprego (1988). Ratificada em 24.3.1993; n. 174 – Convenção sobre prevenção contra grandes acidentes industriais (1993). Ratificada em 2.8.2001; n. 182 – Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil (1999). Ratificada em 2.2.2000 (Disponível em: www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm. Acesso em 29.12.2006).

²¹⁶ SANT'ANNA, Valeria Maria. *Direito Internacional*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 72.

²¹⁷ A OIT promulgou, até a presente data 187 Convenções e 198 Recomendações. Disponível em: www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm. Acesso em 29.12.2006

a Convenção passa a integrar a legislação doméstica, gerando obrigações internacionais, sem limite de prazo.

As Convenções da OIT gozam do *status* de Tratados de Direitos Humanos, pois versam acerca de direitos essenciais, mínimos, à condição humana. Destarte, referidos Tratados são elaborados com o objetivo de serem aplicados em Países industrializados, assim como em Países em desenvolvimento.

As Recomendações não gozam de força vinculante, já que sua função se limita a sugerir ao Poder competente que adote determinada medida sobre a matéria em questão.

Todos os Estados-Membros, após a vigência internacional, deverão submeter as Convenções e Recomendações, no prazo de 12 meses, prorrogável por mais 6, à autoridade nacional competente para possível ratificação, conforme assegura o art. 19, § 5º, *a* e *b*, da Constituição da OIT²¹⁸. Ao serem ratificadas pelo Estado-Membro, sua aplicação interna será apreciada pela Comissão de Peritos da OIT, que recebe e avalia queixas para, em seguida, serem elaborados relatórios para possível discussão com o Estado-Membro. Além disso, conforme o art. 22 da Constituição da OIT, os Estados-Membros devem, anualmente, apresentar relatórios à Repartição Internacional do Trabalho acerca das medidas adotadas, essenciais à efetividade da Convenção ratificada.

Como o interesse maior é a implantação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e alguma das Convenções Internacionais podem ter sua efetividade restrita devido a fatores socioeconômicos, é possível que os Estados, ao aderirem às Convenções da OIT, formulem *reservas* quanto a

²¹⁸“[...] 5. Tratando-se de uma convenção: a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação; b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; [...]”

determinadas obrigações inseridas no texto, desde que não esteja proibida, na Convenção, tal possibilidade jurídica. Esta se insere no art. 19²¹⁹ da Convenção de Viena, datada de 1961.

Por se tratar de normas de ordem pública, essenciais ao respeito ao ser humano, e pela conseqüente imperatividade e necessária proteção aos Direitos Humanos, as Convenções da OIT, em especial as que tratam dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho – n. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 e 182 –, ao serem ratificadas, não podem sofrer reservas.

II.3.3.1 Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho

Diante da necessidade de enfrentar o trabalho indigno, que se traduz nas práticas mais desumanas, como a exploração de trabalho infantil, condição análoga à de escravo e a discriminação; no ano de 1998 a OIT adotou a *Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho*, cujo texto ratifica a necessidade de combater a pobreza por meio de políticas sociais e de desenvolvimento econômico e social sustentável. Toma-se como foco central a efetividade dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e a atenção especial aos problemas de pessoas com necessidades especiais.

A *Declaração* assegura que os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho são universais, destinados a todo cidadão, devendo ser respeitados por todos os Estados-Membros. A idéia é incentivar a adoção, pela legislação

²¹⁹ “Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a menos que: a reserva seja proibida pelo tratado; o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão [...]”.

doméstica, dos Princípios-Normas inseridos nas Convenções Fundamentais do Trabalho, em especial o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, para dar efetividade aos Direitos Fundamentais inseridos na Declaração.

A OIT toma para si a obrigação de ajuda técnica necessária à adoção da *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, inclusive para os Estados-Membros que não tenham ratificado as Convenções relacionadas aos Princípios e Direitos Fundamentais.

Anualmente é realizado pela OIT estudo relativo à adoção e efetividade de suas principais Convenções e a seus efeitos nos Países industrializados e em desenvolvimento. Seu relatório é comunicado aos governos, oferecendo oportunidade para que apresentem as medidas adotadas para o cumprimento da Declaração²²⁰.

Os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho são traduzidos em 8 Convenções da OIT, que dispõem sobre os seguintes temas: liberdade sindical, direito de sindicalização e à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, abolição do trabalho forçado e obrigatório, igualdade salarial entre homens e mulheres e não discriminação nas relações de trabalho.

Todas as Convenções inseridas na *Declaração*, por tratarem de Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, possuem *status* de Tratados de Direitos Humanos, tendo como base jurídica os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação; daí por que o exercício dos Direitos Humanos de Segunda Dimensão está condicionado à efetividade dos referidos Princípios.

Adiante serão analisadas as Convenções inseridas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, além da realidade fática que se traduz em desafio a sua implementação.

As Convenções n. 87 e 98²²¹ discorrem especificamente sobre liberdade sindical, direito de sindicalização e negociação coletiva. A Convenção n. 87 entrou em vigência internacional a partir de 4 de julho de 1950, não tendo sido ratificada pelo Brasil. Por sua vez, a Convenção n. 98, que dispõe sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva, entrou em vigor no plano internacional a partir de 18 de julho de 1951. Ambas buscam manter sintonia entre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais específicos de cada categoria de trabalhadores às necessidades empresariais.

É visível que a aldeia global vem sofrendo, em acelerado ritmo, sensíveis transformações econômicas, seja no campo de produção ou no dos bens de consumo. Toda essa mudança não se constitui em movimento acidental ou passageiro. Trata-se de um movimento irreversível, motivo pelo qual se tornou condição necessária à interação entre o ordenamento jurídico laboral e os anseios da sociedade a maior interação entre os atores sociais – empregado e empregador –, por meio da negociação coletiva.

A negociação coletiva é mola-mestra para o combate ao trabalho infantil, ao trabalho forçado, à discriminação e à promoção de oportunidade de trabalho digno.

O contrato coletivo é ferramenta jurídica de salutar importância para a implantação da igualdade de remuneração para todo trabalho de igual valor, a inserção dos grupos vulneráveis nas relações laborais e a eliminação de toda forma de discriminação nas relações de trabalho. Daí a razão para se criarem políticas de implementação ao *trabalho decente*, via cláusulas contratuais.

É ainda incipiente o combate à discriminação e implementação da igualdade material nos Países da América do Sul, por meio de normas advindas

²²⁰ Disponível em: www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.ABOUTDECLARATIONHOME?... Acesso em 11.1.2007.

²²¹ As Convenções de 87 e 98 sobre liberdade sindical e negociação coletiva foram ratificadas por 148 e 157 Países, respectivamente. Disponível em: www.ilo.org/ilole/spanish/docs/declaworlds.htm. Acesso em 29.12.2006 e 17.7.2007.

de fontes autônomas. Segundo estudo realizado pelo DIEESE, hodiernamente, no Brasil, Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela, a temática “igualdade e não discriminação” abrange, em média, 3,4% das cláusulas contratuais, e é relacionada às condições de trabalho da mulher²²².

É salutar, ainda, que a negociação coletiva promova a igualdade e não discriminação por meio de Ações Afirmativas, destinadas à inclusão social de outros grupos vulneráveis que também requerem atenção especial, como a pessoa portadora de deficiência e o portador do vírus HIV. Dentre as piores formas de desrespeito ao ser humano que têm despertado a atenção da Comunidade Internacional, destacam-se o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive realizado em condição análoga à de escravo²²³.

O trabalho forçado existe em praticamente todos os Continentes, nas formas mais tradicionais, como o sistema de servidão no sul da Ásia. Destaque-se também a servidão por dívida, que afeta as populações indígenas da América Latina, além do regime em condição análoga à de escravo na África Ocidental²²⁴.

Há no mundo 12,3 milhões de pessoas vítimas de trabalho forçado, sendo 56% formados por mulheres e meninas²²⁵, além de 5,7 milhões de crianças, independentemente do sexo, vítimas desse crime²²⁶.

²²² ABRAMO, Laís; RANGEL, Marta. *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2005. p. 24-26.

²²³ A principal forma de trabalho forçado é a exploração econômica privada, que detém 64% do total; 77% dos casos encontram-se na Ásia e no Pacífico, 11% na América Latina, 5% na África subsahariana, 2% nos Países do Norte da África e Oriente Médio. Até 2005 a OIT estima que 2,4 milhões de pessoas no mundo foram traficadas para serem submetidas a trabalho forçado. Dessas, 43% são vítimas de exploração sexual, sendo 98% do sexo feminino. O lucro com o tráfico humano chega a 31,6 bilhões de dólares, respondendo os Países industrializados, em especial os da Europa Ocidental, por metade dessa soma (OIT. *Tráfico de Pessoas para Fins de Exploração Sexual*. Brasília: OIT, 2006. p. 12-13; El trabajo forzado en el actualidad. *Revista Trabajo*, n. 54, Ginebra: OIT, ago. 2005, p. 7).

²²⁴ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho 2005*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Genebra: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2005. p. 1.

²²⁵ Distribuição Regional de trabalho forçado: Ásia e Pacífico – 9.490.000; América Latina e Caribe – 1.320.000; África subsaariana – 660.000; Países Industrializados – 360.000; Oriente Médio e

Há Países em que o trabalho forçado é institucionalizado, como forma de sanção. Em Mianmar, 2,5 milhões de pessoas são submetidas a trabalho forçado por militares rebeldes, fato que tem sido objeto de severas críticas por parte da OIT^{227e228}.

Segundo os dados estatísticos ora apresentados, é patente o retrato do ser humano suscetível à submissão ao trabalho forçado: os grupos mais vulneráveis, em especial os pobres da área rural, os negros, as mulheres e as crianças.

O trabalho forçado conduz, dentre outras, às seguintes práticas: falsa promessa de condições digna de trabalho, confinamento no local de trabalho, coação psicológica, dívida induzida, retenção de documentos pessoais e salários, além de violência física. Quanto à mulher, a situação é agravada: além de todas essas práticas, ela pode ser submetida a violência sexual e à prostituição.

As Convenções n. 29 e 105²²⁹, com vigência internacional, respectivamente, a partir de 1º de maio de 1932 e 17 de janeiro de 1959 e vigência nacional em 25 de abril de 1958 e 18 de junho de 1966; tratam da abolição do trabalho forçado e têm por fundamentos jurídicos os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, cuja

Norte da África – 260.000; Países em Transição – 210.000; Mundo – 12.300.00 (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado*, cit., p. 11).

²²⁶ *O fim do trabalho infantil: um objetivo ao nosso alcance*. Relatório Global no quadro do Seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Trad. Carlos Fiúza e Alexandra Costa. Genève: OIT, 2006. p. 30.

²²⁷ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado*, cit., p. 11.

²²⁸ Mianmar ratificou a Convenção n. 29, mas não ratificou a n. 105 da OIT.

²²⁹ De todas as Convenções que tratam sobre os princípios e direitos humanos fundamentais, as que mais receberam ratificações são as que dizem respeito à proibição do trabalho forçado e obrigatório, n. 29 e 105. A de n. 29 – Convenção sobre trabalho forçado, promulgada em 1930 – recebeu 172 ratificações, sendo que, dos 178 Países Membros da OIT, somente o Afeganistão, Canadá, China, República da Coreia, Estados Unidos da América, República Democrática do Timor Leste e Samoa não ratificaram. Em relação à Convenção n. 105, datada de 1957, que discorre acerca do trabalho obrigatório, foi ratificada por 167 Países, e os únicos que não a ratificaram foram China, República da Coreia, Ilhas Salomão, Japão, República Democrática Popular Lao, Myanmar, Nepal, Samoa, República Democrática de Timor Leste e Vietnã; sofreu denúncias da Malásia e de Singapura (Disponível em: www.ilo.org/ilole/spanish/docs/declaworlds.htm. Acesso em 29.12.2006 e 17.7.2007).

aplicação tem destaque na proibição do trabalho forçado ou obrigatório por motivo de discriminação racial, social, nacional ou religiosa²³⁰.

O trabalho forçado ou obrigatório é tipificado, conforme o art. 2º, § 1º, da Convenção n. 29 da OIT, pelo cerceamento da liberdade e obrigação do exercício da atividade de forma involuntária, sob ameaça de sofrer penalidade.

O trabalho sob condição análoga à de escravo é uma das formas de trabalho forçado, já que tem por característica o cerceamento de liberdade e a ameaça de sofrer penalidade.

Nessa hipótese, após ser recrutado para o exercício de atividade em local distante e com promessa de salário justo, o trabalhador aceita as condições de forma espontânea. Em pouco tempo o empregador se torna seu credor diante da dívida contraída para o pagamento das despesas referentes a condução, habitação e alimentação – sempre com preço superior à remuneração. Não há possibilidade de fuga em virtude do fato de ser o local geralmente de difícil acesso e sob a constante vigilância de guardas armados²³¹. A partir daí, o trabalho é exercido de maneira involuntária, sendo o trabalhador constantemente ameaçado por algum tipo de sanção.

²³⁰ Art. 1, e.

²³¹ “Meu nome é Delmiro, Delmiro Gómez. Eu tenho 41 anos e aí eu veio e convidou a gente para trabalhar, ‘o gato’, o ‘gato’ veio do Estado do Pará recrutar a gente para trabalhar e aí disse que ia fazer condições boas e a gente fosse como se fosse uma sociedade. Aí, quando chegou lá, se separou, cinco para um lado, cinco para o outro, eles dividiam em cinco pessoas. Lá por dia é sem barreira, lá eles têm pistoleiro, tem tudo, tem jagunço. E aí eles falam assim para a gente são duzentos, duzentos mil metros só de mata, não tem como fugir [trecho incompreensível] do lado de lá não passa, não escapa, se chegar lá eles pegam a gente. Quando eles não matam, eles voltam para trás e aí fica ruim demais, se a pessoa vai trabalhar como se fosse um cativo assim e ainda é obrigada. E é uns quinze, a gente faz a base de uns quinze, mas treze eu lembro bem direitinho, mas era mais de treze, era assim uns cinco menor. Os caboco do jagunço pegaram ele, ficaram mais três dias presos, passando quase fome, com três dias avisaram a empresa. ‘O gato veio’, buscou eles, bateu neles, ameaçou eles demais e foi até o cara assim que quebrou a boca do rapaz que ficou com a boca assim toda inchada, o pé destroncado e aí ficou trabalhando obrigado e aí, se eles trabalhavam e aí que eles colocavam para o trabalho, era o dobrado que eles trabalhavam e humilhado. Aqui não tinha mais limite não, era uma coisa que todo mundo ficava morrendo de dó”. Depoimento apresentado durante a *I Jornada de Debates sobre Trabalho Escravo*, realizado em Brasília no dia 24.9.2002. ANAIS DA I JORNADA DE DEBATES SOBRE TRABALHO ESCRAVO. Brasília: OIT, 2003. p. 100-101.

Não há dúvida de que a pior forma de desrespeito à condição humana relacionada ao trabalho é a submissão do homem a condição análoga à de escravo, forma de trabalho forçoso ou obrigatório, por conjugar a falta de liberdade com as condições degradantes de trabalho.

Ressalte-se que o trabalho forçado e a submissão do homem a condição análoga à de escravo encontram-se vinculados a fatores relacionados à pobreza e à discriminação, de forma simbiótica. A submissão a condição análoga à de escravo ocorre em decorrência da falta de respeito ao ser humano, sobretudo da subestimação da vida de outrem, do preconceito em face de pessoas de classes sociais diferentes.

Destarte, o trabalho forçado e o realizado em condição análoga à de escravo têm como vítimas as pessoas inseridas nos grupos mais vulneráveis da sociedade, em especial trabalhadores de baixa renda.

Apesar do fato de as Convenções em discussão não discorrerem acerca do trabalho em condições degradantes – caracterizado pelos maus-tratos, pelo exercício de atividades em péssimas condições de salubridade e segurança do trabalho, pelas condições precárias de habitação, pela alimentação inadequada, pela baixa remuneração, agregada à submissão a regime de sobrejornada –, este deve ser abolido, por consubstanciar desrespeito à condição humana e impedir a implementação do trabalho decente.

Para implementação da vertente negativa do Princípio da Igualdade e Não Discriminação é essencial que todos os Estados-Membros, além de ratificar as Convenções n. 29 e 105 da OIT, tipifiquem o trabalho forçado, a submissão a condição análoga à de escravo e o trabalho em condições degradantes como crime inafiançável, com pena restritiva de liberdade, responsabilidade civil e impossibilidade de privilégios junto ao Estado.

Por sua vez, as Convenções n. 138 e 182, adotadas em 26 de junho de 1973 e 17 de junho de 1999 e ratificadas pelo Brasil em 28 de junho de

2001 e 2 de fevereiro de 2000, respectivamente²³², dispõe sobre a idade mínima para admissão em emprego, proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação.

O combate ao trabalho infantil sempre teve destaque nos propósitos da OIT, desde o tempo de sua fundação. Fato é que a Convenção n. 5/19 trata da idade mínima para o trabalho na indústria.

A Convenção de n. 138 da OIT, conforme seu art. 1º, tem por objeto a abolição do trabalho infantil, daí a elevação da idade mínima para admissão no emprego, capaz de promover o desenvolvimento físico e mental do ser humano de tenra idade.

A legislação internacional delega ao Estado-Membro a competência para determinar a idade mínima para o trabalho, desde que não seja inferior a 15 anos – coincidindo com a conclusão da escolaridade compulsória.

A Convenção n. 182 trata das piores formas de trabalho infantil. De acordo com seu art. 3º, as piores formas de trabalho infantil são vinculadas à escravidão, condição análoga à de escravo, incluindo o tráfico de crianças²³³, sujeição por dívidas, servidão, recrutamento e trabalho forçado²³⁴, prostituição, utilização em atividades ilícitas, especialmente o tráfico de drogas, e trabalhos prejudiciais à saúde, segurança e moral da criança.

É certo que a falta de investimento em educação nos Países em desenvolvimento encaminha o menor para o trabalho informal urbano e o trabalho doméstico. Em suas piores formas, expõe o menor de idade à exploração sexual e ao envolvimento em atividades ilícitas, sobretudo o narcotráfico. Ademais,

²³² Vide o rodapé anterior.

²³³ Segundo Relatório da OIT, em 2002 o número de crianças vítimas do tráfico chegava a 1,2 milhões. OIT. *O fim do trabalho infantil: um objetivo ao nosso alcance*, cit., p. 62.

²³⁴ O trabalho forçado e em regime de escravidão afeta 5,7 milhões de crianças. OIT. *O fim do trabalho infantil: um objetivo ao nosso alcance*, cit., p. 67.

aumenta a probabilidade de o menor perpetuar sua condição econômica na idade adulta.

Atualmente, existem no mundo 104 milhões de crianças sem educação primária, sendo mais da metade do sexo feminino. Afora isso, 130 milhões de crianças não freqüentam regularmente a escola devido a alguma atividade de natureza laboral²³⁵.

A OIT desempenha especial papel no combate ao trabalho infantil. Quando a ONU adotou a *Convenção dos Direitos da Criança*, em 1989, coube à OIT prestar assistência aos Países em desenvolvimento, lançando, em 1992, o *Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil – IPEC*. Esse programa conta com cerca de 30 financiadores, incluindo os Estados Unidos da América e a Comissão Européia, e tem atuação em 86 Países, entre eles o Brasil²³⁶.

Resultado desse trabalho é a diminuição do número de crianças trabalhadoras. Grande progresso, entre os anos 2000 e 2004, foram registrados na América Latina e no Caribe, com um declínio de 16,1% para 5,1%; os menores progressos se deram na África, onde houve uma diminuição de 28,8% para 26,4% no número de trabalhadores infantis²³⁷.

Aliada à implementação das Convenções n. 138 e 182 da OIT, a freqüência escolar de boa qualidade, especialmente em tempo integral, é uma das formas de combater o trabalho infantil. Possibilita melhor condição de vida quando oferece convivência digna com outras crianças, além de promover a inclusão social e o aprendizado essencial para o possível desenvolvimento de talentos.

²³⁵ OIT. *O fim do trabalho infantil*: um objetivo ao nosso alcance, cit., p. 88.

²³⁶ O IPEC já gastou US\$ 350 milhões de dólares. Desde 2002 beneficiou 5 milhões de crianças. OIT. *O fim do trabalho infantil*: um objetivo ao nosso alcance, cit., p. 43.

²³⁷ OIT. *O fim do trabalho infantil*: um objetivo ao nosso alcance, cit., p. 15-16.

Finalmente, as Convenções n. 100 e 111 da OIT, inseridas também na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, asseguram igual remuneração para homens e mulheres quando o trabalho for de igual valor, e promovem o combate à discriminação nas relações de trabalho, oferecendo plena efetividade aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação.

II.3.3.2 Convenções n. 100 e 111 da OIT

Dentre as Convenções da OIT inseridas na *Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho*, as Convenções n. 100 e 111 tratam expressamente da Discriminação nas Relações de Trabalho, tendo ambas como fundamento jurídico o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Ressalte-se que boa parte da população mundial está acobertada pela legislação internacional da OIT, que protege o ser humano contra a discriminação nas relações de trabalho: 9 em cada 10 Estados-Membros, incluindo a China, com seu considerável número de habitantes, já ratificaram as Convenções n. 100 e 111 da OIT²³⁸. Nem por isso a Comunidade Internacional está livre da chaga da discriminação por motivo de gênero, raça ou cor.

²³⁸ As Convenções que formam o bloco *eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*, portanto, as de n. 100 e 111, foram ratificadas por 163 e 165 Estados-Membros, respectivamente. A Convenção n. 100, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, não foi ratificada pelos seguintes Estados-Membros: Bahrein, Estados Unidos da América, Ilhas Salomão, Somália, Suriname e República Democrática de Timor Leste. Por sua vez, a Convenção n. 111, que discorre acerca da eliminação da discriminação em matéria de emprego, não foi ratificada pelos Estados Unidos da América, Ilhas Salomão, Japão, Kiribati, República Democrática Popular Lao, Malásia, Montenegro, Myanmar, Oman, Samoa, Singapura, Suriname, Tailândia, República Democrática de Timor Leste (*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, cit., p. 8).

A discriminação na relação de trabalho contra as minorias sociais – negros, migrantes, minorias religiosas, mulheres, entre outras – não é fato isolado nos Países em Desenvolvimento, e suas raízes advêm de fatores socioculturais.

Em 2003, a Comissão de Expertos da OIT registrou que, na França, parcela das empresas não contratava trabalhadores migrantes, nacionais de Países africanos. Na Turquia foi registrada discriminação por motivos religiosos ao obrigar as mulheres a descobrir seus rostos e retirar suas vestimentas específicas em ambiente interno da empresa^{239e240}. Em alguns Países asiáticos ficou comprovado que os trabalhadores migrantes são obrigados a se submeter a exame para averiguar se não são soropositivos²⁴¹.

Também ficou comprovado que no Brasil, França, Estados Unidos, Hungria, Indonésia, Jamaica, México, África do Sul, Tailândia, Uganda e Costa do Marfim a violação da confidencialidade médica é freqüente, gerando como conseqüência a rescisão do contrato individual do trabalho por vontade do empregado e até mesmo do trabalhador²⁴².

O racismo e a conseqüente segregação racial foram as primeiras formas de discriminação que chamaram a atenção da Comunidade Internacional²⁴³. Os horrores das Grandes Guerras geraram como conseqüência o estado de alerta em proteger as minorias raciais.

²³⁹ Apud OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convénios y Recomendaciones. Informe III (I A). 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, Observación relativa al Convenio num. 111, págs. 542-543, párrafo 3. In: *La hora de la igualdad en el trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. 2003. p. 35.

²⁴⁰ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 19, 20, 26 e 36.

²⁴¹ Apud NAÇÕES UNIDAS. *Informe del Seminario Regional de Expertos de Asia y el Pacífico sobre los Migrantes y Trata de Personas, con Particular Referencia a las Mujeres y los Niños: nota del Secretario General*, Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Ginebra, 21 de mayo a 1º de junio de 2001. Documento A/CONF. 189/PC.2/3, párrafo 49 (*La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 36).

²⁴² Apud L. N'Daba y J. Hodges-Aeberhard: *HIV/AIDS and employment* (Ginebra, OIT, 1998), p. 3 e 31-34 (*La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 37).

²⁴³ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 8.

Desde a DUDH, em 1945, existe a preocupação internacional em proteger o homem contra a discriminação em razão de sua raça. O art. 2º, § 1º, da DUDU dispõe acerca do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, iniciando a cláusula da não discriminação por *raça*²⁴⁴.

O mesmo aconteceu com a Declaração da Filadélfia, hoje parte da Constituição da OIT, quando discorre acerca da *Declaração referente aos fins e objetivos da OIT*, cujo objeto central é o combate à discriminação, especialmente quanto à raça, sexo ou credo:

a) todos os seres humanos de qualquer raça, credo ou sexo, têm direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades; [...].

Outro grupo vulnerável, que sempre necessitou de proteção internacional da OIT, em especial quando se trata de relações de trabalho, é o formado pelas mulheres. Vera Lúcia Carapeto Raposo afirma que o mundo surge perante as mulheres cindido em duas esferas diferentes e incomunicáveis: a pública, da qual estão excluídas; a privada, na qual estão enclausuradas. A autora relembra que a história das civilizações coincide com a tortura infligida às mulheres, como o ritual hindu de queimar viúvas vivas e a prática da circuncisão feminina²⁴⁵.

A Convenção n. 100 da OIT, ratificada em 25 de abril de 1957, cuja vigência nacional se deu a partir de 25 de abril de 1958, é de vital importância no combate à discriminação. Trata da igualdade salarial entre homens e mulheres para trabalho de igual valor, e tem por fundamento o Princípio

²⁴⁴ “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.”

²⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O Poder de Eva: o Princípio da Igualdade no âmbito dos Direitos Políticos: problemas suscitados pela Discriminação Positiva*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 29 e 114.

da Igualdade e Não Discriminação²⁴⁶. Seu art. 1º, a e b, determina que a igualdade salarial, ofertada para todo trabalho de igual valor, não se restringe ao salário básico, abrangendo todo o complexo remuneratório.

Em 29 de junho de 1951 entrou em vigor no plano internacional a Recomendação n. 90 da OIT, que tem por objeto complementar o entendimento da Convenção n. 100. Seu art. 6º, c²⁴⁷, discorre sobre as medidas a serem tomadas, quando necessárias, pelos Estados-Membros para implementar a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, e, ainda, aumentar a efetividade produtiva das mulheres trabalhadoras que possuem encargos familiares.

Registra-se avanço na implementação da igualdade salarial entre os sexos, embora pouco expressivos. Em 1990, as mulheres recebiam 59% dos rendimentos mensais masculinos em nível mundial; em 2000 a cifra subiu para 66% dos rendimentos mensais pagos aos homens em atividades de mesmo valor²⁴⁸.

Em 25 de junho de 1958 a OIT adotou a Convenção n. 111, que trata da *Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação*, com vigência internacional e nacional, respectivamente, em 15 de junho de 1960 e 26 de novembro de 1968.

Na data da adoção da Convenção n. 111, a OIT adotou a Recomendação n. 111, que, além de ratificar os preceitos contidos na Convenção, inova ao assegurar, em seu art. 2º, a, que “a promoção da igualdade

²⁴⁶ A Convenção n. 19, abordando o tema “Igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais em acidentes de trabalho”, com vigência internacional a partir de 1925, trata da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros vítimas de acidente de trabalho, mas não causou o mesmo impacto que a Convenção n. 100.

²⁴⁷ “Os Países-Membros devem prover serviços sociais e de bem-estar que atendam às necessidades de mulheres trabalhadoras, particularmente daquelas que têm encargos de família, e financiar esses serviços com fundos públicos ou com recursos de seguridade social ou do bem-estar industrial providos por investimentos em benefício dos trabalhadores, sem distinção de sexo.”

²⁴⁸ INFORME DO DIRETOR GERAL. *Trabalho Decente nas Américas*: uma agenda hemisférica, 2006-2015. Genève: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006. p. 12 e 19.

de oportunidade e de tratamento em emprego e profissão é matéria de interesse público”.

A terminologia *discriminação* é definida pelo art. 1º, *a*, da Convenção de n. 111 como “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, com a finalidade de excluir ou diminuir a igualdade de tratamento e oportunidade, quanto à matéria de emprego ou profissão”. Por sua vez, a letra *b* do mesmo artigo amplia a conduta discriminatória do agente ativo quando se refere a “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”.

Como cláusula aberta, admite outros motivos e formas de discriminação, como a idade, o estado de saúde, a opção sexual, entre outros não escritos em seu texto, além de ter aplicação no âmbito público e privado.

Merece destaque a análise das duas mais importantes Convenções da OIT acerca da discriminação. Enquanto a Convenção n. 100 tem como foco central o tratamento equivalente para homens e mulheres, em especial quanto à questão salarial, a Convenção n. 111 mostra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não somente quanto à questão salarial. Esta última Convenção não tem visa a proteção específica – gênero –, mas tem por objeto o combate a toda e qualquer discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada País.

Fica claro que a Convenção n. 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho, e em todas as fases da relação laboral –pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessação do contrato individual de trabalho.

Outro ponto de destaque diz respeito à forma de combate à discriminação e implementação da igualdade material. A Convenção n. 100

promove a igualdade de forma linear – *salário igual para trabalho de igual valor entre homem e mulher*. Por sua vez, a Convenção n. 111 tem como traço marcante a aplicação da igualdade material. Seu art. 5º oferece a possibilidade de implementação de políticas afirmativas, a serem aplicadas no ambiente laboral²⁴⁹.

Assim, há necessidade de implantar medidas afirmativas nas relações laborais, como forma de combater a desigualdade econômica e a exclusão social dos grupos mais vulneráveis. As políticas neutras, que simplesmente proíbem a discriminação por motivo de sexo, raça e cor, cedem espaço às Ações Afirmativas, promotoras da inserção dos grupos vulneráveis.

O Estado-Membro, ao ratificar a Convenção n. 111 da OIT, assume perante a Comunidade Internacional o compromisso de combater toda e qualquer forma de discriminação, promulgando leis e revogando disposições contrárias à igualdade, além de implementar medidas que combatam a discriminação e promovam a igualdade de oportunidades em matéria de emprego e destinadas aos grupos vulneráveis, conforme os arts. 2º e 3º da Convenção²⁵⁰.

Ressalte-se ainda que não são consideradas discriminações, conforme o § 2º do art. 1º da Convenção n. 111 da OIT, as preferências e distinções em matéria de emprego, desde que fundadas em qualificações específicas e necessárias à atividade profissional. Assim, a legislação

²⁴⁹ “Art. 5º-1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação. 2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais 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 motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.”

²⁵⁰ “Art. 2 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria. Art. 3 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstância e aos usos nacionais: [...] a) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política; [...].”

internacional não perde de vista as necessidades específicas de certas atividades²⁵¹.

Embora grande parte dos Estados-Membros já tenha ratificado as Convenções n. 100 e 111 da OIT, a discriminação contra a mulher, em especial nos Países em Desenvolvimento, ainda é latente na sociedade.

Apesar de o número de mulheres matriculadas em instituições de ensino superar o de homens²⁵², elas sofrem discriminação no mercado de trabalho em toda parte. Nos Países da União Européia, em geral as mulheres ganham 15% por hora a menos do os homens, e ocupam 32% dos postos diretivos. Nestes, somente 10% fazem parte do conselho de administração e 3% são presidentes de importantes empresas²⁵³.

A característica da ocupação feminina ainda é fortemente determinada por atividades menos remuneradas e sem possibilidade de ascensão, como o trabalho em domicílio e o doméstico.

A cultura de que cabem à mulher as atividades domésticas e o cuidado com os filhos menores dificulta seu acesso aos cargos de direção, que demandam tempo e disponibilidade. Nos Países industrializados, como Austrália, Bélgica, Canadá, Luxemburgo, Japão, Nova Zelândia e Reino Unido, registra-se alto número de mulheres com contratos em tempo parcial²⁵⁴.

Naturalmente, as barreiras culturais ensejam segregação sexual horizontal, sem perspectivas de crescimento profissional, promoção e ascensão

²⁵¹ Exemplo claro é o caso da , em que, ao abordar a questão da abolição, havendo vagas para papéis de escravos, sejam selecionados apenas atores de cor negra.

²⁵² Apud NAÇÕES UNIDAS. *The World's Women 2000: trends and statistics* (Nueva York, 2000). In: *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 54.

²⁵³ Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>. Acesso em 8.3.2007.

²⁵⁴ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 46; e <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>. Acesso em 8.3.2007.

profissional. Lentamente, porém, vem-se revelando a presença feminina em atividades relacionadas a cargos de direção²⁵⁵.

Em todo o mundo a taxa de emprego da mulher é menor do que a do homem. A taxa mais alta de emprego feminino registra-se na América do Norte, 68,6% em 2004, contra 78,7% da taxa de emprego masculina. Em contrapartida, as maiores disparidades entre homens e mulheres são registradas no Oriente Médio e na África do Norte: entre os anos de 1995 a 2004, a taxa de emprego feminino aumentou 3,5%, totalizando 26,8%, enquanto a taxa de emprego masculina era de 74,5%, em 2004. Na América Latina e no Caribe, em 2004, a taxa de emprego feminina era de 49,2%, enquanto a taxa de emprego masculina era de 80%²⁵⁶.

Não há dúvida de que, ao longo dos últimos anos, houve progressos quanto ao combate à discriminação e implementação da igualdade de oportunidades para as mulheres, mas há muito a melhorar.

II.3.3.2.1 Informes da OIT quanto à aplicação das Convenções n. 100 e 111 pelo Brasil

De acordo com a Convenção n. 111 da OIT, todo Estado-Membro deverá, anualmente, apresentar relatórios quanto à situação socioeconômica do País, mudanças e adoção de medidas jurídicas internas para implementação material da referida Convenção, resultados do combate à discriminação nas relações de trabalho, bem como a inclusão dos grupos vulneráveis.

²⁵⁵ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 51.

²⁵⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, cit., p. 19.

Em seguida, a OIT elabora relatórios, apresentando a efetividade dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho quanto aos grupos vulneráveis, bem como a situação de destaque dos Estados-Membros.

No que tange ao Brasil, nos últimos 10 anos o governo reiterou o compromisso assumido junto à OIT de implantar políticas antidiscriminatórias para dar efetividade às Convenções n. 100 e 111.

O Brasil reconheceu perante a OIT a existência de discriminação, especialmente no que tange a questões relacionadas a gênero e raça no mercado de trabalho, e solicitou assistência técnica para maior aplicação da Convenção n. 111. Isso resultou na criação, em 1997, do programa *Brasil, Gênero e Raça*, promovido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com assistência da OIT, bem como na promoção do Trabalho Decente como uma das prioridades do governo brasileiro²⁵⁷.

No intuito de promover o programa de Trabalho Decente e o conseqüente combate à discriminação, o governo brasileiro assumiu o compromisso de receber da OIT um Programa Especial de Cooperação Técnica.

Foram definidas as seguintes áreas de prioridade do *Programa Agenda Nacional de Trabalho Decente*: geração de emprego com igualdade de oportunidade e tratamento, erradicação do trabalho escravo, eliminação do trabalho infantil e fortalecimento do diálogo social.

No que tange à promoção da igualdade de tratamento e ao combate à discriminação, ficou assentada a necessidade de investir especialmente no combate à eliminação da discriminação contra mulheres mais

²⁵⁷ Essa prioridade foi discutida e definida em 11 conferências e reuniões internacionais de grande relevância, realizadas entre setembro de 2003 e novembro de 2005. Entre elas se destacam a Conferência Regional de Emprego do Mercosul (Buenos Aires, abril de 2004), a XIII e a XIV Conferências Interamericanas de Ministros do Trabalho da Organização dos Estados Americanos (OEA) – Salvador, setembro de 2003, e Cidade do México, setembro de 2005 –, a Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) – Nova York, setembro de 2005 – e a IV Cúpula das Américas –

pobres, população negra, idosos, pessoas portadoras de deficiência e do vírus HIV²⁵⁸.

Em 2000, a Comissão de Expertos em aplicação de Convenções, ao examinar o caso individual relativo à aplicação da Convenção n. 111 reconheceu o empenho do governo brasileiro diante do combate à discriminação nas relações de trabalho: foram criadas as Delegacias Estaduais do Trabalho e unidades especializadas no combate à discriminação, habilitadas a receber denúncias, examinar o caso e tentar a solução; além da promulgação da Lei n. 9.799/99, que proíbe a publicação de anúncios discriminatórios de emprego, a recusa de emprego e promoção em razão de sexo, idade, raça ou situação familiar.

Em contrapartida, a Comissão de Expertos alega que as mulheres, sobretudo as negras e mestiças, continuam a ser vítimas de discriminação nas relações de trabalho no Brasil. Destaca também a disparidade entre os salários pagos às mulheres e o número de ações trabalhistas ajuizadas. A razão para tanto é a possibilidade que tem o empregador de despedir o trabalhador sem apresentar o motivo, bem como a dificuldade do trabalhador de baixa renda para provar a discriminação sofrida em possível reclamação trabalhista²⁵⁹.

A OIT realizou novas observações traçando comparação entre denúncias recebidas, relatórios elaborados pelos peritos e as respostas do governo brasileiro.

Em recente Relatório Global sobre os Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, a OIT anunciou que o mercado de trabalho brasileiro sofreu mudanças substanciais nos últimos 10 anos. Dentre as mais significativas, destaca-se a presença das mulheres no mercado de trabalho – desde 1995 seu

Mar del Plata, novembro de 2005 (*Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Ministério do Trabalho e Emprego. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006. p. 4).

²⁵⁸ *Agenda Nacional do Trabalho Decente*, cit., p. 13.

percentual aumenta 2,1% por ano²⁶⁰; a luta pela igualdade de gênero; assim como o combate à discriminação contra a população negra.

Conclui-se que, em todos os relatórios, tema sempre presente é a discriminação por motivo de raça e sexo, embora também se venha destacando, entre outras formas de discriminação no cotidiano nacional, a motivada por idade e em decorrência de doença.

II.3.3.3 Outras Convenções que dispõem sobre a temática “discriminação nas relações de trabalho”

Afora as desigualdades de tratamento e discriminação em razão de gênero e raça, outros grupos vulneráveis têm chamado a atenção da Comunidade Internacional.

Para dar efetividade ao combate à discriminação, durante a década de 60 a OIT teve forte participação na luta contra a pobreza, em especial nos Países que foram colônias e se tornaram independentes²⁶¹.

²⁵⁹ Disponível em: www.ilo.gov/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document...
Acesso em 29.12.2006.

²⁶⁰ OIT. Suplemento Nacional. Brasil. Genève: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho. p. 1.

²⁶¹ Em 1964, ao ser porta-voz da consciência social da Humanidade, a OIT condenou o governo da África do Sul pelo *Apartheid*, política de segregação racial, contrária à Declaração da Filadélfia. Esse fato gerou como consequência a retirada da África do Sul como Estado Membro da OIT por 30 anos. A OIT teve importante papel na luta contra o *Apartheid* ao mobilizar a opinião pública a promover uma política de isolamento do governo até pôr fim ao regime ditatorial, cooperando financeiramente com os movimentos nacionais de libertação (*La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 9 e 10).

Em 1964 foi aprovada a Convenção n. 122, que trata da *política de emprego*. Com vigência nacional a partir de 24 de março de 1970, tem por objeto incrementar o crescimento econômico e resolver o problema do desemprego e da discriminação na ocupação dos postos de trabalho.

O art. 1º, ao tecer a preocupação de aquecer o desenvolvimento econômico, elevar o nível de vida e promover o emprego, assegura a todo trabalhador a capacidade de fazer uso de suas qualificações, independentemente da raça, sexo, cor, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Assim, a Convenção n. 122 ratifica os objetos das Convenções n. 100 e 111 da OIT, inclusive com aplicação material do Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

A Convenção n. 158 dispõe sobre o *Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador*, tendo sido adotada internacionalmente em 23 de novembro de 1985. No âmbito nacional, teve vigência por 7 meses apenas. Aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, foi ratificada em 4 de janeiro de 1995, com eficácia jurídica em 10 de abril de 1996, e denunciada em 20 de novembro do mesmo ano²⁶².

Esta Convenção não permite a rescisão unilateral do contrato por iniciativa do empregador sem justa causa para tanto. Para o empregador romper com o contrato individual de trabalho é necessário que exista causa justificada, relacionada à capacidade e ao comportamento do trabalhador, ou fundada na necessidade de funcionamento da empresa. O preceito vale para todas as atividades econômicas, conforme o art. 4º da Convenção.

²⁶² A Convenção n. 158 da OIT teve 34 ratificações e uma denúncia do Brasil. Os Estados-Membros que ratificaram referido Tratado são os seguintes: Antígua e Barbuda, Austrália, Bósnia Herzegovina, Camarões, Chipre, República Democrática do Congo, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Finlândia, França, Gabão, Lesoto, Luxemburgo, Ex-República da Macedônia, Malawi, Marrocos, República de Moldávia, Namíbia, Nigéria, Papua Nova Guiné, Portugal, República Centro-Africana, Santa Lúcia, Sérvia, Suécia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Iêmen e Zâmbia.

O art. 5º apresenta alguns dos motivos que não poderão ser motivo da dispensa. A alínea *d* aponta a impossibilidade de dispensa baseada na “raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opiniões políticas, ascendência nacional ou origem social”²⁶³.

Sensível à hipossuficiência do trabalhador, o art. 9º, 2, da Convenção assegura que nas ações referentes ao término da relação o ônus da prova cabe ao empregador. Conseqüentemente, não conseguindo provar o *possível* motivo da dispensa do trabalhador, a autoridade competente determinará a *readmissão*²⁶⁴ ou *reparação apropriada*, conforme determina o art. 10.

A Convenção em análise é instrumento de destaque no combate à discriminação, na medida em que gera verdadeiro efeito inibitório às dispensas sem motivo. Por essa razão, deve ser ratificada por todos os Estados-Membros, ainda que sua legislação interna necessite de mudanças estruturais para sua aplicação.

Por fim, a Convenção n. 159 da OIT, aprovada pela Conferência Internacional em 20 de junho de 1985 e com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1991, tem como tema a *Reabilitação Profissional e o Emprego de Pessoas Deficientes*, e como destinatárias específicas as pessoas portadoras de deficiência. Sua mola propulsora foi a campanha realizada pela ONU, em 1981, em prol da *participação plena e a igualdade* das pessoas deficientes.

O art. 1º da Convenção define pessoa portadora de deficiência como aquela que tenha deficiência física ou mental, devidamente comprovada, que acarrete limitação em obter e/ou conservar emprego e, ainda, em progredir deste.

²⁶³ Outros motivos elencados no art. 5º da Convenção são: filiação a sindicato, participação em atividades sindicais, candidatura e atuação na representatividade dos trabalhadores, apresentar queixa contra empregador junto à autoridade competente e ausência de trabalho durante a licença-maternidade.

²⁶⁴ Entendo que a terminologia correta seja “reintegração”, já que o efeito jurídico, além do retorno ao trabalho, é a contrapre dos dias em que o trabalhador ficou afastado, desde o momento da dispensa arbitrária.

A ratificação da Convenção gera como consequência a obrigação jurídica do Estado-Membro de promover medidas legislativas que proporcionem a *integração e a reintegração* da pessoa portadora de deficiência na sociedade, no mercado de trabalho, inclusive a promoção de políticas de reabilitação profissional e emprego para essas pessoas.

O objeto da Convenção é a inserção da pessoa portadora de deficiência no contexto da sociedade, promovendo a oportunidade de emprego e participação no mercado de trabalho. Para tanto, o art. 4º da Convenção assegura a implementação de *medidas positivas* essenciais à política de igualdade de oportunidades. Destarte, o Estado-Membro, por meio da legislação nacional, deve adotar meios que proporcionem maiores oportunidades e a manutenção no emprego para as pessoas portadoras de deficiência.

II.3.3.4 Trabalho decente

Juntamente com a adoção da *Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho* e seus preceitos, a OIT definiu as premissas mínimas para considerar o trabalho como instrumento e meio capaz de oferecer ao trabalhador uma vida digna.

Trabalho decente é a atividade exercida em conformidade com os preceitos de igualdade, liberdade, equidade, respeito à saúde e segurança do trabalhador e com remuneração justa, livre de qualquer margem de discriminação, de condição análoga à de escravo, de trabalho infantil, fortalecida pelo diálogo social e essencial ao combate à pobreza e à minimização das desigualdades sociais.

O respeito aos preceitos das Convenções da OIT, em especial as inseridas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, compõe o arcabouço jurídico do que se entende por trabalho decente.

As 8 Convenções Internacionais que formam o ideal de Princípios Fundamentais do Trabalho têm seu motivo de ser. Dispõem sobre temas que nenhum Estado-Membro pode desconsiderar, devido ao *status* de *jus cogens* de suas normas, essenciais à dignidade da pessoa humana e ao progresso da Humanidade; daí por que requerem tratamento especial.

Nenhuma das Convenções da OIT incluídas nos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho são normas de *aplicação progressiva*. Todas gozam de plena eficácia jurídica desde sua entrada em vigor, em qualquer ordenamento jurídico.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho, ao discorrer sobre o trabalho decente, classifica como direitos mínimos do trabalhador, com base na legislação internacional:

[...] direito ao trabalho, liberdade de escolha do trabalho, igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho, direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador; direito a uma justa remuneração, direito a justas condições de trabalho, principalmente limitação da jornada de trabalho e existência de período de repouso; proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e proteção contra o desemprego e outros riscos sociais²⁶⁵.

O autor não se limitou aos preceitos inseridos na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, estendendo o leque do que entende por essencial.

A noção de trabalho decente está vinculada à *Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho*, aos preceitos estabelecidos nos

²⁶⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004. p. 55-62.

Tratados do Sistema Geral e Especial de Proteção, além dos Direitos Humanos oferecidos pelo Sistema Regional de Proteção – OEA; sobretudo no que tange à não discriminação no exercício dos Direitos de Segunda Dimensão, inclusive quanto à ocupação, emprego e respeito à igualdade de gênero.

Dessa forma, o trabalho decente é condição essencial para o combate à discriminação nas relações de trabalho, além de possibilitar a diminuição da exclusão social, consequência da pobreza mundial, levando em conta que proporciona ao ser humano oportunidade de se tornar agente ativo de um mundo mais justo.

Importante ressaltar que ratificar as 8 principais Convenções da OIT não é suficiente para implantar uma política sustentável de trabalho decente. É essencial que o legislador nacional dê efetividade à igualdade material, essencial à justiça social.

II.3.3.5 O combate à discriminação nas relações de trabalho no Direito Comparado

As Convenções da OIT que tratam da temática da discriminação, juntamente com os Tratados Internacionais da ONU, em especial o PIDESC, têm gerado, como consequência jurídica, a mudança na legislação interna de grande parte dos Estados-Membros da OIT.

Vários Países adotam a política de não só proibir a discriminação, mas promover a igualdade material dos grupos vulneráveis, por meio das Ações

Afirmativas. Vale ressaltar que a destinação e consequência das políticas de inclusão social variam de acordo com os grupos desfavorecidos específicos de cada nação.

Adiante serão apresentadas mudanças na legislação de Países industrializados e em desenvolvimento no Continente Africano na Ásia e em alguns Países que integram a Comunidade Européia.

Na África do Sul, em 1990, como expressão da política de segregação racial, o salário mensal do trabalhador negro representava 29% do valor pago ao trabalhador branco que exercia a mesma atividade²⁶⁶.

Após o fim da política de *Apartheid*, o Governo da África do Sul solicitou assessoramento à OIT para criar medidas administrativas e jurídicas de inclusão social, capazes de eliminar a discriminação em razão de sexo, cor e incapacidade e minimizar o problema da diferença social.

Como resultado, em 1998 foi promulgada a *Lei sobre igualdade no emprego*, que define e destina medidas de ações positivas para pessoas de grupos desfavorecidos, nos seguintes termos:

[...] medidas concebidas para que las personas adecuadamente cualificadas de los grupos (desfavorecidos) dispongan de las mismas oportunidades de empleo y estén equitativamente representadas en todos los niveles y categorías profesionales en la fuerza de trabajo de un empleador determinado²⁶⁷.

²⁶⁶ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 36.

²⁶⁷ *Id.*, p. 71 e 90.

Na Nigéria, em 2003 foi criada lei antitráfico, impondo a pena de prisão perpétua no caso de importação e exportação de crianças para fins de prostituição, além de multa para o crime de tráfico de menores de 18 anos²⁶⁸.

Dentre os Países Asiáticos que têm lutado contra a discriminação nas relações de trabalho destaca-se a Índia, que adotou Ações Afirmativas com o intuito de diminuir o problema da desigualdade social, consequência da política de castas que atinge as religiões hindu, mulçumana, cristã e sikh. O programa de aplicação de Ações Afirmativas destina 22% dos postos de trabalho às classes consideradas *atrasadas*, em especial às castas programadas – antigos *intocáveis* –, que hoje representam 15% da população; e às tribos programadas, cujos habitantes vivem nas montanhas e estão à margem do sistema de castas, representando 8% da população²⁶⁹.

Os Países que fazem parte da Comunidade Européia têm mostrado largo envolvimento com a política de implantação do Princípio da Igualdade e Não Discriminação e sua aplicação às relações de trabalho.

Em novembro de 2000 foi promulgada a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, que estabelece a igualdade de tratamento nas relações laborais, proibindo qualquer forma de discriminação, direta ou indireta.

Além de conceituar discriminação, incluindo o assédio como uma de suas formas, a legislação determina que, com base em dados estatísticos, é possível aos órgãos judiciais apontar a possível presunção de existência de discriminação direta ou indireta. Nesses casos, o ônus da prova cabe à parte demandada²⁷⁰.

²⁶⁸ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado*, cit., p. 22.

²⁶⁹ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 72.

²⁷⁰ “(15) A apreciação dos fatos dos quais se pode presumir que houve discriminação directa e indirecta é da competência dos órgãos judiciais ou de outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou as práticas nacionais, que podem prever, em especial, que a discriminação indirecta possa ser estabelecida por quaisquer meios e, inclusive, com base em dados estatísticos. (31) Impõe-se a adaptação das regras relativas ao ônus da prova em caso de

Logo em seguida, em dezembro de 2000, foi proclamada a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, demonstrando a constante preocupação de proibir a discriminação nas relações de trabalho e de promover a política de igualdade material, especialmente entre homens e mulheres.

Em 29 de outubro de 2004 foi assinado em Roma, pelos representantes dos 25 Países que formam a Comunidade Européia²⁷¹, bem como pelos representantes da Bulgária, Romênia e Turquia, o Tratado que estabelece a Constituição Européia. Com isso foram criados Direitos Fundamentais mínimos, a serem respeitadas pelos Estados-Membros.

A Constituição Européia oferece salutar importância ao ser humano quando estabelece, logo no início da *Carta dos Direitos Fundamentais da União*, que a dignidade da pessoa humana é Direito Fundamental²⁷².

A legislação constitucional, ao tratar dos Direitos e Garantias à *Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça*, assegura proteção ao trabalhador contra o despedimento sem justa causa²⁷³.

De grande importância no combate à discriminação nas relações de trabalho, o Texto Constitucional, em seu art. II-80º a 86º, promove o direito à igualdade e não discriminação, o respeito à diversidade cultural, religiosa e

presunção de discriminação e, nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efectiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ônus da prova incumba à parte demandada. Não cabe, contudo, à parte demandada provar que a parte demandante pertence a uma dada religião, possui determinadas convicções, apresenta uma dada deficiência ou ter uma determinada idade ou orientação sexual” (Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>. Acesso em 8.3.2007).

²⁷¹ Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemanha, Estônia, Espanha, França, Irlanda, Itália, Chipre, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Países Baixos, Áustria, Polônia, Portugal, Eslovênia, República Eslovaca, Finlândia, Suécia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.

²⁷² “Art. II-61º (Dignidade do ser humano): A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

²⁷³ “Art. II-90º (Proteção em caso de despedimento sem justa causa): Todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais” (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Constituição Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 59).

lingüística, a igualdade entre os homens e mulheres, os direitos das crianças, das pessoas idosas e a integração das pessoas com deficiência.

O art. II-81^o da Constituição Européia, ao tratar do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, além de proibir a discriminação em razão de características genéticas, opinião política, riqueza, nascimento ou deficiência, entre outras, dá especial destaque à não discriminação em razão da nacionalidade:

Art. II-81^o: (Não discriminação)

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação da Constituição e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda discriminação em razão da nacionalidade²⁷⁴.

Destarte, a preocupação com a não discriminação nas relações intersubjetivas, em especial nas relações de trabalho, é tema presente em diversos assuntos da Constituição Européia.

Ao tratar das *Políticas e Funcionamento da União*, dedicou-se título específico – o Título II – à não discriminação e à cidadania. Também o Título III, ao discorrer sobre as *Políticas e Ações Internas*, estabelece em seu art. III-133^o e § 2^o, a proibição de discriminação no que diz respeito *ao emprego, à remuneração e às demais condições de trabalho*, conforme o texto abaixo:

Art. III-133^o [...]

2. É proibida toda e qualquer discriminação, em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e às demais condições de trabalho²⁷⁵.

²⁷⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 58.

Os Países inseridos na Comunidade Européia têm alterado sua legislação interna, adotando direta e indiretamente os preceitos da Constituição Européia, todos eles em harmonia com as Convenções da OIT, em especial as que promovem, de forma material, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Na França, o *Code du Travail*, art. L. 123-1b, proíbe a discriminação na formação, alteração e cessação do contrato individual do trabalho no que tange a questões salariais e de promoção²⁷⁶.

Desde 2003 a Agência Nacional para Emprego da França somente aceita currículos anônimos, sem nome, idade, fotografia ou qualquer signo que revele ao empregador a possível pertença do candidato às minorias étnicas, o que poderia suscitar exclusão na primeira etapa de seleção²⁷⁷. Por sua vez, a Lei de Oportunidades de Emprego, n. 2001-397, em vigor desde 2001, obriga os empregadores a promover a igualdade no emprego entre homens e mulheres.

Como resultado da efetividade da legislação de combate à discriminação e implementação da igualdade material, desde a promulgação da referida Lei, 2.500 novos contratos de trabalho foram destinados para mulheres²⁷⁸. Também foi fixado o ano de 2010 como prazo máximo para eliminar as desigualdades salariais entre homens e mulheres por meio de acordos coletivos²⁷⁹.

Na Suécia, como forma de combater a discriminação, sempre que a empresa tiver mais de 10 trabalhadores deverá apresentar plano anual de

²⁷⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 70-71.

²⁷⁶ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 262.

²⁷⁷ OIT. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, cit., p. 78-79.

²⁷⁸ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 115.

²⁷⁹ OIT. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, cit., p. XIV.

igualdade nas relações de trabalho, em especial no que tange a questões salariais e medidas para corrigir as desigualdades²⁸⁰.

Na Alemanha, a preocupação de combater a discriminação nas relações de trabalho é bastante focada no fator *gênero*. O § 611 do BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* determina a regra da inversão do ônus da prova quando houver indícios de discriminação em razão de sexo²⁸¹.

Merece registro a Legislação portuguesa como exemplo do combate à discriminação nas relações de trabalho, respeito ao ser humano e aplicação material dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Não Discriminação.

O Texto Constitucional português toma como ponto de partida e base fundamental a *dignidade da pessoa humana*, sendo esta estabelecida como Princípio Fundamental da República²⁸². O Princípio da Igualdade e Não Discriminação foi inserido na parte que trata dos Direitos e Deveres Fundamentais da Constituição, garantindo a todo ser humano a proteção contra a discriminação, *in verbis*:

Art. 13º, 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 sexual²⁸³.

O Código do Trabalho português, Lei n. 99/2003, retrata a preocupação do legislador de oferecer proteção ao trabalhador contra qualquer tipo de discriminação.

²⁸⁰ *La hora de la igualdad en el trabajo*, cit., p. 115.

²⁸¹ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 264.

²⁸² “Art. 1º: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 10).

²⁸³ Referido texto foi revisto pela RC/04.

Ao tratar dos direitos de personalidade, o art. 17 do Código do Trabalho português proíbe o empregador de exigir do candidato informações sobre sua vida privada, saúde, estado de gravidez de solicitar testes que comprovem sua condição física ou psíquica, salvo quando tenham por finalidade proteger o trabalhador ou quando a atividade o exigir²⁸⁴.

Adiante, nos arts. 22 a 24, a cláusula de não discriminação proíbe o empregador de cometer qualquer ato que enseje discriminação contra o trabalhador, assegurando que nenhum candidato a emprego ou trabalhador pode ser privado de direito por motivo de

[...] ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical²⁸⁵.

²⁸⁴ “Art. 17º – Protecção de dados pessoais: 1 – O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação. 2 – O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação. 3 – As informações previstas no número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste. 4 – O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização. 5 – Os fichamentos e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais. [...]. Art. 19º – Testes e exames médicos: 1 – Para além das situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação. 2 – O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir à candidata ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. 3 – O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste” (NOGUEIRA, Manuel. *Código do Trabalho*. 3. ed. Lisboa: Vislis Editores, 2006. p. 54-56).

²⁸⁵ “Art. 23º – Proibição de discriminação: 1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical. 2 – Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um

O Código do Trabalho português inova ao adotar Ações Afirmativas a serem aplicadas no âmbito da relação de trabalho. Seus arts. 71 a 78 dispõem sobre o trabalhador portador de deficiência física ou doenças crônicas, assegurando a igualdade material de tratamento, oferecida por meio das Ações Afirmativas promovidas pelo empregador e pelo Estado^{286e287}.

A legislação portuguesa aplicada às relações de trabalho proíbe qualquer anúncio de oferta de emprego que faça menção direta ou indireta a preferências baseadas em sexo. Determina ainda que o empregador assegure critérios objetivos a serem adotados acerca das diferenciações retributivas²⁸⁸.

requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional. 3 – Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n. 1. [...] Art. 24º – Assédio: 1 – Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador. 2 – Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n. 1 do artigo anterior, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador” (NOGUEIRA, Manuel. Op. cit., p. 57).

²⁸⁶ “Art. 25º - Medidas de acção positiva: Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário concretamente definido de natureza legislativa que beneficiem certos grupos desfavorecidos, nomeadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade ou origem étnica, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos neste Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persista na vida social.”

²⁸⁷ “Art. 73 – Igualdade de Tratamento: 1 – O trabalhador com deficiência ou doença crônica é titular dos mesmos direitos e está adstrito aos mesmos deveres dos demais trabalhadores no acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, sem prejuízo das especificidades inerentes à sua situação. 2 – O Estado deve estimular e apoiar a acção do empregador na contratação de trabalhadores com deficiência e doença crônica. 3 – O Estado deve estimular e apoiar a acção do empregador na readaptação profissional de trabalhador com deficiência ou doença crônica superveniente. Art. 74 – Medidas de acção positiva do empregador: 1 – O empregador deve promover a adopção de medidas adequadas para que uma pessoa com deficiência ou doença crônica tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação profissional, excepto se tais medidas implicarem encargos desproporcionados pelo empregador. 2 – O Estado deve estimular e apoiar, pelos meios que forem tidos por convenientes, a acção do empregador na realização dos objetivos referidos no número anterior. 3 – Os encargos referidos no n. 1 não são considerados desproporcionados quando forem, nos termos previstos em legislação especial, compensados por apoios do Estado em matéria de pessoa com deficiência crônica” (NOGUEIRA, Manuel. Op. cit., p. 57).

²⁸⁸ “Art. 27 – Acesso ao emprego, actividade profissional e formação: 1 – Toda exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de actividade profissional ou à formação exigida para ter acesso a essa actividade constitui uma discriminação em função do sexo. 2 – Os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção e ao recrutamento não podem conter directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo. Art. 28 –

Afora a Constituição e o Código do Trabalho, Portugal também dispõe de vasta legislação infraconstitucional cujo mérito é a defesa da igualdade social. Dentre elas se destacam a Lei n. 105/97, cujo tema é o *direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego*, e a Lei n. 134/99, que trata da *defesa contra a discriminação racial*.

A Lei n. 105/97 busca garantir a igualdade de tratamento nas relações laborais entre homens e mulheres. O grande destaque da legislação infraconstitucional diz respeito à presunção de discriminação. Sempre que na empresa houver razoável desproporção entre homens e mulheres e algum empregado ajuizar ação trabalhista, ocorrerá a inversão do ônus da prova. Na hipótese de o juízo entender que houve discriminação, a empresa será condenada ao pagamento de pena pecuniária. No caso de reincidência, o empregador será condenado a afixar referida decisão judicial em todos os locais de trabalho pelo período de 30 dias, além de publicar referida decisão num dos jornais mais lidos do País²⁸⁹.

Por sua vez, a Lei n. 134/99 proíbe e pune a discriminação racial no exercício de quaisquer Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vinculando entidades empregadoras e agências de emprego que subordinem a fatores de natureza racial a seleção, oferta de emprego, recusa na contratação e cessação

Condições de trabalho: 1 – É assegurada a igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à restrição, entre trabalhadores de ambos os sexos. 2 – As diferenciações retributivas não constituem discriminação se assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, sendo admissíveis, nomeadamente, distinções em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores. 3 – Os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objectivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada em sexo” (NOGUEIRA, Manuel. Op. cit., p. 58).

²⁸⁹ Lei n. 105/97: “Art. 3º (Indicação da Discriminação): É indicadora de prática discriminatória, nomeadamente, a desproporção considerável entre a taxa de trabalhadores de um dos sexos ao serviço do empregador e a taxa de trabalhadores do mesmo sexo existente no respectivo ramo de atividade. [...] Art. 5º (Ônus da Prova): Nas acções previstas no artigo anterior, cabe ao empregador o ônus de provar a existência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo.

[...] Art. 9º (Sanções Acessórias): 1 – Em caso de reincidência, o empregador é judicialmente condenado ao pagamento das despesas de publicação oficiosa de extracto da decisão que declare a existência de uma prática discriminatória, num dos jornais mais lidos do país. 2 – Nas situações previstas no número anterior o empregador é ainda judicialmente condenado a afixar o extracto da decisão em todos os locais de trabalho em que desenvolva a sua actividade, pelo período de 30 dias a partir do dia útil imediatamente seguinte ao trânsito em julgado da referida decisão” (GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito da Igualdade Social*: fontes normativas. Lisboa: Vislis Editores, 2000. p. 216-219).

do contrato de trabalho. Além de ensejar pena pecuniária, o juiz da referida ação poderá aplicar a pena de censura pública dos autores da prática discriminatória²⁹⁰.

Além da França, Alemanha, Suécia e principalmente Portugal, outros Países da Comunidade Internacional, em especial da Europa, têm-se mostrado sensíveis às novas formas de discriminação que, hodiernamente, surgem nas relações de trabalho. Chama a atenção a discriminação em razão da orientação sexual e contra a pessoa portadora do vírus HIV.

A discriminação em razão da orientação sexual, além de atingir diretamente a intimidade do trabalhador, sem afetar em nada a produção laboral, fere os Direitos Humanos de Primeira Dimensão, sobretudo o direito à liberdade de escolha. Países como Reino Unido e Suécia já adotaram, em legislação infraconstitucional, respectivamente as Leis n. 1.661/2003 e 133/99, proibindo a discriminação nas relações de trabalho baseada em orientação sexual²⁹¹.

A discriminação contra pessoas portadoras do vírus HIV ocorre em todo o mundo, não somente na África subsahariana, em que pese ser a região mais afetada do mundo: 60% da população²⁹². Vale ressaltar que a proporção de mulheres infectadas é superior à dos homens, em razão da condição social mais baixa que a dos homens e de sua vulnerabilidade. No Camboja, China, Costa Rica e Moçambique, a legislação infraconstitucional proíbe a discriminação nas

²⁹⁰ Lei n. 134/99: "Art. 4º - Práticas Discriminatórias: 1 – Consideram-se práticas discriminatórias as ações ou omissões que, em razão de pertença de qualquer pessoa a determinada raça, côr, nacionalidade ou origem étnica, violem o princípio da igualdade, designadamente: a) A adopção de procedimento, medida ou critério, directamente pela entidade empregadora ou através de instruções dadas aos seus trabalhadores ou a agência de emprego, que subordine a factores de natureza racial a oferta de emprego, a cessação de contrato de trabalho ou a recusa da contratação; b) A produção ou difusão de anúncios de ofertas de emprego, ou outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção ou ao recrutamento, que contenham, directa ou indirectamente, qualquer especificação ou preferência baseada em factores de discriminação racial; [...] Art. 10º - Pena Acessória: Sem prejuízo das demais sanções que ao caso couberem, relativamente aos actos discriminatórios previstos na presente lei, o juiz pode, com carácter acessório, aplicar ainda as seguintes penas: a) A publicidade da decisão; b) A advertência ou censura públicas dos autores da prática discriminatória. [...]" (GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito da Igualdade Social*, cit., p. 48-53).

²⁹¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo*: afrontar los retos que se plantean, cit., p. 48.

²⁹² Id., p. 49.

relações de trabalho, em especial quanto à formação, promoção e oportunidades, pelo fato de o trabalhador ser soropositivo²⁹³.

É certo que toda a campanha²⁹⁴ das Organizações Internacionais em prol do respeito ao ser humano, valores da liberdade e igualdade, multiculturalismo, sobretudo a não discriminação nas relações de trabalho e conseqüente mudança na legislação dos Estados-Membros tem mostrado resultado, especialmente quanto à implementação da igualdade entre os sexos. Entre 1999 e 2004, três quartos dos postos de trabalho criados na União Européia foram preenchido por mulheres²⁹⁵.

Recentemente a OIT registrou sensível diminuição na diferença de remuneração entre os sexos. Especificamente nas indústrias manufatureiras, foi reduzida consideravelmente essa diferença, tanto nos Países industrializados como nos em desenvolvimento: Suécia, Noruega, Austrália, Dinamarca, Finlândia, Nova Zelândia, Países Baixos, Irlanda, Reino Unido, Costa Rica, Suíça, Hungria, Luxemburgo, Jordânia, Chipre, Singapura, Brasil, Japão, Taiwan (China) e República da Coréia²⁹⁶. O único País que se mostrou estável foi a Alemanha. Por sua vez, El Salvador, Sri Lanka, Letônia, Irã, Lituânia, Islândia, Casaquistão, Egito, Bulgária, Áustria, República Checa, Hong Kong (China), Geórgia, Botsuana e Bahrein não apresentaram melhoras quanto à igualdade salarial entre homens e mulheres²⁹⁷.

Destarte, a ratificação dos Tratados de Direitos Humanos, especialmente a Convenção n. 111, tem-se mostrado importante aliada no combate à discriminação nas relações de trabalho e implementação da igualdade material.

²⁹³ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo*: afrontar los retos que se plantean, cit., p. 50.

²⁹⁴ No intuito de promover a igualdade, o Parlamento Europeu e o Conselho declararam que o ano 2007 é o *Ano Europeu de Oportunidade para Todos*. O orçamento destinado para sua campanha é de 15 milhões de euros. Por sua vez, o ano 2008 será o *Ano do Diálogo Intercultural*; e 2010 será o *Ano Europeu do Combate à Exclusão e à Pobreza* (Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>. Acesso em 8.3.2007).

²⁹⁵ Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>. Acesso em 8.3.2007.

²⁹⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo*: afrontar los retos que se plantean, cit., p. 24.

²⁹⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *Igualdad en el trabajo*: afrontar los retos que se plantean, cit., p. 24.

Conclusão parcial

As atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra Mundial, sob o signo da intolerância, discriminação, desrespeito ao direito alheio, diante da noção de inferioridade do *outro*, em detrimento do *eu*, fundamentadas na superioridade de uma raça, fizeram surgir novo paradigma de proteção internacional ao ser humano, o que reflete sobretudo na Ordem Jurídica doméstica dos Países Ocidentais.

Com a implantação da Organização das Nações Unidas e conseqüente promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu um movimento de reconstrução dos valores éticos e morais em favor da internacionalização de direitos universais, destinados a todo ser humano, capazes de protegê-lo contra qualquer ato do Estado cometido no interior de seu território.

O Ordenamento Constitucional Internacional, assim como o dos Países Ocidentais, é modificado a partir da adoção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, cujo fundamento jurídico, inserido em todos os Tratados no âmbito da ONU, OEA e OIT, são os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação.

O ser humano deixa de ser reconhecido de forma abstrata para ser objeto de atenção da Comunidade Internacional, de acordo com suas especificidades. Como os Direitos Humanos são universais – destinados a todos –, é essencial à *gramática de inclusão* à oferta de tratamento diferenciado às pessoas inseridas nos grupos vulneráveis e excluídos socialmente; sobretudo por meio da implantação da igualdade material.

Os Direitos Humanos são criados pela Ordem Jurídica Internacional, mediante o consenso de valores de diferentes culturas, sob a ética

universal. Seu objeto central é a proteção à dignidade de todas as pessoas humanas e o respeito às diferenças.

Os Direitos Humanos de Primeira Dimensão – Cíveis e Políticos –, fundamentados nos valores de liberdade, representam o direito do jurisdicionado a não sofrer interferências do Estado em sua vida privada. Promovem, quase sempre, a competência negativa do Estado quando este é obrigado a respeitar as liberdades públicas.

Os Direitos de Segunda Dimensão – Econômicos, Sociais e Culturais –, como os direitos dos trabalhadores, o direito à saúde, à moradia, à educação e à cultura, são essenciais ao bem-estar de todos os jurisdicionados, à vida digna, à inclusão social e à promoção da igualdade material. Promovidos pelo Estado Social de Direito, exigem, para sua implementação, na maioria das vezes, prestações positivas. Daí por que a efetividade dos DESC depende de preparativos sociais, tendo o Estado a obrigação de destinar parte de suas reservas econômicas à implementação desses Direitos, sob pena de responsabilidade internacional.

Assim sendo, os Direitos Humanos de Segunda Dimensão representam a consciência de pôr fim à exclusão dos grupos vulneráveis, promovendo a igualdade de oportunidade, em especial o acesso aos recursos necessário à vida digna.

A partir da promulgação da DUDH, os Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão, destinados a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, cor, estado civil, nacionalidade ou religião, dentre outras características e opções, são ofertados pelos Tratados Internacionais diante da concepção de universalidade, interdependência, indivisibilidade e inalienabilidade, pois revelam interesse de toda a Humanidade. Além disso, o combate à discriminação, o respeito às diferenças e a preocupação de dar efetividade aos Direitos Humanos

estão presentes em todos os Tratados do Sistema Geral e Especial de Proteção da ONU, pelo Sistema Regional de Proteção da OEA e nas Convenções da OIT.

A DUDH, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, forma a Carta Internacional de Direitos Humanos ou *International Bill of Rights*, consubstanciada no principal instrumento jurídico de proteção internacional ao ser humano.

O PIDCP tem grande destaque na defesa dos Direitos Humanos, sobretudo quanto ao direito à igualdade e à não discriminação, quando assegura o *status* de direitos inderrogáveis, tendo o Estado-Membro a obrigação de preservá-los em toda e qualquer situações.

O PIDESC estabelece a obrigação aos Estados-Membros de implementar os Direitos de Segunda Dimensão por meio de esforço próprio e cooperação internacional, bem como a obrigação de respeitar a cláusula de proibição do retrocesso social.

O Sistema Especial de Proteção, formado por Tratados de Direitos Humanos com temática específica, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, traduz a necessidade de ofertar proteção ao ser humano de acordo com suas particularidades.

Seus Tratados têm por objeto a proteção aos grupos vulneráveis, como as minorias raciais, mulheres, crianças, migrantes, cujo caráter repressivo-punitivo é aliado à vertente promocional. Impõem ao Estado-Membro o compromisso de combater qualquer forma de discriminação, no âmbito público e privado, implementar políticas públicas

capazes de mudar padrões socioculturais, além de promover Ações Afirmativas para dar efetividade à igualdade de oportunidades.

No que tange ao Sistema Regional de Proteção, destinado a proteger todo ser humano nacional ou que esteja no território dos Estados que integram a OEA, e cujos propósitos gravitam em torno da cooperação regional e promoção dos Direitos Humanos, essenciais à vida digna; forma-se por Tratados que oferecem e protegem os Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão, e têm como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Em total harmonia com os preceitos da ONU quanto à proteção ao ser humano, em especial aos grupos vulneráveis, a OEA tem como principais instrumentos jurídicos a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador. A Convenção Americana de Direitos Humanos cumpre importante papel na defesa do ser humano quando assegura a inderrogabilidade por seus Estados-Membros do direito à igualdade e à não discriminação.

Por sua vez, a OIT tem como propósito a implementação de condições dignas de trabalho, o patrocínio ao diálogo social e o respeito ao ser humano. Como objeto, a efetividade dos Direitos Humanos, em especial os de Segunda Dimensão, por meio da ratificação de suas Convenções pelos Estados-Membros.

As Convenções da OIT inseridas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho são Tratados de Direitos Humanos, formando o núcleo inderrogável de Direitos Humanos voltado às relações de trabalho. Como normas de *jus cogens*, têm aplicação imediata, não podendo nenhum Estado-Membro ratificá-los com reservas ou derogá-los. Enfrentam temas como a liberdade sindical, o direito à sindicalização e à negociação coletiva; à erradicação do trabalho infantil, à abolição do

trabalho forçado e obrigatório, à igualdade salarial entre homens e mulheres e à não discriminação nas relações de trabalho.

As Convenções n. 100 e 111 da OIT, inseridas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, tratam da igualdade de remuneração para ambos os sexos quando o trabalho for de igual valor, e a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Os Tratados em estudo têm em comum a busca pela implementação da igualdade de Direitos Humanos, especialmente os de Segunda Dimensão, para ambos os sexos, e a promoção do Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

A Convenção n. 111 da OIT, principal instrumento jurídico internacional no combate à discriminação nas relações de trabalho, tem aplicação no âmbito público e privado e em todas as fases da relação de trabalho. Ao ratificarem a Convenção, os Estados-Membros se comprometem a reprimir toda forma de discriminação e implementar Ações Afirmativas para dar efetividade à igualdade material e, conseqüentemente, à justiça social.

Além das Convenções que discorrem acerca dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, outras Convenções da OIT assumem importante papel na defesa do direito à igualdade e não discriminação. A Convenção n. 158 proíbe a rescisão do contrato individual de trabalho por denúncia vazia e, conseqüentemente, inibe a discriminação na fase final da relação de trabalho. Por sua vez, a Convenção n. 159 da OIT promove a inclusão no ambiente do trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

Destarte, a efetividade dos Principais Tratados de Direitos Humanos da ONU, OEA e OIT, sob a ótica da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, além do respeito ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação aplicado às relações de trabalho, são premissas essenciais ao trabalho decente e, conseqüentemente, do respeito à dignidade da pessoa humana.

PARTE III

DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO NACIONAL

Considerações preliminares

A terceira parte do trabalho tem por foco apresentar a efetividade do Princípio da Igualdade e Não Discriminação nas Relações de Trabalho no contexto nacional.

Inicialmente será apresentado o Princípio da Igualdade e Não Discriminação no âmbito das Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império até a Carta de 1988, concentrando a atenção sobre o destinatário da norma de proteção, a acepção quanto à igualdade e a não discriminação.

Ao discorrer sobre a Constituição em vigor, apresentar-se-á a importância jurídica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, para o Ordenamento Jurídico Pátrio; a implementação e efetividade dos Direitos Humanos; o *status* conferido aos Tratados Internacionais da ONU, OEA e OIT e seu impacto no Ordenamento Jurídico Pátrio, sobretudo no sistema de combate à discriminação nas relações de trabalho.

Adiante será apresentada a legislação infraconstitucional relativa ao combate à discriminação no campo das relações laborais. Abordar-se-ão as diversas formas de discriminação ocorridas durante as fases pré-contratual, contratual e no momento da cessação do contrato, além da consequência jurídica para o empregador e da posição dos Tribunais Superiores quanto ao tema em discussão.

Finalmente, por constituir a grande maioria dos casos de discriminação nas relações de trabalho, ofertar-se-á enfoque especial à discriminação contra os afro-descendentes, as mulheres, as pessoas portadoras de deficiência e os portadores do vírus HIV.

III.1 O Ordenamento Constitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho

O Ordenamento Jurídico pátrio sempre promoveu normas de cunho antidiscriminatório, inseridos em sua Carta Constitucional, ainda que de início a proteção tenha sido destinada exclusivamente à elite.

Ao ser proclamada a Independência do Brasil, em 1822, as liberdades individuais foram oferecidas somente às classes dominantes. Os menos favorecidos continuavam relegados ao regime escravocrata. Após a promulgação da Lei Áurea, em 1888, o escravo foi inserido no mercado de trabalho como mão-de-obra barata, corroborando a diferença social entre as etnias no País.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, denominada *Constituição do Império*, dispôs em seu Título 8º acerca dos Direitos Cíveis e Políticos, destinados exclusivamente aos cidadãos brasileiros. De natureza eminentemente individualista, sob os ideais liberais e forte influência das Constituições européias, promoveu os Direitos Cíveis, em especial os Direitos à liberdade, segurança individual e propriedade. A igualdade era ofertada aos cidadãos brasileiros, assegurando-se aplicação equânime para todos no que diz respeito à proteção e castigo²⁹⁸.

Diferentemente da primeira Constituição brasileira, a Carta Republicana de 1891 não mais limitava os Direitos Cíveis aos brasileiros.

²⁹⁸ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XIII – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 7.3.2007).

Estendeu aos estrangeiros residentes no País o Direito à *liberdade, segurança individual e propriedade*. Pela primeira vez na legislação brasileira o Princípio da Igualdade foi apresentado de forma direta, destinado a todos os jurisdicionados, sob o signo da igualdade formal – *todos são iguais perante a lei*²⁹⁹.

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição alemã de 1919, bem como por todo o movimento sindical europeu e brasileiro em favor da classe operária, foi o primeiro Texto Constitucional brasileiro a tratar dos Direitos Sociais, aliados ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação. Retratou o Constitucionalismo Social na Ordem Jurídica Nacional, fazendo referência a um tratamento equânime para brasileiros e estrangeiros no que tange à proibição de privilégios ou distinções, “por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou idéias políticas”³⁰⁰. Adiante, ao tratar da Ordem Econômica e Social, seu art. 121, § 1º, a, estabeleceu a aplicação da cláusula de não discriminação às relações laborais; e proibiu a diferença de salário, quando o trabalho fosse o mesmo, por motivo de idade, sexo, nacionalidade e estado civil³⁰¹.

A outorgada Carta do Estado Novo, de 1937, retirou a cláusula de não discriminação, reduzindo o Princípio da Igualdade ao verbete “todos são iguais perante a lei”³⁰². Além disso, não tratou da proibição de discriminação nas relações de trabalho, direito oferecido pela Constituição anterior.

A Constituição de 1946, promulgada após o Decreto-lei n. 5.452/43 – Consolidação das Leis do Trabalho, embora tenha reduzido o Princípio

²⁹⁹ “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰⁰ Art. 113, 1: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos Paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰¹ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 7.3.2007.

da Igualdade ao brocardo “igualdade perante a lei”³⁰³, assegurou expressamente, pela primeira vez na história do Direito Constitucional brasileiro, a valorização do trabalho humano, juntamente com o Princípio da Justiça Social, no Título que se refere à Ordem Econômica e Social³⁰⁴.

Dispôs sobre a necessidade de harmonizar a liberdade de iniciativa ao respeito ao ser humano, ou seja, o Princípio da Autonomia da Vontade das Partes com o Princípio da Proteção. Em sentido semelhante, seu art. 157, II, assegurou a proibição de discriminação nas relações de trabalho no que tange ao pagamento de salário³⁰⁵.

A Constituição de 1967, promulgada após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, abordou o Princípio da Igualdade e Não Discriminação de forma mais incisiva que os Textos anteriores. Desta vez, a cláusula de não discriminação proibiu a distinção por motivo “de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Em seguida, assegurou a possibilidade de punição aos crimes de preconceito de raça³⁰⁶. Finalmente, ao tratar da proibição de diferença de salário e critério de admissão, retirou os temas “nacionalidade” e “idade” e inseriu a proibição de discriminação quanto à cor do trabalhador³⁰⁷.

³⁰² Art. 122, § 1º (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰³ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei.”

³⁰⁴ Título V – Da Ordem Econômica e Social. “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰⁵ “Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; [...]” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰⁶ Art. 150, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei” (Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 7.3.2007).

³⁰⁷ Art. 158, III: “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”.

O final dos anos 60 foi marcado pela ditadura militar. Com ela, o autoritarismo, legalizado pelos Atos Institucionais, e a conseqüente suspensão de Direitos Políticos e liberdades públicas. A censura, a tortura e o medo tiveram destaque na sociedade brasileira até a reabertura da democracia, no ano de 1985.

A promulgação da Carta de 1988 tem como marco a institucionalização dos Direitos Humanos no Sistema Jurídico pátrio, oferecendo uma visão de indivisibilidade e interdependência entre os Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais quando conjuga os signos da liberdade e igualdade e consagra o valor da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro.

Atribui relevância aos Direitos Humanos de Segunda Dimensão quando, além de representar a superação da violação às liberdades individuais, enfrenta a necessidade de erradicar a pobreza e a desigualdade social. Além disso, o bem de todos, *sem qualquer distinção*, é ideal a ser seguido pelo Estado Democrático, que concede aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamados pela legislação nacional de *Direitos Sociais*, *status* de norma de ordem pública e cláusula pétrea (inseridos no Título II da Constituição, que trata *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*).

O ordenamento constitucional em vigor representa o fim do autoritarismo militar – instalado em 1964 e vigente até 1985 – e a triunfal implantação da democracia participativa dos cidadãos no País, coadunando as liberdades individuais com a preocupação de implementar a justiça social. Já no Preâmbulo³⁰⁸ – parte destinada a apresentar e definir as intenções e o objeto da Constituição – expõe a necessidade de assegurar os Direitos Sociais e a

³⁰⁸ Alexandre de Moraes define o preâmbulo da Constituição como “documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem, legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidade” (MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 46-47).

liberdade, igualdade e justiça “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O Estado Democrático, instituído pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988, retrata a junção do Estado de Direito com os valores da democracia: efetividade dos Direitos Civis e Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, expressa especialmente pela soberania popular.

A Constituição-Cidadã fornece triunfal importância ao homem-cidadão, visto como detentor de Direitos Humanos. Já em seu Título I, art. 1º, III, define como um de seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana”, expressando a valorização da ética social e a importância do ser humano. Agregado a seu fundamento, assegura que constitui objeto da República Federativa do Brasil, conforme seu art. 3º, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade solidária, além da promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito.

Por sua vez, no que tange às relações internacionais, a República Federativa do Brasil adota como Norma-Princípio, segundo o art. 4º da Constituição, a prevalência dos Direitos Humanos. Adiante, em seu art. 5º, § 4º, afirma a submissão do Brasil à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, em decorrência de sua manifesta adesão.

A Constituição de 1988 é o grande divisor de águas quanto à postura da Norma-Regra e Norma-Princípio no Ordenamento Jurídico pátrio. Representa a superação do positivismo, que cede espaço ao signo dos valores, traduzidos na Ordem, cuja base jurídica é formada por Princípios. Estes, por si sós, exauram o entendimento de sua aceção e aplicação.

Os Princípios Fundamentais, além de serem norma primária, que fundamenta todo o Sistema Jurídico e forma o cerne nuclear da Constituição, cumprem o papel de definir e conduzir direitos e obrigações, na medida em que determina o alcance da Norma-Regra.

Ressalte-se que os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação são, também, Direitos Fundamentais, segundo o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal³⁰⁹.

Os Direitos Fundamentais, todos derivados dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, têm eficácia imediata, implicando aos órgãos estatais a obrigação de criar mecanismos capazes de oferecer plena eficácia jurídica a todos esses Direitos.

Ao ser questionado quanto à auto-aplicabilidade do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o postulado fundamental não é suscetível de regulamentação ou complementação normativa, mas se trata de norma auto-aplicável que vincula todos os atos do Poder Público:

Igualdade. Princípio. Discriminação. Proibição.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, 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 (STF – MI n. 58-DF – Pleno – m.v. – 14.12.1990 – rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJU, de 19.4.1991, p. 4580).

Ademais, o fato de o Texto Constitucional iniciar pelos *Princípios Fundamentais* representa a importância que a nova Ordem Constitucional oferece

³⁰⁹ Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

à Norma-Princípio, tendo como destaque a normatização dos Princípios Fundamentais – *Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade e Não Discriminação* – como fontes primárias e valores éticos a serem observados em todo o Sistema Jurídico pátrio; com maior aplicação nos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi estabelecido pelo Texto Constitucional no art. 1º, I, juntamente com a *soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, fundamento do Estado Democrático de Direito. É suporte axiológico para todo o Ordenamento Jurídico e validade para todas as normas, como fonte primária do Direito. Impõe conduta positiva ao Estado, no sentido de promover e assegurar vida digna a todo ser humano, instituindo Direitos Individuais Subjetivos.

Merece registro o entendimento de Ana Paula de Barcellos acerca do papel do Estado brasileiro quanto ao bem-estar dos jurisdicionados:

O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro³¹⁰.

A Constituição oferece importância superior ao homem ao tratar, logo no início, dos *Princípios Constitucionais*, em seguida dos *Direitos Individuais e Fundamentais* para, somente depois, tratar do *Estado*. Além disso, tem caráter inovador ao incluir entre os Direitos Fundamentais o catálogo exemplificativo de Direitos Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais.

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 26.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem ilimitada aplicação às relações laborais, sobretudo quando o art. 170, III, da CF assegura que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna³¹¹.

Por sua vez, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação oferece suporte axiológico aos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito brasileiro: a construção de uma sociedade livre, solidária e justa; o desenvolvimento social; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

Implementado na Constituição sob a vertente material – *igualdade de oportunidades* –, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação cumpre importante papel em relação à inclusão social dos grupos vulneráveis, gerando, conseqüentemente, condições favoráveis ao desenvolvimento nacional³¹², objetivo da República Federativa do Brasil³¹³.

Para efetivação dos Direitos Sociais, a Constituição Federal concebeu como valor essencial a igualdade material. O Estado Social de Direito age positivamente e oferece ao jurisdicionado acesso à educação, saúde e trabalho, entre outros.

³¹¹ “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: [...]”.

³¹² Para se ter uma idéia da relação entre desenvolvimento nacional e efetividade dos Direitos Sociais, em especial quanto ao direito à educação, menos de 10% dos considerados pobres estão matriculados no ensino secundário. O brasileiro que conclui o 2º grau recebe 90% a mais do que aquele que estuda até a 4ª série (VINOD, Tomas. *A natureza da desigualdade: attacking Brazil's poverty*. Banco Mundial. p. 6-8).

³¹³ Art. 3º da CF: “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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Diante do processo de ampliação de titulares de Direitos, o art. 5º³¹⁴ da Constituição em vigor assegura Direitos e Deveres Individuais e Coletivos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. É necessário pensar nas particularidades de cada um, sobretudo no que tange à aplicação e à proteção ao direito à igualdade e proibição da discriminação por motivo de raça, sexo, cor, estado civil ou orientação sexual.

O Ordenamento Jurídico em vigor adotou o Sistema Geral de Proteção, agregado ao Sistema Especial de Proteção contra atos que ensejem discriminação ao exercício dos Direitos e Garantias Fundamentais, especialmente aos Direitos de Segunda Dimensão.

As normas do Sistema Geral de Proteção concentram sua ação na proibição de condutas discriminatórias sem especificar o destinatário. São políticas neutras e de cunho abstrato.

Como norma de combate à discriminação e expressão do sistema geral de proteção, o art. 5º, XLI e XLII, assegura punição aos infratores dos Direitos e Garantias Fundamentais por motivo de discriminação, além de assegurar que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão.

Por sua vez, as políticas de maior efetividade no combate à discriminação adotam as Ações Afirmativas como instrumento de inclusão social e desestímulo à segregação dos grupos vulneráveis na sociedade.

No que tange às relações de trabalho, o sistema geral de proteção é norma que veda condutas discriminatórias sem se importar com a vulnerabilidade do agente passivo, em especial na fase pré-contratual. Tem mero caráter de proibição, como o art. 7º, XXX, da CF, que impõe a proibição de diferenças de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por

³¹⁴ “Art. 5º 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

motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; o inciso XXXI do mesmo artigo assegura a proibição de discriminação contra pessoa portadora de deficiência no tocante a salários e admissão.

Por sua vez, o sistema especial promove a inserção dos grupos vulneráveis no campo do trabalho, por meio das Ações Afirmativas.

Como normas de cunho promocional, o art. 7º, XX³¹⁵, da CF promove a inclusão da mulher no mercado de trabalho, por meio de medidas específicas; e o art. 37, VIII, reserva vagas em concurso público às pessoas portadoras de deficiência.

À vista destas razões, não basta proibir a discriminação mediante legislação de cunho proibitivo e perpetuar a exclusão social. São necessárias políticas promocionais capazes de incluir os grupos socialmente vulneráveis na sociedade, em especial nas relações de trabalho, por intermédio das Ações Afirmativas, essenciais à efetividade dos Direitos Humanos.

III.1.1 A Ordem Constitucional e os Tratados de Direitos Humanos

Desde já é preciso assegurar os pontos de congruência e dessemelhança entre *Direitos Fundamentais* e *Direitos Humanos*.

Os Direitos Fundamentais são normas jurídicas consagradas pelo Ordenamento Constitucional de cada País, cuja aplicação se restringe ao território nacional. Sua extensão e acepção dependem basicamente da forma de Estado,

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

do grau de respeito à dignidade da pessoa humana e da promoção do bem-estar da coletividade.

Como normas de ordem pública, os Direitos Fundamentais gozam de hierarquia jurídica superior no Sistema Jurídico Nacional. A eles nenhuma outra norma interna, de qualquer natureza, pode ser contrária. São ofertados aos jurisdicionados, nacionais e estrangeiros residentes no País, por meio de Normas-Princípio e Normas-Regra, inseridos na legislação constitucional e na infraconstitucional.

Por sua vez, os Direitos Humanos inseridos nos Tratados Internacionais são parâmetros mínimos de proteção, destinados a todas as pessoas. Foram conjugados pela ética universal e consagrados na Ordem Internacional.

Vale a pena citar o comentário de Ingo Wolfgang Sarlet quanto aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos:

[...] a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporariamente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna³¹⁶.

Por sua vez, John Rawls assegura que os Direitos Humanos são distintos dos Direitos Constitucionais, por ele chamados *direitos da cidadania democrática liberal*. Afirma que estes últimos são específicos de determinadas instituições políticas e limitados ao “padrão necessário, mas não suficiente para a

³¹⁵ Art. 7º, XX: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]”.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 10.10.2003.

decência das instituições políticas e sociais”³¹⁷. Ressalte-se que as ratificações dos Tratados de Direitos Humanos geram efeitos singulares aos Estados-Membros.

Os Tratados Internacionais cuja matéria diz respeito ao âmbito comercial regulam direitos e deveres dos Estados contratantes, segundo o Princípio da Reciprocidade.

Os Tratados de Direitos Humanos regulam deveres dos Estados sem que estes usufruam de Direitos. Não há contraprestação. O objetivo da ratificação do Tratado é sempre a proteção “de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante”³¹⁸.

A validade internacional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos independe da ratificação pelos Estados-Membros. Mas, a partir da sua adoção, o Estado-Membro responde internacionalmente pelo desrespeito aos Direitos Humanos por eles ofertados.

Assim, a grade de proteção ao ser humano e a conseqüente responsabilidade internacional do Estado-Membro derivam da obrigação contraída de respeitar as normas inseridas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, após serem estes ratificados e incorporados à Ordem Jurídica Nacional.

A incorporação dos Tratados Internacionais pelo Ordenamento Jurídico pátrio demanda requisitos complexos, que exige ato de vontade do Congresso Nacional e do Presidente da República.

O primeiro ato interno relativo à vigência nacional dos Tratados Internacionais, seja da ONU, da OIT ou da OEA, é de competência exclusiva do

³¹⁷ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 104-105.

³¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo – art. 49, I, da CF. A partir da primeira aprovação é que o Presidente da República poderá ratificar o Tratado, mediante decreto – o segundo ato interno, conforme o art. 84, VIII. Passada essa fase, o Tratado será promulgado e publicado oficialmente para, finalmente, gerar efeito jurídico no plano interno.

Flávia Piovesan afirma que o Brasil adota teoria mista quanto à incorporação dos Tratados. Segundo a autora, para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a incorporação é automática por força do art. 5º, § 1º. Para os Tratados que não tenham essa natureza acolhe-se a sistemática de incorporação não automática^{319e320}.

No que tange à hierarquia, Celso de Albuquerque Mello defende a *supraconstitucionalidade* dos Tratados de Direitos Humanos:

[...] a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional³²¹.

Para Antonio Augusto Cançado Trindade, existe uma tendência, nas Constituições contemporâneas, a dispensar tratamento especial aos Tratados de Direitos Humanos devido à valorização do ser humano. A solução quanto à

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. O valor jurídico dos Tratados e seu impacto na Ordem Constitucional. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 72.

³²⁰ Segundo o Sistema Monista, não há independência entre o Direito Internacional e o Doméstico. O Direito Internacional e o Nacional fazem parte da mesma Ordem Jurídica. Tão logo o Tratado sofra o processo de ratificações, ele é automaticamente incorporado ao Sistema Jurídico Interno, gerando efeito jurídico. Por sua vez, o Sistema Dualista tem como marco a existência da Ordem Internacional e Nacional, sendo a segunda totalmente independente da primeira.

³²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

posição hierárquica desses Tratados resulta de critérios “valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país a país”³²².

A *Convenção sobre Tratados de Havana* de 1928, ratificada pelo Brasil, sem reservas, e promulgada pelo Decreto n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929, assegura em seu art. 11: “Os Tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes”.

Também a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, com entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980, define, em seu art. 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

À vista dessas razões, o Estado brasileiro tem a obrigação jurídica de adotar os preceitos do Tratado Internacional de Direitos Humanos após sua ratificação e incorporação. Ainda que a Ordem Constitucional seja alterada por novo Poder Constituinte Originário, tem a obrigação de respeitá-los, sob pena de responder internacionalmente em face do *pacta sunt servanda*.

Assim, há, de fato, certa superioridade dos Direitos Humanos em relação ao Direito Interno no que tange à proteção internacional.

A partir da ratificação dos Tratados de Direitos Humanos, a Ordem Jurídica Interna deve harmonizar-se com os preceitos contidos na Ordem Internacional, sem perder de vista suas peculiaridades. O objetivo é procurar, sempre, ultrapassar suas limitações econômicas, essenciais à implementação dos Direitos Humanos de Segunda Dimensão.

Todos os dispositivos inseridos nos Tratados de Direitos Humanos, provenientes da ONU, OEA e OIT, têm força jurídica de ordem pública

³²² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1. p. 409.

e buscam, antes de mais nada, assegurar parâmetros protetivos mínimos a todos, pois essenciais à existência digna em sociedade.

Neste contexto, a Constituição brasileira representa o fim da ditadura institucionalizada no País. É linha divisora no que tange à adoção e responsabilidade perante os Tratados de Direitos Humanos. O País mostrou compromisso formal com os Direitos Humanos nunca antes visto no Sistema Jurídico pátrio.

Após o processo de reabertura da democracia brasileira, foram ratificados importantes Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da ONU e da OEA, como o PIDCP, o PIDESC, a CEDAW, a CERD, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher³²³.

No que tange aos Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, boa parte deles foi adotada nas décadas de 50 e 60³²⁴. Somente as Convenções n. 138 e 182, que abordam a temática da idade mínima para admissão no emprego e proibição das piores formas de trabalho infantil, foram adotadas pelo Brasil, em 2000 e 2001, respectivamente.

³²³ A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi ratificada em 1989; o PIDESC e o PIDCP foram ratificados em 1992; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990. Por sua vez, quanto ao Sistema Regional Interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 1992; o Protocolo de San Salvador, em 1996; a Convenção Interamericana para Punir e Prevenir a Tortura, em 1989; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 1995.

³²⁴ A Convenção sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva tem vigência nacional em 1953; as Convenções sobre Abolição do Trabalho Forçado, n. 29 e 105, têm vigência nacional em 1958 e 1966, respectivamente; assim como as Convenções n. 100 e 111, que discorrem acerca da igualdade de salário para trabalho de igual valor e da discriminação em matéria de emprego.

Ao tratar das Relações Internacionais³²⁵, logo no art. 4º, II, a Constituição assegura a *prevalência dos direitos humanos*³²⁶.

Adiante, no § 2º do art. 5º³²⁷, a Constituição textualmente expressa aceção quanto aos Direitos Humanos inseridos nos Tratados Internacionais adotados pelo Brasil, oferecendo-lhes status de Direitos e Garantias Fundamentais constitucionais, além dos Princípios adotados. Destarte, a Constituição ampliou a margem de aceção de Direitos e Garantias Fundamentais, traduzida em verdadeira cláusula constitucional aberta³²⁸.

Conforme preceitua Antonio Álvares da Silva, os Direitos Fundamentais, consagrados na Carta Superior, decorrem do regime e dos Princípios adotados e dos Tratados Internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil³²⁹.

Flávia Piovesan afirma que a Carta em vigor atribui aos Tratados de Direitos Humanos *status* de norma constitucional³³⁰. Celso de Albuquerque

³²⁵ As relações internacionais não se limitam a Tratados comerciais ou econômicos que o Brasil porventura ratifique. Trata-se de aplicação no sistema jurídico doméstico das normas internacionais acerca dos Direitos Humanos.

³²⁶ A legislação estrangeira também oferece primordial importância aos direitos humanos. A Constituição de Portugal de 1976 determina acerca dos direitos por ela assegurados, em seu art. 16 (1) e (2), que “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”; e acrescenta: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. A Carta Maior alemã é ainda mais de vanguarda ao assegurar que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal”; e “sobrepõe-se às leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território nacional”. A Constituição argentina oferece aos Tratados de Direitos Humanos hierarquia constitucional, sendo sua denúncia condicionada à prévia aprovação de dois terços dos membros do Poder Legislativo (TRINDADE, Antonio Cançado. *Tratado Internacional de Direitos Humanos*, cit., v. 1, p. 405-408).

³²⁷ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³²⁸ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 79.

³²⁹ SILVA, Antonio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Ed. RTM, 1996. p. 32.

³³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 75.

Mello reconhece que a tese da autora tem a grande vantagem de evitar que o STF julgue a constitucionalidade dos Tratados de Direitos Humanos³³¹.

Segundo Flávia Piovesan, os Direitos Fundamentais podem ser organizados em três grupos: a) os expressos na Constituição; b) os implícitos, decorrentes dos Princípios adotados pela Constituição; e c) os expressos nos Tratados ratificados pelo Brasil³³².

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, o Ordenamento Constitucional adotou textualmente a postura de que os Tratados de Direitos Humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Assim, gozam da posição hierárquica de norma constitucional.

Nesse panorama, quando os Tratados Internacionais são ratificados e entram em vigor em âmbito nacional, os Direitos Humanos adquirem, internamente, *status* de Direitos Fundamentais. Assim, a partir da entrada em vigor do Tratado de Direitos Humanos, seus direitos de defesa e de prestação passam a ter a mesma força e capacidade para gerar efeitos jurídicos que os Direitos Fundamentais expressos na Constituição. Daí por que alguns autores adotam a terminologia Direitos Humanos Fundamentais³³³.

A idéia de efetivar os Direitos e Garantias Individuais, expressos na Constituição ou produto de Tratados Internacionais, deve-se à valoração do homem como centro da sociedade, detentor de dignidade.

O Direito dos Direitos Humanos, como ordem mínima a ser respeitada pela Sociedade, determina o arcabouço jurídico mínimo que todos os

³³¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 25.

³³² PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35.

³³³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Estados-Membros devem promover e respeitar, donde não é possível pensar em retrocesso. Uma vez que o Estado ratifique e promova os Direitos inseridos nos Tratados, no exercício de sua soberania, não se pode pensar em possível diminuição de direitos via Ordem Jurídica interna, especialmente em relação aos artigos que tratam da *Igualdade e Não Discriminação*, considerados *normas cogens* pela ordem internacional.

O art. 4º, § 1º, do PIDCP e o art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil, asseguram que o direito à igualdade e a não sofrer discriminação faz parte do núcleo inderrogável dos Direitos Humanos, que nem mesmo em casos excepcionais podem ser derogados.

Aliado à sua inderrogabilidade, o direito à igualdade e à não discriminação não tem aplicação vinculada à ação *progressiva* do Estado. Tão logo o Tratado é ratificado, suas normas de promoção à igualdade material e combate à discriminação devem ser efetivadas.

Nesse contexto, toda Norma-Regra derivada do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, inserida nos Tratados de Direitos Humanos, constitui piso mínimo essencial que o Direito pátrio tem a obrigação de respeitar e promover, logo após sua adoção. Sua aplicação se dá no âmbito público e no privado, inclusive nas relações de trabalho.

Os Tratados Internacionais da ONU, OEA e OIT, como a CEDAW, a CERD, o Protocolo de San Salvador e as Convenções da OIT n. 100, 111 e 159 – todos ratificados pelo Estado brasileiro – adotam a vertente repressivo-punitiva para combater a discriminação, bem como a vertente promocional, que adota as Ações Afirmativas como instrumento jurídico de inclusão social aos grupos vulneráveis: as mulheres, as pessoas portadoras de deficiência, os afro-descendentes, entre outros.

O Estado brasileiro tem a obrigação de promover instrumentos jurídicos a serem implementados nas relações de emprego, como as Ações Afirmativas, para promover a igualdade material e a efetividade dos Direitos Humanos, além de permitir a inclusão social por meio da igualdade de oportunidades.

Corroborando tal entendimento, Antonio Augusto Cançado Trindade assegura que os preceitos acerca da *não discriminação*, dispostos nos Tratados Internacionais, são auto-aplicáveis, quando ratificados, “em razão da própria natureza das obrigações que incorporam e de sua exigibilidade direta e imediata”, ensejando responsabilidade internacional sua violação³³⁴.

Assim, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, como Direito inserido nos Tratados de Direitos Humanos já ratificados pelo Estado brasileiro, adquire *status* de Direito Fundamental, cláusula pétrea³³⁵. É assegurada sua imutabilidade e a impossibilidade de *regresso* em sua aplicação, bem como de todos os Direitos Humanos, já que deles derivados.

Ressalte-se que a Legislação Constitucional e Infraconstitucional Nacional adotou boa parte dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais inseridos nos Tratados de Direitos Humanos da ONU, OEA e OIT.

Os Tratados de Direitos Humanos da ONU, como o PIDESC, por exemplo, foram adotados pela Carta Magna: o direito ao trabalho, as normas de segurança e saúde, o direito ao lazer, à educação, os direitos culturais, entre outros³³⁶.

³³⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit., v. 1, p. 230.

³³⁵ As cláusulas pétreas são intocáveis, representando, pois, a garantia que a sociedade democrática tem perante a vontade circunstancial do Estado. Assim sendo, os Direitos e Garantias fundamentais gozam de permanência constitucional.

³³⁶ Segue estudo comparado entre o PIDESC e a Carta Magna: Art. 6º do PIDESC – *Direito ao Trabalho*: O *caput* do art. 6º da Constituição de 1988 define como direito social o direito ao trabalho; Art. 7º do PIDESC – *Condições de Trabalho: Remuneração mínima a todos os trabalhadores*: Enquanto o PIDESC assegura a remuneração mínima, o art. 7º, VII, da Constituição Federal *garante o salário, nunca inferior ao mínimo, aos que percebem remuneração*

A principal influência exercida pelo PIDESC sobre a Carta Magna diz respeito ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação, inserido no art. 2º.

O Brasil adotou boa parte dos preceitos inseridos no Sistema Regional de Proteção. Os Direitos apresentados no Protocolo de San Salvador encontram-se quase³³⁷ todos em harmonia com nosso Texto Constitucional³³⁸.

variável; Igualdade salarial entre homens e mulheres: Trata-se da aplicação do Princípio da Igualdade que influencia toda a legislação infraconstitucional trabalhista, em especial a CLT; *Normas de Segurança e Saúde:* – O art. 7º, XXII e XXIII, da CF determina: *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional para as atividades insalubres, perigosas e penosas;* e o Capítulo V da CLT discorre acerca da temática; *Oportunidade de Promoção* – O art. 461 da CLT define os critérios objetivos e subjetivos à equiparação salarial; *Limites ao Tempo de Trabalho* – o art. 7º, XIII e XIV, da Constituição define a duração diária e semanal de trabalho, bem como a possibilidade de redução de jornada, compensação e turnos ininterruptos de revezamento; *Direito ao Lazer* – A Constituição vigente definiu no *caput* do art. 7º o direito ao lazer como direito social; e no inc. IV quando trata do salário mínimo, determina que o direito ao lazer é necessidade básica e vital do trabalhador e de sua família; art. 8º do PIDESC – *Liberdade Sindical e Direito de Greve* – Aqui há verdadeira antinomia jurídica. É que a CF não adotou a pluralidade, mas a *unicidade sindical*, o que enseja liberdade sindical limitada. Daí por que o Brasil não ratificou a Convenção n. 87 da OIT. Em relação ao Direito de Greve, o ordenamento pátrio considera direito social do trabalhador; art. 9º do PIDESC – *Direito à Seguridade Social:* O Título VIII da CF discorre acerca da Seguridade Social, no que tange à saúde, previdência e assistência social; art. 10 do PIDESC – *Proteção à família e ao trabalho infantil; Licença-maternidade* – A Constituição Federal – art. 7º, XVIII – garante a licença à gestante, com duração de 120 dias; *Medidas de proteção e assistência às crianças e adolescentes* – O Capítulo VII do Título VIII da Constituição discorre acerca da *família, da criança, do adolescente e do idoso;* *Proibição do trabalho insalubre, imoral e infantil* – O art. 7º, XXXII, da Constituição determina a proibição de trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos; e o inciso XXXIII do mesmo artigo proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre ao menor de 18 anos; art. 11 – *Direito a nível de vida suficiente para si e para sua família* – o art. 7º, IV, da Constituição Federal, ao tratar do salário mínimo, definiu-o como necessário ao trabalhador e a sua família; art. 12 – *Direito à saúde física e mental: Higiene do trabalho e meio ambiente* – A Constituição – art. 225 – em vigor prestigia o meio ambiente do trabalho; arts. 13 e 14 – *Direito à educação: Educação Primária gratuita e acessível a todos; Educação Secundária – implementação do ensino gratuito; Educação Superior – implementação do ensino gratuito; Compromisso de elaborar medidas necessárias à realização progressiva ao ensino gratuito da educação primária.* Constituição Federal, através do art. 208, consagra o direito à educação, dando prioridade ao ensino fundamental e *progressiva universalização do ensino médio gratuito;* além do atendimento especializado às pessoas portadoras de deficiência; art. 15 – *Direitos Culturais* – O art. 215 da CF determina a obrigatoriedade que o Estado tem de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais.

³³⁷ A Constituição de 1988 aponta direitos de maneira distinta dos arts. 7º e 8º do Protocolo Facultativo: Art. 7º – *Condições Justas e satisfatórias de Trabalho – Estabilidade dos Trabalhadores em seus empregos. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou a readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional* – Vislumbra-se a falta de harmonia entre as normas. A Constituição de 1988 não assegura estabilidade aos trabalhadores, somente em casos excepcionais, como à trabalhadora gestante, ao dirigente sindical, ao trabalhador que sofre acidente de trabalho, e ao membro da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

³³⁸ Art. 6º, 2, e Art. 18 – *Direito ao trabalho de todos, particularmente às Pessoas Portadoras de Deficiência;* o art. 7º, XXXI, da CF aponta *critério de admissão no emprego à PPD: reserva legal de vagas – setor público e privado;* art. 9º – *Direito à Previdência Social: o Título VIII da Constituição de 1988 trata acerca da temática. Pensão aos Dependentes – A Lei do Benefício –*

No que tange às principais Convenções da OIT, inseridas nos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, exceto a Convenção n. 87³³⁹, o Estado brasileiro adotou todas as outras, e tem procurado adaptar sua Ordem Interna Jurídica e Social aos preceitos internacionais.

É essencial à implementação do Trabalho Decente e à aplicação dos Principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos o envolvimento dos atores sociais, por meio da negociação coletiva.

Apesar de os sindicatos já trazerem à pauta das discussões a temática igualdade e não discriminação, as cláusulas contratuais têm como característica a repetição do texto das Convenções n. 100 e 111 da OIT ou da legislação nacional, ou tão-somente dar margem ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação sob a ótica formal, quando deveriam implementar políticas afirmativas.

No Brasil, hodiernamente, as cláusulas contratuais relacionadas à não discriminação e à igualdade de oportunidades, em especial a igualdade de gênero e raça, aparecem, gradativamente, nos acordos e convenções coletivas. A maioria das cláusulas relativas aos direitos da mulher diz respeito à maternidade (62,6%), responsabilidades familiares (17,8%)³⁴⁰, condições de trabalho (15,6%)³⁴¹, não discriminação e promoção da igualdade (3,9%)³⁴².

8213/91 – disciplina as pensões aos dependentes, além de definir outros benefícios; Benefícios Previdenciários – Acidente de Trabalho, Doença Profissional, Licença-Gestante – O art. 7^o, XVIII e XXII, da Constituição, bem como a Lei n. 8.213/91, discorrem acerca dos benefícios previdenciários.

³³⁹ A Convenção n. 87, sobre liberdade sindical e proteção ao direito sindical, não foi ratificada pelo Brasil diante de sua antinomia com o Sistema Jurídico Interno. O Ordenamento Constitucional adota a unicidade sindical, enquanto a norma internacional sugere aplicação da pluralidade sindical. Por sua vez, a Convenção n. 98, que trata do Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, foi ratificada pelo País em 18.11.1952 e teve vigência nacional um ano após essa data.

³⁴⁰ ABRAMO, Laís; RANGEL, Marta. Licença para mudança de residência, doença, gratificações de tipo educacional, de saúde... In: *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2005. p. 27.

³⁴¹ ABRAMO, Laís; RANGEL, Marta. Remunerações, qualificação e treinamento, jornada de trabalho, segurança e higiene, saúde da mulher. In: *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*, cit., p. 27.

³⁴² ABRAMO, Laís; RANGEL, Marta. *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*, cit., p. 27.

Acerca da abolição do trabalho forçado, tema inserido nas Convenções n. 29 e 105 da OIT, com vigência nacional a partir de 1958 e 1966, a legislação interna se mostra mais avançada que a legislação de âmbito internacional.

O art. 149 do Código Penal brasileiro tipifica como condição análoga à de escravo a submissão do trabalhador a jornada exaustiva, a condições degradantes de trabalho, além da submissão a trabalhos forçados e restrição de locomoção em razão de dívida³⁴³. Adiante, em harmonia com a Convenção n. 105 da OIT, o mesmo Código traça real vinculação entre a submissão a condição análoga à de escravo e a discriminação, ao determinar que a pena será aumentada de metade se o crime for cometido “por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”³⁴⁴.

Como forma de combate ao trabalho escravo e de implementação das Convenções da OIT quanto ao tema, desde 2002 o Governo brasileiro, juntamente com a OIT, mantém campanha de *Combate ao Trabalho Escravo no Brasil*. Foram criadas Varas de Trabalho itinerantes para julgar referidos crimes em locais mais distantes; sistemas de dados que incluem o nome dos empregadores que utilizam tal forma de trabalho e, conseqüentemente, a proibição de receber recursos do Governo para financiamento. Além disso, foram impostas multas³⁴⁵ e muitos trabalhadores foram resgatados³⁴⁶.

³⁴³ Conforme dados do MPT, os Estados brasileiros onde mais o homem é submetido a condição análoga à de escravo são Mato Grosso do Sul, Pará, Distrito Federal, Tocantins, São Paulo, Maranhão e Rondônia. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/escravo/geral/estatisticas.html. Acesso em 13.8.2003.

³⁴⁴ Art. 149: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local do trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

³⁴⁵ Até dezembro de 2005, o valor estimado das multas era de aproximadamente US\$ 3.200.000,00 (*Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil*. Encarte. Brasília: OIT, 2006).

³⁴⁶ De 1995 a 2003 foram resgatados 10.776 trabalhadores. Entre 2003 e 2004 foram resgatados 7.169 trabalhadores. No ano de 2005, foram liberados 4.103 trabalhadores pela ação do grupo móvel de fiscalização (*Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil*, cit.).

No que tange à proibição das piores formas de trabalho infantil, a adoção da Convenção n. 182 da OIT pelo Estado brasileiro, no ano 2000, tem mostrado resultados significativos. O Brasil, como um dos seis primeiros Países a aderir ao Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil – IPEC³⁴⁷, conseguiu reduzir o percentual de crianças e adolescentes envolvidos no mercado de trabalho, principalmente no ambiente urbano. De 1992 a 2004, houve redução no número de menores entre 10 e 17 anos que trabalhavam (36,4%), enquanto para as crianças entre 5 e 9 anos o percentual foi de 60,9% durante o mesmo período³⁴⁸.

Nas zonas rurais é comum crianças em faixa etária abaixo de 10 anos trabalharem sob regime de agricultura familiar, ou ainda pelo sistema de *trabalho por produto*. Os menores na agricultura representam 70% das crianças trabalhadoras, que começam a trabalhar, muitas vezes, entre 5 e 7 anos de idade³⁴⁹. Outro fator difícil de ser combatido diz respeito ao trabalho doméstico dentro do próprio ambiente familiar. É comum meninas deixarem de freqüentar a escola para cuidar dos afazeres domésticos.

Uma das razões para a redução do trabalho infantil, em especial no perímetro urbano, é o ensino fundamental obrigatório com duração de 9 anos, em conformidade com a Convenção n. 138 da OIT, que adota a idade de conclusão da escolaridade compulsória como mínima para admissão em emprego.

Apesar do progresso, o número de crianças envolvidas nas atividades laborais ainda é muito elevado. Em 2004 havia 218 milhões de

³⁴⁷ Aliada ao programa da OIT, a luta contra o trabalho infantil contou com significativo apoio das ONGs; Fundação Abrinq com os programas *Empresa Amiga da Criança* e *Prefeito Amigo da Criança*; Agência de Notícias dos Direitos da Infância – ANDI, além de outros.

³⁴⁸ OIT. *O fim do trabalho infantil: um objetivo ao nosso alcance*. Relatório Global no quadro do Seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Trad. Carlos Fiúza e Alexandra Costa. Genève: OIT, 2006. p. 24.

³⁴⁹ OIT. *O fim do trabalho infantil*, cit., p. 58.

crianças vinculadas ao trabalho infantil, cuja idade variava entre 5 e 17 anos, sendo que, destas, 126 milhões exerciam trabalho considerado perigoso³⁵⁰.

³⁵⁰ “Trabalho perigoso, realizado por crianças, é qualquer atividade ou ocupação que, pela sua natureza ou tipo, tenha ou resulte em efeitos adversos para a segurança, saúde (física ou mental) e desenvolvimento moral das crianças. O perigo pode ser também resultante de uma excessiva carga de trabalho, das condições físicas do trabalho, e/ou da intensidade do trabalho (em termos da duração ou das horas de trabalho), mesmo quando a atividade ou ocupação for considerada não perigosa ou segura” (OIT. O fim do trabalho infantil, cit., p. 1 e 12).

III.2 O Ordenamento Infraconstitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho

O Ordenamento Jurídico pátrio atual permite a rescisão do contrato individual do trabalho por iniciativa do empregador, exceto nas hipóteses das estabilidade temporária.

Tanto o art. 7º, I, da Magna Carta permite a extinção do contrato individual do trabalho ao condicionar a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa à promulgação de lei complementar como o art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho adota a possibilidade jurídica de extinção contratual por denúncia vazia³⁵¹.

Em decorrência de seu poder diretivo, o empregador tem o direito de escolher os empregados que ocuparão os postos de trabalho, bem como o de rescindir unilateralmente o contrato individual, sem oferecer justificativa para referidas condutas. Tais escolhas do empregador consubstanciam condutas válidas, desde que, direta ou indiretamente, a manutenção no emprego, a preterição à ascensão na empresa e a despedida de trabalhador não se dêem por motivo discriminatório.

Destarte, a liberdade de escolha do empregador não é ilimitada. Sofre restrições em razão da *função social do contrato*, de acordo com o art. 421

³⁵¹ Durante a vigência da Convenção n. 158 da OIT, no Ordenamento Nacional, de abril a novembro de 1996, a extinção do contrato por parte do empregador era condicionada à existência de causa justificadora relacionada à capacidade do empregado para o exercício da função, ou necessidade de funcionamento da empresa. Dentre as causas que não constituem motivo para o término da relação, a letra *d* do art. 5º aponta a *raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social*.

do Código Civil em vigor³⁵² e o art. 170, III, da Carta Magna³⁵³, além do necessário respeito aos Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, inclusive em sua vertente promocional.

Ressalte-se que a relação de trabalho é campo fértil às discriminações devido ao liame *poder diretivo – subordinação* e à submissão do empregado aos comandos legais do empregador, em razão de sua hipossuficiência.

O ato de discriminação é praticado em todas as fases da relação de trabalho, pelo empregador ou seu preposto, com o objetivo de impedir o reconhecimento e o exercício de Direitos Fundamentais do trabalhador.

A fase pré-contratual é o momento em que mais se presencia a discriminação nas relações de trabalho, pois nela o empregador possui a opção de escolher o indivíduo que ocupará o posto de trabalho.

Nessa fase, a discriminação ocorre quando, durante o processo seletivo, o empregador exclui o candidato por razões de cunho discriminatório, como sexo, cor/raça, estado civil, opção sexual, aparência, entre outras. É comum a discriminação estética³⁵⁴, especialmente quando o exercício da atividade exige contato com o público (por exemplo, as funções de garçom, de vendedor, de

³⁵² Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

³⁵³ Art. 170, III, que, por sua vez assegura: “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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; [...]”.

³⁵⁴ Na jurisdição da 15ª Região, na Vara de Jundiáí, o MPT ajuizou ação civil pública em face do Supermercado Carrefour Com. e Ind., por ter recusado trabalhadora para exercer a função de caixa, motivado pelo fato de ser ela considerada gorda e o espaço de trabalho pequeno demais para seu tamanho dela. A empresa aceitou a proposta de conciliação do Juízo, comprometendo-se a se abster de qualquer limitação ou preferência em razão do peso do trabalhador, exceto em razão de comprovação médica de inadequação para a função, sob pena de pagamento de multa por trabalhador recusado (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *O Ministério Público do Trabalho na Eliminação da Discriminação. Relatório Atividades – 2001-2002*. Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho/MPT, 2003. p. 48-52).

secretária e de relações públicas. Determinadas empresas condicionam a vaga de emprego a critérios de aparência física, sexo, cor da pele, estado civil e idade.

Noutras vezes o candidato é argüido em entrevistas, testes psicológicos ou questionários elaborados pela empresa quanto a sua religião, vida pregressa, opção sexual, convicção política e partidária; além de ser obrigado a apresentar exames que constatem possível sorologia para HIV, teste de gravidez – Beta HCG e exames toxicológicos, todos desconexos, sem pertinência alguma com a atividade a ser exercida, e em desrespeito aos Direitos Humanos.

Na fase contratual, a discriminação se dá de forma bastante sutil, entrando no campo da *subjetividade* quanto às escolhas do empregador no exercício do *jus variandi*. As situações mais corriqueiras envolvem o impedimento da ascensão e promoção na empresa por motivo de sexo, cor ou opção sexual, sendo a justificativa oferecida pelo empregador a falta de respeito dos outros empregados para com estes.

Especificamente contra as mulheres, algumas empresas, com a escusa de proteger o patrimônio, determinam que os empregados, ao final do expediente, sejam submetidos à revista íntima³⁵⁵.

Outra situação que enseja discriminação na fase contratual é a que se dá em decorrência de o empregado haver ajuizado reclamação trabalhista durante a vigência do contrato individual do trabalho. Quando o trabalhador não é dispensado, sofre assédio moral por parte da empresa, como ato de represália.

Registre-se também o rompimento da relação de trabalho por motivo de idade, orientação sexual, exercício do direito ao acesso à Justiça, não

³⁵⁵ Assunto a ser abordado, oportunamente, quando se discutir a discriminação por motivo de sexo.

aceitação de acordos na Justiça do Trabalho, orientação religiosa, condição física³⁵⁶, entre outros.

A orientação sexual deriva da liberdade, inerente a todo ser humano, de escolher o próprio parceiro. É um Direito de Personalidade. Nenhum empregador pode discriminar o trabalhador em razão de sua preferência sexual, nem mesmo quando esta é verbalizada.

Fato que tem chamado a atenção dos Tribunais do Trabalho³⁵⁷ é a discriminação praticada contra trabalhador em idade avançada. Em algumas situações, aquele que exerce atividade junto à empresa durante muito tempo, ao atingir idade superior a 60 anos, quando não adere ao plano de demissão voluntária, é dispensado em seguida. O trabalhador idoso é muitas vezes tratado como mercadoria descartável.

³⁵⁶ A discriminação motivada pela condição física, em especial quando se trata de PPD e portador do vírus HIV, será oportunamente discutida.

³⁵⁷ O TST tem decidido no seguinte sentido: “RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do ‘poder potestativo’, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.4.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão da norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no ‘caput’ do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema” (TST, em 10.9.2003, Proc. RR 462888/1998, 9ª Região, Quinta Turma, DJ 26.9.2003, Relator Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira).

Vale a pena registrar que em 2005 o Brasil contava com mais de 18 milhões de pessoas com idade superior a 60 anos, ou seja, quase 10% da população³⁵⁸. Isso prova que tem crescido o contingente de pessoas com idade avançada que continuam no exercício das atividades laborais, diante da necessidade de manter sua família e a si próprio. Segundo projeção do PNAD, em 2050 14% da população brasileira será composta de pessoas com mais de 70 anos³⁵⁹.

Além da dificuldade para iniciar nova relação de trabalho, a dispensa das pessoas de idade mais avançada gera um efeito dominó na sociedade brasileira, já que boa parte delas sustenta financeiramente a família.

Diante da necessidade de promover a inclusão social da pessoa em idade avançada, foi promulgada em 1º de outubro de 2003 a Lei n. 10.741 – *Estatuto do Idoso*, na qual se promove a igualdade e a proibição de qualquer ação ou omissão que iniba a aplicação dos Direitos Fundamentais por motivo de discriminação às pessoas de mais idade.

Destarte, o Estatuto do Idoso ressalta a proibição da discriminação nas relações de trabalho quanto ao acesso, ocupação ou remuneração. Caracteriza-a como abuso de direito, gerando, como consequência jurídica no âmbito trabalhista, nulidade do ato e possível indenização por dano moral. Assegura, inclusive, em seu art. 28, III, a obrigação do Poder Público de criar programas para estimular a admissão de pessoas idosas nas empresas privadas³⁶⁰.

No que tange ao período pós-contratual da relação de emprego, registra-se a discriminação contra o trabalhador quando o ex-empregador oferece informações que denigrem a imagem e a honra do trabalhador.

³⁵⁸ *Síntese de Indicadores Sociais*. IBGE: Rio de Janeiro, 2006. p. 217.

³⁵⁹ *Id.*, p. 44.

³⁶⁰ “Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. [...] Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de: [...] III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.”

Algumas empresas chegam a criar *listas negras* e bancos de dados privados contendo nomes de ex-empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas ou sofreram algum tipo de sanção no âmbito da empresa. Seu conteúdo é divulgado entre empresas do mesmo grupo econômico, prestadoras de serviço e clientes.

Tal atitude configura afronta à dignidade da pessoa humana. A lista negra, além de inibir o direito de resposta por parte do trabalhador, que não tem como apresentar o motivo pelo qual se deu sua dispensa, tem o intuito de discriminar e excluir o cidadão que exercitou um Direito Fundamental – o acesso à Justiça –, causando dano moral decorrente da discriminação.

No plano jurisprudencial, referida conduta tem sido considerada ato de discriminação, ensejando indenização por dano moral³⁶¹.

Ressalte-se que as discriminações nas relações trabalhistas podem apresentar-se de forma direta ou indireta. Há discriminação direta quando o ser humano é tratado de forma desigual em relação aos demais, sendo excluído explicitamente de um direito ofertado a todos, em razão de sua cor, sexo,

³⁶¹ “ATO DISCRIMINATÓRIO – DANO MORAL. Demonstrado nos autos que a reclamada mantinha a lista PIS-MEL, onde eram incluídos nomes não apenas de trabalhadores que haviam ajuizado reclamação trabalhista, mas também daqueles que, com base em critérios subjetivos (como ato de mera insubordinação), contavam com algum dado ‘negativo’. Evidenciado que a lista era repassada ao menos para as empresas do grupo econômico e para aquelas que lá constavam como empregadoras, bem como que era consultada para admissão de empregados. Além de a existência de listagem dificultar o acesso ao mercado de trabalho, empresta falto caráter desabonador à pessoa cujo nome nela incluído, o que fere a dignidade e a imagem do trabalhador, expressamente assegurada na Constituição da República (artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, inciso X), atraindo a incidência do artigo 186, do atual CCII. A conduta das reclamadas configurou ato de discriminação, na forma do artigo 1º, item 1, letra b, da Convenção n. 111 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150/68” (TRT 9ª Região. RO 00242-2004-091-09-00-8 – Ac. 5ª T., 14318/05,2.6.05, Rel. Juíza Eneida Cornel).

“DANO MORAL – LISTA NEGRA – ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO – PROVA DO PREJUÍZO – DESNECESSIDADE. 1. A elaboração e divulgação de ‘lista negra’ relacionando trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista e recomendando a não contratação dos mesmos é conduta gravíssima, que atenta contra a ordem constitucional, afronta o Poder Judiciário e desconsidera a dignidade humana. 2. Os trabalhadores relacionados na referida lista fazem jus à indenização por dano moral, ainda que tenha conseguido colocação no mercado de trabalho e não tenham provado prejuízo material. 3. Na concepção moderna de ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilidade do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material” (STJ, 4ª Turma, RE 2003/0101743-2 – Rel. Ministro César Asfor Rocha. Decisão por

condição de saúde, opção sexual, exercício do direito de petição, entre outros motivos de ordem preconceituosa. O motivo é claro. Exemplo clássico é o da mulher que, ao participar de seleção de emprego, deixa de ser contratada simplesmente porque se encontra em estado gravídico. Também são expressões da discriminação direta o caso do trabalhador negro que não é promovido ao cargo de diretor em razão de sua cor; os anúncios de emprego em que consta a exigência de determinado sexo, idade ou aparência para o exercício da atividade.

As discriminações de forma indireta configuram-se por atos *aparentemente* imparciais contra determinada categoria de trabalhadores, mas produzem *resultados* que vão de encontro à inclusão de determinados grupos vulneráveis. Visualizam-se especialmente quando, por meio de estatísticas realizadas no âmbito da empresa, apresenta-se número bastante inferior de mulheres ou pessoas negras nos postos de trabalho, inclusive nos cargos de chefia. Assim, a intenção de discriminar é avaliada segundo seus efeitos sobre determinado grupo vulnerável.

É preciso não perder de vista que no exercício de certas atividades é possível restringir o emprego a determinadas categorias sem que tal ato seja considerado discriminatório. A OIT entende que a prática de certas religiões pode ser considerada condição fundamental para o exercício da docência em estabelecimentos educativos religiosos³⁶².

Como legislação infraconstitucional de destaque à implementação da igualdade de oportunidades e combate à discriminação nas relações de trabalho, destaca-se a CLT, em especial após as alterações realizadas pela Lei n. 9.779/99³⁶³, quanto ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, e pela Lei n. 9.029/95, que dispõe sobre a discriminação nas relações de trabalho.

maioria. TRT 24ª Região. RO 1671-2003. Proc. N. 1671/2003-002-24-00-0-RO.1. Revisor. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior).

³⁶² *La hora de la igualdad en el trabajo*. Genève: Oficina Internacional del Trabajo, 2003. p. 23.

³⁶³ A Lei n. 9.799/99 será oportunamente discutida, no item acerca da discriminação por motivo de sexo.

A CLT foi construída em torno da proteção ao trabalhador, inclusive contra discriminação impetrada pelo empregador. Aborda a temática *igualdade* em seu art. 5º, ao assegurar que a todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, independentemente de sexo. Por sua vez, o art. 9º assegura a nulidade do ato que tenha por objeto, ainda que indireto, impedir a aplicação dos preceitos da CLT, inclusive em decorrência de discriminação. Finalmente, o art. 461 trata das condições para a equiparação salarial³⁶⁴.

A Lei n. 9.029/95 exerceu grande impacto na defesa dos Direitos de Personalidade do Trabalhador, oferecendo ampla proteção contra a discriminação nas relações de trabalho. Dispõe sobre a proibição da discriminação, entre outros motivos, por *situação familiar e origem*, fatores a que a Constituição em vigor não faz referência. A lei não menciona expressamente a proibição de discriminação por motivo de condição física ou saúde ou e orientação sexual, mas isso não impede sua proteção, bem como por qualquer outro motivo, em razão do respeito ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação, adotado expressamente pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e pela Constituição em vigor.

Em harmonia com os preceitos internacionais, em especial a DUDH, o PIDESC, a CEDAW e a CERD, a legislação em estudo assegura a proteção ao trabalhador nos âmbitos público e privado, vinculando também os particulares, inclusive a pessoa física.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.029/95 é enfático ao assegurar que são sujeitos passivos do crime de discriminação a *pessoa física empregadora*, incluindo aí a empregadora doméstica, o *representante legal do empregador* e o dirigente de Órgão Público da Administração Direta, Indireta e Fundacional.

A responsabilidade do empregador, inclusive do Estado, por atos do seu preposto é objetiva, não lhe cabendo alegar falta de ciência de qualquer

³⁶⁴ A questão da *equiparação salarial* não será tratada neste estudo.

ato de seu empregado em decorrência da *culpa in elegendo* ou *culpa in vigilando*, fatos geradores de responsabilidade civil do empregador³⁶⁵.

Sempre que for reconhecida discriminação nas relações de trabalho, causando dano moral, seja na fase pré-contratual, na contratual e na pós-contratual, o sujeito ativo, na figura do empregador, deverá responder civilmente, fundamentado no inciso III do art. 932 e 933 do Código Civil brasileiro³⁶⁶.

Acerca do campo de aplicação, o art. 1º da lei trata da proibição da prática discriminatória para efeito de acesso à *relação de emprego*, enquanto o art. 4º trata do rompimento da *relação de trabalho*. Apesar de o legislador haver adotado as terminologias “relação de trabalho” e “relação de emprego” como sinônimas, e sendo a segunda espécie da qual a primeira é gênero; a intenção foi promover a proteção em favor do trabalhador vinculado à relação de emprego. Afinal, o art. 4º é expresso quanto à faculdade ofertada ao *empregado* de ser *readmitido* ou receber *remuneração* em dobro. Todos esses institutos decorrem, especificamente, da relação de emprego.

No entanto, a legislação infraconstitucional em estudo deve ser aplicada a todas as relações de trabalho, exceto quando o prestador de serviço for pessoa jurídica, já que o objeto da Lei n. 9.029/95 é o combate à discriminação e a proteção ao *ser humano-trabalhador*.

³⁶⁵ O TST tem decidido, quanto à responsabilidade objetiva, da seguinte forma: “Embora o TRT tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolve o tema, deve ser invocada a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. [...]” (TST RR 381.531/97.8 – Ac. 1ª T., 12.12.01).

³⁶⁶ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

A Lei n. 9.029/95 oferece proteção ao trabalhador contra as discriminações praticadas nas fases pré-contratual e contratual, bem como durante e após a cessação do contrato de trabalho.

O art. 1º da lei é expresso quanto à proibição de ato discriminatório “para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção”, enquanto o art. 4º trata da consequência do *rompimento da relação* por ato discriminatório, levando a crer que a legislação tutelou o trabalhador contra a discriminação em todas as fases do contrato individual de trabalho.

A legislação trouxe expressamente a possibilidade jurídica de responsabilidade do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. A competência para julgar as lides, cujo mérito e nexos causal dizem respeito à discriminação, inclusive quanto ao acesso, manutenção e rompimento da relação, é da Justiça do Trabalho, conforme o art. 114 da Constituição Federal.

O art. 2º proíbe a exigência de testes, laudo, atestado ou qualquer procedimento indicador de estado gravídico da mulher, além de atos que ensejem indução de esterilização genética e controle de natalidade quando não submetidos às normas do Sistema Único de Saúde. Tal prática é tipificada como crime, sujeito a detenção de 1 a 2 anos, além de multa.

De caráter punitivo-repressivo, o art. 3º da Lei n. 9.029/95 impõe ao empregador que cometeu crime de discriminação contra trabalhador, inclusive durante o processo de seleção, a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto às Instituições Oficiais, além de multa administrativa de 10 vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, acrescido da metade, no caso de reincidência.

Como o artigo não determina o tempo durante o qual o empregador ficará proibido de obter empréstimo junto às Instituições Financeiras Oficiais, o Poder Judiciário Trabalhista deverá impor a sanção assegurando o período de proibição, de acordo com o Princípio da Razoabilidade. É essencial

que o Juízo remeta Ofício às Instituições Financeiras Oficiais com a decisão que proíbe a obtenção de empréstimos, a fim de dar efetividade à cominação. À vista dessas razões, esse artigo tem o poder de gerar grande impacto no combate à discriminação nas relações de trabalho.

O art. 4º da lei em estudo faculta ao trabalhador, no caso de rompimento da relação de trabalho em razão de discriminação, a *readmissão* com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento. O legislador adotou a terminologia *readmissão* quando se trata de hipótese de *reintegração*. Na *readmissão* o trabalhador retorna ao posto de trabalho com novo contrato individual de trabalho, sem fazer jus a indenização pelo tempo em que ficou afastado da empresa. Na situação de dispensa motivada por discriminação, o instituto jurídico correto é a *reintegração*, pois o empregado deverá retornar ao trabalho com o mesmo contrato individual, além de receber a contraprestação relativa ao tempo em que esteve afastado.

A opção para o trabalhador entre a *reintegração* e a percepção em dobro da remuneração referente ao período de afastamento se deve à possível animosidade entre as partes, que dificulta a manutenção da relação de emprego.

A nulidade da rescisão do contrato por fatores discriminatórios não gera, como consequência jurídica, a estabilidade. O que a ordem jurídica pretende é assegurar que o trabalhador permaneça no emprego, exerça suas atividades, podendo o empregador dispensá-lo, desde que o motivo não seja de cunho discriminatório.

Ademais, o trabalhador que foi vítima de ato discriminatório perpetrado pelo empregador ou seu representante legal tem direito a ser reintegrado ao antigo posto de trabalho, com ressarcimento integral relativo ao período em que esteve afastado; ou a perceber remuneração em dobro em

relação ao mesmo período, sem prejuízo da indenização por dano moral, em ambas hipóteses.

Sempre que ficar configurada discriminação, deverá o trabalhador receber indenização por dano moral, já que o trabalhador terá sofrido lesão em sua dignidade, em seu direito de personalidade.

Em relação ao candidato a emprego que haja sido preterido em razão de sua raça, cor, estado civil ou por qualquer outro motivo discriminatório, além de receber indenização decorrente do dano moral sofrido, poderá participar da seleção ao emprego; qualquer novo ato de discriminação ensejará reincidência do sujeito ativo.

Merece registro o Projeto de Lei n. 6.264/2005 – *Estatuto da Igualdade Racial*, em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe alteração ao art. 4º da Lei n. 9.029/95, nos seguintes termos: “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, além do direito à reparação por dano moral, faculta ao empregado optar entre: [...]”.

É essencial a mudança da Lei n. 9.029/95 a fim de ratificar os propósitos da Ordem Internacional, bem como o Ordenamento Constitucional, quanto ao combate à discriminação nas relações de trabalho. O art. 1º, ao dispor sobre os motivos que ensejam discriminação, deve incluir a *nacionalidade, condição física ou de saúde, orientação sexual, filiação partidária, opção religiosa, além de qualquer outro motivo que enseje discriminação*. Por sua vez, o art. 4º deve substituir a terminologia “readmissão” por “reintegração”; além de dever ser incluído parágrafo único que assegure o pagamento de indenização por dano moral sofrido.

A seguir, dentre as diversas formas de discriminação existentes, optei por tratar das que se manifestam nas relações de trabalho por motivo de raça/cor, gênero, idade e condição física, o que não torna menos importante o estudo de outras modalidades dessa prática.

III.3 Discriminação nas relações de trabalho

III.3.1 Discriminação por motivo de raça e cor

O processo de colonização dos índios nas Américas e dos negros na África, a partir do século XVI, gerou, dentre outras consequências perniciosas, a discriminação por motivo de raça e cor, além da segregação e da exclusão social em relação àqueles.

No Brasil, os escravos africanos, trazidos nos navios negreiros para exercer atividades ligadas à mineração, à agricultura e aos trabalhos domésticos, eram considerados mercadorias, propriedade do senhor, destituídos de qualquer dignidade humana³⁶⁷.

No século XVII, sob a dominação portuguesa, o Brasil foi o maior importador de escravos africanos do Ocidente. Com a abolição da escravatura, em 1888, os afro-descendentes passaram a dispor de *liberdade formal*, perpetuando o *status quo* de marginalização pela sociedade, diante da inexistência de políticas públicas de inclusão social e de direitos trabalhistas ou educacionais.

Cristiano Jorge Santos afirma que a Lei Áurea foi o marco divisor entre o *racismo de dominação* e o *racismo de exclusão*³⁶⁸.

³⁶⁷ Os índios que aqui habitavam eram considerados selvagens e preguiçosos para qualquer atividade.

³⁶⁸ SANTOS, Cristiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7.716/89 e aspectos correlatos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 30.

Em sentido semelhante, Cristóvão Buarque:

Nós não completamos a abolição da escravatura. Não completamos porque dissemos que a partir daquele momento os filhos dos escravos poderiam ir à escola, mas não demos escola para eles. Nós dissemos que os escravos já não eram mais obrigados a trabalhar compulsoriamente, mas deixamos desempregados aqueles pobres brasileiros. Nós dissemos que já não era mais necessário ficarem acorrentados às senzalas, mas os jogamos nas favelas, cujas condições higiênicas e de conforto não são melhores do que as senzalas de antigamente. Nós dissemos que já não eram mais condenados a comer o que sobrava das casas grandes, mas deixamos milhões que até hoje continuam passando fome³⁶⁹.

Destarte, a pobreza do negro no Brasil é consequência do longo período de escravidão, discriminação e da falta de políticas públicas essenciais a sua inclusão social.

O Brasil é ainda hoje a segunda maior nação negra do mundo, perdendo o pódio para a Nigéria³⁷⁰. Segundo o IBGE/2006, dos 184,3 milhões de brasileiros, mais de 92,1 milhões formam a população negra³⁷¹. A formação racial brasileira é colorida: produto da miscigenação de índios, negros, portugueses, holandeses, franceses, sem mencionar os imigrantes que se instalaram especialmente nas regiões sul e sudeste do País.

Ressalte-se que, no que tange à origem étnica e social dos nacionais, é negro todo aquele que assim se declara. O PNAD pergunta ao entrevistado qual é sua *cor* ou *raça*, e as opções são branca, preta, amarela, parda e indígena. Assim, afro-descendentes são as pessoas de cor *preta* ou *parda*.

A comparação entre a remuneração, educação e pobreza da população afro-descendente e dos brasileiros brancos mostra que a realidade de

³⁶⁹ BUARQUE, Cristóvão. Conferência realizada entre os dias 29 de março e 1º de abril de 2004 no TST/Brasília. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. Direito: Assistência ou Abolição. São Paulo: LTr, 2004. p. 160-161.

³⁷⁰ Disponível em: www.unb.br/acs/artigos/at0504-03.htm. Acesso em 13.8.2007.

ambos é bastante diferente. Ademais, responde às seguintes questões: Que lugar está reservado ao negro no Brasil? Os negros são excluídos porque são pobres ou são pobres e excluídos porque são negros?

Segundo o IBGE/2006, enquanto pessoas de cor branca têm rendimento médio mensal de 3,6 salários mínimos, as de cor preta ou parda recebem 1,9 salários mínimos no final do mês³⁷². Por sua vez, a hora de trabalho para quem tem 12 anos ou mais de estudo varia de acordo com a cor/raça: o trabalhador branco recebe 14,90 reais, enquanto os afro-descendentes recebem 10,70 reais, pela mesma hora de trabalho³⁷³. Pior: dos 10% mais pobres da população brasileira, 73,5% são afro-descendentes, enquanto, da parcela mais rica, 1%, 88,4% são brancos³⁷⁴.

A situação da trabalhadora negra é ainda pior: recebe 61% menos do que os homens brancos por hora trabalhada³⁷⁵. A mulher negra é discriminada duplamente: em razão do gênero e em razão da raça.

A disparidade econômica reflete o baixo nível educacional da população negra. O percentual de analfabetos funcionais, entre pessoas com 15 anos ou mais de idade, entre brancos, pretos e pardos, é, respectivamente, de 17,5%, 28,7% e 29,9%³⁷⁶.

A pobreza brasileira, portanto, é homogênea: gravita especialmente em torno de raça e gênero. Joaquim Barbosa Gomes afirma que vivemos verdadeiro “*apartheid social*”³⁷⁷.

³⁷¹ IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*, cit., p. 250.

³⁷² IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*, cit., p. 265.

³⁷³ Id., p. 266.

³⁷⁴ Id., *Ibid.*

³⁷⁵ Informe do Diretor Geral. *Trabalho decente nas Américas*, cit., p. 12.

³⁷⁶ IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*, cit., p. 264.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 13.

Embora a Constituição trate da igualdade de direitos, os negros estão excluídos do contexto social, sobretudo em relação à efetividade dos Direitos de Segunda Dimensão, essenciais à dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, as discriminações mais comuns praticadas contra os afro-descendentes em suas relações de trabalho se dão durante a fase pré-contratual e contratual, mas também na ocupação dos postos de trabalho, na ascensão e na equiparação salarial. Fato que chama a atenção é o baixo contingente de negros com empregos formais³⁷⁸.

O negro é discriminado na fase pré-contratual quando não é admitido em razão de sua raça/cor; ocupa cargos com baixa possibilidade de progresso profissional, independentemente de seus talentos e capacidades; sofre humilhação por ter a pele escura, além de ser preterido nas promoções.

Na Ordem Jurídica Nacional, a primeira lei a tratar da temática *discriminação*, tipificando o preconceito por motivo de raça e cor como infração penal, foi a de n. 1.390/51, conhecida como *Lei Afonso Arinos*; que teve grande impacto na legislação nacional. A partir da sua promulgação e vigência, a legislação brasileira passou a se posicionar contra as discriminações em razão de cor/raça, sob a vertente repressivo-punitiva.

Destacam-se ainda as Leis n. 4.117/62 e 5.250/67, respectivamente, Código Brasileiro de Telecomunicações e Lei de Imprensa. Esta última proíbe a promoção de campanha publicitária com conotação discriminatória de classe, cor, raça ou religião e a propaganda com conteúdo discriminatório ou preconceituoso, por motivo de raça ou classe social. A Lei de Segurança Nacional, Decreto-lei n. 314/67, revogado pela Lei 7.170/83, tipificou como crime a realização de propaganda com conteúdo discriminatório por motivo de raça.

³⁷⁸ Em 2005, somente 4% dos empregados da Empresa Petrobras eram de cor preta. A empresa se defende alegando que as contratações são realizadas por meio de concurso público (*O Globo*, 18 jan. 2006, Caderno Economia).

Com a promulgação da Carta Magna vigente, o direito a não ser discriminado no âmbito público ou no privado foi erigido a Direito Fundamental e cláusula pétrea. A prática de racismo, antes considerada contravenção penal, foi tipificada pelo art. 5º, XLII, como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”.

A Lei n. 7.716/89, promulgada para regulamentar o art. 5º, XLII, da Constituição, tendo sofrido alteração pela Lei n. 9.459/97, define os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor. Possui aplicação nos âmbitos público e privado.

Embora o art. 1º da Lei n. 7.716/89 faça referência expressa somente às discriminações por motivo de *raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*, nada impede sua aplicação contra a discriminação por qualquer outro motivo decorrente de preconceito, já que o art. 5º, XLI, da Constituição assegura punição contra toda discriminação atentatória dos Direitos Fundamentais.

Vale a pena registrar que a proteção internacional oferecida pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial o art. 2º, § 1º, e o art. 4º do PIDCP, se estende a todo ser humano, contra todo ato de discriminação, seja ele motivado pela raça, cor, sexo ou qualquer outro motivo contrário ao exercício dos Direitos Humanos.

O art. 4º³⁷⁹ da Lei n. 7.716/89 tem aplicação específica às relações de trabalho. Assegura que recusar emprego em empresa privada por preconceito em razão da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é crime, sujeito a pena de reclusão para o sujeito ativo. Também o art. 1º da Lei n. 9.029/95 assegura expressamente a proibição contra qualquer prática discriminatória, em razão de raça e cor, nas relações de trabalho.

Os Tribunais do Trabalho têm entendido que o empregador responde objetivamente por discriminação praticada pelo seu preposto contra

outros trabalhadores, o que gera, como consequência jurídica, a reintegração do trabalhador, além da percepção da remuneração pelo período de afastamento, ou a rescisão indireta e consequente pagamento das verbas rescisórias decorrentes do ato faltoso do empregador. Em ambas as hipóteses, cabe indenização por dano moral (art. 4º, I e II, da Lei n. 9.029/95)³⁸⁰.

Registre-se que parcela das decisões trabalhistas cujo mérito diz respeito à discriminação tem como fundamento, além da Lei n. 9.029/95 e da Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro³⁸¹.

³⁷⁹ “Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada: Pena – reclusão de dois a cinco anos.”

³⁸⁰ “Despedida discriminatória. Racismo. Direito à reintegração. Previsão legal. Lei 9.029/95. Embargos Declaratórios. A prática do racismo, além de se constituir em infração penal grave, inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), gera o direito de o trabalhador discriminado buscar a reparação judicial, optativamente, de percepção em dobro do período afastado ou readmissão, com ressarcimento integral, nos exatos termos dos artigos 1º e 4º da Lei 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. [...]” (ED n. 1.603/96 – Processo RO-V-1.595/95 – 1ª T. – v.u. – 5.11.96 – rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid).

“Discriminação Racial no Emprego – Reintegração. Embora o TST tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolvem o tema, deve ser invocada a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. Também como fundamento, deve ser registrado que o ordenamento jurídico pátrio, desde as constituições anteriores, repudia o tratamento discriminatório, seja pelos motivos, dentre outros, de raça, cor e religião. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos arts. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, 8º e 9º da CLT e 1.521, inciso III, do Código Civil e das Convenções ns. 111/58 e 117/62 da OIT. Recurso conhecido e provido (fl. 295)” (TST ERR 381.531/98 – Ac. SBDI-1, 24.11.03. Relator Min. Milton de Moura França).

³⁸¹ Proc. n. TST-RR-1011/2001-561-04-00.5. Acórdão. 1ª Turma: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RACISMO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSAS VERBAIS. O ordenamento jurídico brasileiro e normas jurídicas internacionais proíbem ao empregador e a qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e art. 5º ‘caput’. Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivos de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seus Seguintes, no qual se reafirmou o comportamento dos Estados-membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não discriminação em matéria de emprego e ocupação. Neste sentido também a Lei n. 9.029, de 13.04.95. 1. A emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constrange e humilha o ser

Merece destaque o fato de que o aparato legislativo de caráter repressivo-punitivo tem-se mostrado insuficiente no combate às discriminações indiretas, em especial à representação das minorias raciais, sociais e étnicas nas relações de trabalho.

Diante da realidade social brasileira, é essencial que, além da vertente repressivo-punitiva de combate à discriminação nas relações de trabalho, característica das Leis n. 7.716/89 e 9.029/95, seja adotada pela legislação infraconstitucional brasileira a vertente promocional, essencial à implementação da igualdade material e à inclusão social dos grupos vulneráveis.

Ao ratificar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 27 de março de 1968, sem reservas, o Estado brasileiro assumiu o compromisso internacional de promover a igualdade material, mediante normas internas, destinadas aos grupos raciais ou étnicos que necessitam de proteção especial.

O art. 2º, § 2º, do Tratado³⁸² determina que o Estado-Membro adote Ações Afirmativas, quando necessário, para assegurar o desenvolvimento e a efetividade dos Direitos Humanos, inclusive de Segunda Dimensão, às pessoas inseridas nos grupos raciais desfavorecidos.

humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral advindo. 2. Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civildade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933).”

³⁸² “Art. 2º Os Estados-partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças, e para este fim: [...] 2. Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.”

Em 2003 foi criada pelo Governo Federal (Secretaria Especial de Políticas de Promoção e Igualdade Racial, com *status* ministerial) a *Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial*, cujo objeto é a implementação da igualdade de oportunidade e de tratamento, buscando eliminar as desigualdades raciais, com ênfase na população negra e no combate à discriminação. O instrumento utilizado, além de outros, são as Ações Afirmativas.

Em tramitação na Câmara dos Deputados, sob o n. 6.264/2005, projeto de lei de autoria do Senador Paulo Paim institui o *Estatuto da Igualdade Racial*. Entre o conjunto de medidas e ações a serem implantadas encontram-se as Ações Afirmativas voltadas para o combate à discriminação e às desigualdades raciais, inclusive na esfera do trabalho, destinadas aos afro-brasileiros (pessoas que se classificam com tais ou como negros, pretos, pardos ou com definição análoga –inciso III do art. 2º do Estatuto da Igualdade Racial).

De acordo com o Capítulo VII do mencionado projeto de lei, o Governo Federais, bem como os estaduais, distritais e municipais, pode realizar contratação preferencial de afro-brasileiros no setor público e estimular a adoção de medidas similares por empresas privadas, levando em consideração, também, o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários (art. 62, § 4º). Adiante, o art. 66 determina alteração na Lei de Licitação (n. 8.666/93) e inclusão da manutenção de programa de igualdade racial em estágio avançado de implementação como requisito positivo ao desempate nos processos de licitação.

A implementação de Ações Afirmativas a serem aplicadas às relações de trabalho, por meio de percentual de vagas destinadas aos afro-descendentes excluídos socialmente, além de gerar grande impacto no combate às discriminações diretas e indiretas, impulsiona a igualdade de oportunidades e possibilita a inclusão social, promovendo o multiculturalismo e o respeito às diferenças.

As Ações Afirmativas no âmbito das relações de trabalho destinam percentual de vagas aos afro-descendentes excluídos socialmente, além de outros grupos vulneráveis da sociedade brasileira, como a mulher.

Ao serem implementadas Ações Afirmativas, as empresas deverão, anualmente, enviar ao Ministério do Trabalho e Emprego o número de empregados e suas funções, especificando quais deles trabalhadores fazem parte das minorias sociais.

Vale ressaltar que, além da necessária alteração na legislação infraconstitucional, com a adoção das Ações Afirmativas a serem aplicadas às relações de trabalho, é essencial que esse instituto jurídico seja colocado em prática por intermédio de acordos e convenções coletivas, quando é possível estabelecer metas de inclusão social em conformidade com o contexto específico de cada categoria de empregadores³⁸³.

III.3.2 Discriminação por motivo de sexo

Na corrida por um lugar ao sol, a mulher ainda enfrenta o preconceito entranhado na sociedade brasileira. Existe um *glass ceiling*, difícil de ser quebrado, reforçando a idéia de que a mulher deve ser passiva e submissa, já que detém a missão de manter a *estabilidade emocional da família*. Além da nobre missão de reproduzir a espécie, à mulher competem os afazeres domésticos, além da manutenção do bem-estar dos membros da família. As

³⁸³ Em 2003 foi pactuado acordo coletivo, assinado pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de São Paulo e pela Confeitaria Colombo, em que a empresa assumiu o compromisso (cumprido) de reservar pelo menos 20% de seus postos de trabalho a pessoas negras, durante a vigência do contrato.

atividades laborais são incentivadas como *ajuda à renda familiar*, desde que não inviabilizem as obrigações domésticas, inclusive a educação dos filhos.

Essa perspectiva está impregnada na sociedade brasileira desde os primeiros anos de nossas vidas. Basta olhar para a menina brincando de boneca, sugerindo o cuidado, a fragilidade, enquanto o menino se diverte com atividades físicas, que desenvolvem a autoconfiança.

Em decorrência da necessidade de conciliar o trabalho com os afazeres domésticos, muitas mulheres exercem atividades estereotipadas como exclusivamente femininas. As funções de secretária, enfermeira e empregada doméstica são voltadas para o universo feminino, gerando a segregação horizontal³⁸⁴, enquanto as atividades de comando são restritas, na maioria das vezes, aos homens.

As estatísticas mostram imensa disparidade entre a Ordem Jurídica Nacional e a realidade social. Embora a legislação em vigor tenha caráter proibitivo-repressivo, agregado à vertente promocional, a partir da promulgação da Lei n. 9.799/99, a mulher continua a sofrer discriminação direta e indireta em todas as fases da relação de trabalho.

Segundo o PNAD, no Brasil, em 2004, dos 6,5 milhões de trabalhadores identificados como domésticos, 6 milhões eram do sexo feminino, abrangendo 93% dos casos. Destes, 34,2% recebiam até meio salário mínimo e somente 5,3% percebiam salário mensal superior a 2 salários mínimos. As trabalhadoras negras ocupavam 55% dos postos de trabalho domésticos³⁸⁵.

Embora possua taxa de escolaridade superior à do homem, a mulher continua a ser discriminada na ocupação dos postos de trabalho e no que

³⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 1089.

³⁸⁵ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. *O empregado doméstico: uma ocupação tipicamente feminina*. Brasília: OIT, 2006. p. 13; IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*, cit., p. 111.

diz respeito a sua remuneração, se comparada a trabalho de igual valor exercido por homem.

Mais da metade das mulheres no Brasil – 56,1% – tem mais de 12 anos de estudo, mas somente 4,3% delas ocupam funções de direção em empresas³⁸⁶.

Segundo o IBGE, o rendimento-hora do trabalhador cresce sensivelmente a partir do décimo segundo ano de estudo. Em 2005, para quem dispunha de 4 anos de estudo, o rendimento-hora era de 2,60 reais. Para quem tinha de 9 a 11 anos de estudo o valor era avaliado em 4,90 reais. Para as que dedicaram 12 anos ou mais ao estudo, o valor do rendimento-hora era de R\$ 11 reais, enquanto a hora dos homens, com mesmo tempo de estudo e exercendo as mesmas funções, era de 17,60 reais³⁸⁷.

Dados mostram que as mulheres sofrem discriminação quanto à ocupação dos postos de trabalho – não têm perspectiva de ascensão, como no trabalho doméstico, sendo baixa a representatividade feminina nos cargos de direção, além de sofrerem discriminação no tocante à remuneração para trabalho de igual valor.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e o propósito de garantir os Direitos Humanos a homens e mulheres, além de implementar uma sociedade justa, sem preconceito de origem, sexo, raça e quaisquer outras formas de discriminação; o Ordenamento Constitucional adotou a Igualdade de Oportunidades como referencial para promover a inclusão da mulher no mercado de trabalho, buscando superar as desigualdades de gênero. A meta é a igualdade de tratamento.

As normas constitucionais que abordam a temática da discriminação nas relações de trabalho adotaram o caráter repressivo-punitivo,

³⁸⁶ IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*, cit., p. 298-9.

³⁸⁷ Id., p. 119-120.

como o art. 7º, XXX, da Constituição Federal, aliado à vertente promocional seguida pelo art. 7º, XX.

A Carta Magna inaugura a fase de enxergar a mulher em pé de igualdade com os homens, alterando a legislação protecionista, gerada esta pela cultura machista que perpetua a submissão e a inferioridade das mulheres em face dos homens, que as consideravam *meias-forças*³⁸⁸.

Em 1989 os preceitos relativos à necessária autorização marital ou paterna para o exercício do labor, bem como dispositivos relativos à proibição do exercício de determinadas profissões e exigência de atestados médicos especiais, inseridos nos arts. 374 e 375³⁸⁹, 378³⁹⁰ a 380, 387³⁹¹ e 446³⁹² da CLT, foram revogados pela Lei n. 7.855/89, já que contrários à igualdade de gênero imposta pela Carta Superior.

No que tange à legislação ordinária em vigor, a Lei n. 9.799/99 alterou a CLT, nela inserindo o art. 373-A, que dispõe acerca da proteção ao trabalho da mulher e regulamenta o art. 7º, XX, da Constituição. O novo artigo adotou a vertente repressiva, protegendo juridicamente a mulher de possíveis discriminações do empregador, especialmente no que diz respeito a sua

³⁸⁸ Em 2006 foi promulgada a Lei n. 11.340, que dispõe sobre a *violência doméstica e familiar contra a mulher*. O objetivo é criar mecanismos para combater a violência doméstica, como a prevenção e a punição de seus infratores, além de promover os Direitos Humanos, inclusive o direito a não sofrer discriminação.

³⁸⁹ “Art. 374. A duração normal diária do trabalho da mulher poderá ser no máximo elevada de 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas, em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixado. Art. 375. Mulher nenhuma poderá ter o seu horário de trabalho prorrogado, sem que esteja para isso autorizada por atestado médico oficial, constante de sua carteira profissional.”

³⁹⁰ “Art. 378. Na carteira profissional da mulher, serão feitas, em folhas especiais, as anotações e atestados médicos previstos neste capítulo, de acordo com os modelos que forem expedidos.”

³⁹¹ “Art. 387. É proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras, de construção pública ou particular; b) nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados.”

³⁹² “Art. 446. Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e do maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.”

privacidade; além da vertente promocional, que assegura maior possibilidade de acesso ao emprego, por meio de Ações Afirmativas, a serem implementadas no âmbito das empresas.

O novo art. 373-A da CLT trata da proibição da discriminação em razão de sexo, idade, cor ou situação familiar; no tocante a anúncio de emprego, acesso, promoção, remuneração, oportunidades de ascensão profissional, manutenção e rompimento do contrato individual de trabalho. Proíbe o empregador de exigir testes que comprovem a gravidez ou esterilidade na admissão e permanência do emprego, proibindo-o também de recusar a contratação de mulher grávida ou dispensá-la por esse motivo, salvo quando a natureza da atividade for incompatível com o estado gravídico.

Ressalte-se que todo o art. 373-A da CLT encontra-se em harmonia com a Lei n. 9.029/95, já que ambos oferecem proteção à mulher no que diz respeito às relações de trabalho. Os incisos tratam de temas que não foram abordados pela norma supracitada, como a publicação de anúncios de emprego que façam referência ao sexo, à idade (que não foi abordada pela Lei n. 9.029/95), à igualdade de remuneração para trabalho de igual valor e a proibição de revistas íntimas.

Por outro lado, a Lei n. 9.029/95 adotou o caráter repressivo-punitivo de combate às discriminações nas relações de trabalho, enquanto o art. 373-A da CLT não faz referência alguma à cominação de penas contra os atos que ensejem discriminação contra a mulher.

Dessa forma, sempre que a mulher sofrer discriminação ou atentado contra sua privacidade e dignidade, deve ser aplicada, além do art. 373-A da CLT, a Lei n. 9.029/95, inclusive seus arts. 3º e 4º, que dispõem sobre as sanções aplicadas ao empregador (multa administrativa e proibição de empréstimo), e a opção de ser reintegrado ou receber remuneração em dobro pelo período de afastamento.

O grande desafio à igualdade de gênero, no tocante à discriminação em matéria de ocupação, não diz respeito unicamente ao acesso aos postos de trabalho, mas sobretudo ao respeito aos méritos e talentos profissionais da mulher e sua conseqüente ocupação em atividades qualificadas e que proporcionem perspectivas de crescimento.

Muitos empregadores preferem contratar homens a mulheres em decorrência da menor disponibilidade destas para viagens, regime de sobrejornada, da licença-maternidade e do maior número de ausências no emprego em decorrência de cuidados com os filhos.

Alice Monteiro de Barros comenta a necessidade de as empresas adotarem jornadas mais flexíveis e cursos de reciclagem para as mulheres que, afastadas do mercado em razão da maternidade, desejem readquirir experiência e eficiência ao retornar ao trabalho³⁹³.

Fato agravante para a implementação real e duradoura da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres é a omissão de boa parte das empresas em manter creches para filhos de seus empregados, o que se traduziria no cumprimento de sua responsabilidade social. A obrigação é conferida pelos arts. 389, §§ 1º e 2º, e 400 da CLT.

Alguns dos atos que ensejam discriminação contra a mulher, configurando atentado à intimidade, à honra e à liberdade; são os rodízios de gravidez, a indução à realização de exame de esterilização e gravidez³⁹⁴, além da não contratação decorrente da maternidade, da dispensa em razão de matrimônio³⁹⁵, do assédio sexual, do não oferecimento de promoções, do acesso

³⁹³ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1085.

³⁹⁴ Vide nota anterior.

³⁹⁵ “Despedida discriminatória da mulher que contrai núpcias. Vulneração de preceitos constitucionais. Dano moral. Indenização. Sendo a família a célula formadora de uma sociedade organizada, vulnera o sistema democrático o direito individual da trabalhadora e de sua futura entidade familiar e ainda perpetua discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais a despedida da mulher pelo fato de consignar seu desejo de contrair matrimônio, cuja lesão deve ser ressarcida pela contraprestação de uma indenização equivalente ao dano provocado em momento de considerável relevância individual e social (interpretação dos artigos 3º, inciso IV, 5º,

a emprego unicamente em cargos de baixo escalão, além da desigualdade salarial e das revistas íntimas.

Uma das formas de discriminação que mais ferem a dignidade da pessoa humana, sua intimidade e honra, é a revista íntima realizada em empregados. A trabalhadora é obrigada a se submeter, diariamente, à prática desonrosa de ser revistada intimamente, ao final do expediente, ainda que por outro trabalhador do mesmo sexo, em nome da proteção ao patrimônio do empregador³⁹⁶.

Vale ressaltar ainda que nem todos os trabalhadores dessas empresas são submetidos à revista íntima, mas somente os empregados com posição hierárquica inferior – fato que gera dupla discriminação.

O inciso IV do art. 373-A da CLT proíbe *revistas íntimas*, mas não especifica se a proibição também inclui a vistoria à propriedade pessoal do trabalhador, como a revista em bolsas, marmitas e gavetas.

Parcela dos magistrados trabalhistas e membros do Ministério Público do Trabalho entendem que a revista aos pertences do trabalhador, desde

incisos I e XLI, 7º, incisos I e XX e 226, da Constituição Federal e 159 do Código Civil Brasileiro)” (TRT – SC – RO – V – A – 6.070/94 – Ac. 1ª T. 6.637/96 – Rel.: Juiz Antônio Carlos Facioli Chedid).

³⁹⁶ “REVISTA PESSOAL – TRABALHADOR OBRIGADO A DESNUDAR-SE. DANO MORAL. A dignidade humana é um bem juridicamente tutelado, que deve ser preservado e prevalecer em detrimento do excesso de zelo de alguns maus empregadores com o seu patrimônio. O que é preciso o empregador conciliar é seu legítimo interesse em defesa do patrimônio, ao lado do indispensável respeito à dignidade do trabalhador. A Constituição Federal (artigo 5º, inc. V e X) e a legislação subconstitucional (art. 186 do atual Código Civil Brasileiro) não autorizam esse tipo de agressão e asseguram ao trabalhador que sofrer essas condições vexaminosas, a indenização por danos morais. Importante frisar, ainda, que a inserção do empregado no ambiente do trabalho não lhe retira os direitos de personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. Não se discute que o empregado, ao ser submetido ao poder de direção do empregador, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. O que é inadmissível, sim, é que a ação do empregador de amplie de maneira a ferir a dignidade da pessoa humana” (Acórdão n. 20070447785. Processo n. 20070187589. Relator: Valdir Florindo).

que realizada de forma impessoal, não fere a dignidade da pessoa humana nem agride o Princípio da Igualdade e Não Discriminação^{397e398}.

Alice Monteiro de Barros defende a hipótese de revistas exercidas pelo empregador nos objetos pessoais dos empregados somente como último recurso de que disponha para defender seu patrimônio ou para *salvaguarda de pessoas* – medidas de segurança. Segundo a autora, “não basta a tutela genérica da propriedade, devendo existir circunstâncias concretas específicas”³⁹⁹.

A autora aponta ainda a necessidade de respeitar o *caráter impessoal* e geral das revistas aos empregados, que não podem ser direcionadas a um setor específico, sendo condicionadas a prévio ajuste com a entidade sindical da categoria⁴⁰⁰. Assim, sempre que a empresa optar por fazer a revista, deverá realizá-la em todos empregados da empresa, e não somente em um grupo específico.

Entendo que a revista íntima é contrária à dignidade da pessoa humana, em especial ao direito de personalidade do trabalhador. Como tal, não deve ser permitida. A revista nos pertences do empregado, por sua vez, afronta o direito à propriedade privada do trabalhador. A empresa pode colocar câmeras em todos os ambientes da empresa, exceto nos toaletes, como forma de proteger seu patrimônio, sem ferir a dignidade da pessoa humana.

³⁹⁷ Em agosto de 2000, o MPT da 15ª Região ajuizou Ação Civil Pública contra a empresa Marisa Lojas Varejistas Ltda., em razão da prática de revistas íntimas, ainda que em salas fechadas e por trabalhadores do mesmo sexo, além de revistas de bolsas, sacolas e marmitas dos trabalhadores, com a justificativa de preservar o patrimônio da empresa. A empresa foi condenada a abster-se de exigir e permitir que, em todos os seus estabelecimentos, trabalhadores sejam submetidos a revista íntima do corpo, bem como exibir seus pertences, sob pena de multa pecuniária por trabalhador, além do pagamento de indenização em pecúnia decorrente do dano moral coletivo, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador. No mês de outubro do mesmo ano, perante a Justiça do Trabalho da 15ª Região, bem como o MPT, a empresa citada firmou compromisso no sentido de fazer revistas tão-somente nos pertences de seus empregados, como nas mochilas, sacolas, marmitas etc.; não sendo permitida revista íntima de qualquer espécie (Ministério Público do Trabalho. *O Ministério Público do Trabalho na Eliminação da Discriminação. Relatório Atividades – 2001-2002*, cit., p. 40-46).

³⁹⁸ A 3ª Turma do TST decidiu, no Recurso de Revista de n. 615854/1999.8, contrariamente à decisão do TRT da 9ª Região, que a revista moderada em bolsas, desde que não exponha a intimidade ou privacidade do trabalhador, não induz à caracterização de dano moral.

³⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 74.

⁴⁰⁰ Id., *ibid*.

O parágrafo único do art. 373-A da CLT dispõe sobre a adoção de Ações Afirmativas, promovidas no âmbito interno das empresas, para estabelecer a igualdade de gênero e a representatividade de mulheres nos diversos postos de trabalho. Tem aplicação especial quanto ao acesso ao emprego e às condições gerais de trabalho da mulher.

O legislador nacional inseriu parágrafo único no art. 373-A da CLT em razão do compromisso assumido junto às Organizações Internacionais – ONU, OEA e OIT – de promover as Convenções Internacionais de Direitos Humanos adotadas pelo Brasil no que tange à adoção de medidas especiais para implementar a Igualdade de Oportunidades e como forma de combater a discriminação contra a mulher.

O Sistema Geral e Especial de Proteção, assim como o Sistema Regional Interamericano e as Normas da OIT, têm a preocupação de ofertar a igualdade de Direitos Humanos para homens e mulheres e de combater a discriminação contra o exercício desses direitos.

A primeira norma internacional destinada a oferecer proteção de gênero foi a Convenção n. 100 da OIT. Promulgada em 1951 e ratificada pelo Brasil em 1957, trata da igualdade salarial entre homens e mulheres. Daí por diante, as Organizações Internacionais adotaram Tratados Internacionais com proteção específica à mulher.

O art. 2º da Convenção n. 100 da OIT determina que todo Estado-Membro deverá adotar medidas que promovam a igualdade de remuneração para homens e mulheres, por meio de sua legislação nacional, além de incentivar sua promoção mediante de convenções coletivas⁴⁰¹.

⁴⁰¹ “Art. 2º -1. Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio da igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor. 2. Este princípio poderá ser aplicado por meio: a) seja da legislação nacional; b) seja de qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação; c) seja

A Convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965, impõe em seu arts. 2º, f, e 3º a obrigação de adotar política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar a discriminação nas relações de trabalho, devendo ainda enviar, anualmente, relatórios sobre as medidas adotadas e os resultados obtidos⁴⁰².

No que tange ao Sistema Especial de Proteção da ONU, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1º de dezembro de 1984, exerce grande impacto na Ordem Nacional, tanto na esfera pública quanto na privada; diante da obrigação assumida pelo Estado brasileiro de adotar a vertente punitivo-repressiva, associada à vertente promocional, no âmbito da legislação nacional.

Os arts. 3º e 4º da CEDAW impõem ao Estado-Signatário a adoção de medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o exercício dos Direitos Humanos à mulher e acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher⁴⁰³. Adiante, seu art. 11-1, é taxativa quanto à adoção de medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, na esfera das

de convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados; d) seja de uma combinação desses diversos meios.”

⁴⁰² “Art. 2º – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria. Art. 3º – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais: [...] f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.”

⁴⁰³ “Art. 3º Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, na esfera política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. Art. 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. [...]”

relações de trabalho, a fim de assegurar a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, além do direito à oportunidade de emprego⁴⁰⁴.

No que tange ao Sistema Regional de Proteção, o art. 6º, § 2º, do Protocolo de San Salvador, adotado pelo Estado brasileiro em 21 de agosto de 1996, determina que todo Estado-Membro deverá promover medidas especiais para garantir a plena efetividade do direito ao trabalho, em especial a oportunidade de emprego⁴⁰⁵.

No intuito de estimular a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, em decorrência do compromisso assumido junto às Organizações Internacionais, em razão dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, a *Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres*, com o apoio da OIT e do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, desenvolveu, em setembro de 2004, o Programa *Pró-Eqüidade de Gênero*.

A idéia é enfrentar a sistemática opressão de gênero e quebrar o paradigma da desigualdade social por meio da inclusão das mulheres no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao acesso, remuneração, ocupação, ascensão e igualdade de direitos.

⁴⁰⁴ “Art. 11 – 1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: a) o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego; c) o direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação de qualidade do trabalho; [...]”.

⁴⁰⁵ “Art. 6º, 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 um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha possibilidade de exercer o direito ao trabalho.”

Ao aderir ao Programa, a empresa assina termo de compromisso, com a obrigação de implementar os direitos decorrentes do Princípio da Igualdade e Não Discriminação no âmbito das relações de trabalho, pelo período de um ano. Em seguida, envia relatório contendo a forma de seleção, o perfil do corpo funcional, a forma de ascensão, a capacitação, a promoção e o incentivo para mulheres, programa de saúde, política de benefícios, mecanismo de combate à discriminação, ocorrência de assédio sexual e moral e relação com terceirizados, além do plano de ação.

A instituição é avaliada e monitorada. Sendo os resultados satisfatórios quanto ao cumprimento do plano de ação receberá o Selo Pró-Eqüidade de Gênero, e a possível difusão de suas práticas exemplares em campanhas de promoção institucional.

A primeira edição do programa Pró-Eqüidade contou com a participação de empresas públicas federais e sociedades de economia mista, representando o setor de Minas e Energia, Bancário, de Comunicação e Agropecuário. Das 16 empresas que assinaram o termo de compromisso, 11 receberam o selo Pró-Eqüidade⁴⁰⁶. Enfrentaram o desafio de mudar ações quanto à gestão de pessoas, nos processos de admissão e contratação de estagiários, promoção e percepção salarial, em especial no tocante à inclusão de gênero, raça/cor. Banheiros femininos foram construídos para reforçar a presença de mulheres no interior da empresa, além da introdução de códigos de conduta com perspectiva de gênero, equiparação salarial, implantação de ouvidorias e ciclos de palestras apresentando a preocupação com a ética de trabalho, bem como o combate à violência contra a mulher e o assédio moral. Em sua segunda edição,

⁴⁰⁶ As empresas que assinaram o termo de compromisso e não receberam o selo: Banco do Brasil, Banco do Nordeste do Brasil S/A, Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, Embrapa e Radiobrás. Participaram do programa e receberam o selo Pró-Eqüidade: Petrobras, Caixa Econômica Federal, Eletrobrás, Companhia Energética de Alagoas – CEAL, Centro de Pesquisas de Energia Elétrica – CEPEL, Eletronuclear, Itaipu Binacional, Furnas Centrais Elétricas S.A., Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE, e Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Política para Mulheres. *Programa Pró-Eqüidade de Gênero: oportunidades iguais. Respeito às diferenças. Relatório Sintético da 1ª Edição 2005/2006*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006).

no biênio 2006/2007, o Programa permite a participação de empresas do setor privado.

Práticas de caráter promocional, aliada às de caráter repressivo-punitivo, devem ser coadjuvantes na luta contra a discriminação nas relações de trabalho, inclusive em razão de sexo.

Campanhas como esta, promovida pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, devem ser difundidas e incentivadas a fim de permitir aplicação a outros grupos vulneráveis, como o negro e a pessoa portadora de deficiência, pois promovem a igualdade de oportunidades, a inclusão social e o respeito ao ser humano.

Por fim, é essencial aos Direitos Humanos erradicar o preconceito enraizado na sociedade brasileira há décadas para permitir o desenvolvimento da igualdade de direitos e obrigações para ambos os sexos.

III.3.3 Discriminação em razão de condição física

III.3.3.1 Pessoa portadora de deficiência

Segundo a OIT, 650 milhões de pessoas, abrangendo 10% da população mundial, sofrem de alguma incapacidade, física ou mental⁴⁰⁷. Por sua vez, 14,5% da população brasileira, portanto 24,5 milhões de pessoas, tem algum tipo de deficiência⁴⁰⁸. Destes, 52% não exercem atividade alguma no mercado de trabalho⁴⁰⁹.

Ao longo da história da Humanidade, a pessoa portadora de deficiência foi excluída da sociedade devido a sua vulnerabilidade e à dificuldade de ser inserida no contexto social. Sofreu discriminação, sentiu a expressão de repulsa, desprezo e pena nos olhos das pessoas tidas como *normais*.

Lutiana Nacur Lorentz divide em quatro fases o processo de reação da sociedade diante da pessoa portadora de deficiência: a fase da eliminação, do assistencialismo, da integração e da inclusão⁴¹⁰.

Durante a Antigüidade o ser humano nascido defeituoso não era detentor de dignidade, já que carregava o estigma para si e para seus pais de que sua deficiência era castigo dos deuses. Além disso, o Estado não tolerava

⁴⁰⁷ OIT. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, cit., p. 48.

⁴⁰⁸ IBGE. *Censo Demográfico de 2000*. Disponível em: www.ibge.gov.br/censo/revistaq.pdf. Acesso em 10.3.2004.

⁴⁰⁹ OIT. Suplemento Nacional. Brasil. Genève: OIT. Secretaria Internacional do Trabalho. p. 5.

⁴¹⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006. p. 103.

deformidades de seus cidadãos, ordenando ao pai que eliminasse o filho imperfeito⁴¹¹. Com isso, as pessoas portadoras de deficiência sofriam com a exclusão e o banimento pela sociedade.

Na Grécia Antiga, ao nascer, as crianças eram examinadas pelo Conselho de Anciãos da Cidade. As julgadas disformes eram atiradas do alto de um abismo⁴¹².

Os hebreus entendiam que as deficiências traduziam-se em castigo de Deus. Aos portadores não era permitido o acesso aos serviços religiosos. Contrariamente, os hindus estimulavam as pessoas cegas a exercer funções religiosas, pois entendiam que gozavam de maior sensibilidade interior⁴¹³.

Na Idade Média, os portadores de deficiências físicas eram exterminados, vistos como oriundos dos demônios⁴¹⁴.

Com a referência do Cristianismo, sob o forte alicerce da culpa dos cristãos e da piedade caridosa, as pessoas portadoras de deficiência passaram a ser alvo do assistencialismo, muito embora sob o signo da segregação e do isolamento.

No início da fase de inclusão, a partir da Idade Moderna, criou-se a idéia de que era essencial retirar as pessoas portadoras de deficiência dos ambientes isolados das instituições de caridade e buscar a cura, o *conserto* dessas pessoas, para depois inseri-los no contexto social. Tal postura resultou na criação de diversas escolas especiais, isolando novamente esses indivíduos do ambiente social⁴¹⁵.

⁴¹¹ LORENZ, Lutiana Nacur. Op. cit., p. 113.

⁴¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1115.

⁴¹³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência*. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/deficiente/ap4.html. Acesso em 19.8.2000.

⁴¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1115.

⁴¹⁵ LORENTZ, Lutiana Nacur. Op. cit., p. 135.

A segunda fase da inclusão foi impulsionada pelo Estado Social de Direito, em especial após a promulgação da DUDH e conseqüente implementação da igualdade material e respeito aos Direitos Humanos a todo ser humano, independentemente das características pessoais.

A pessoa portadora de deficiência passou a ser vista como sujeito ativo, capaz de participar do contexto social, daí a necessidade de a sociedade respeitar suas diferenças sem buscar *consertá-la*, além de criar ambiente capaz de possibilitar sua autonomia, sobretudo no que tange ao trabalho.

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos – PIDCP e PIDESC asseguram a promoção dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão a todo ser humano, independentemente de qualquer característica. Destarte, as pessoas portadoras de deficiência são sujeitos de direito, detentoras de dignidade intrínseca ao ser humano.

*O ano de 1981 foi adotado pela ONU como Ano Internacional das Pessoas Deficientes. Além disso, o período de 1983 a 1992 foi intitulado como a Década das Nações Unidas para Pessoas Portadoras de Deficiência*⁴¹⁶. Com isso, o Ordenamento Jurídico internacional chama a atenção para a inclusão social da pessoa portadora de deficiência no convívio social, especialmente no âmbito da escola, do lazer e do trabalho.

Somente em 6 de dezembro de 2006 a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Adicional à Convenção, ainda não ratificados pelo Estado brasileiro. O Tratado tem por objeto o combate à discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, aliado a sua inclusão social, inclusive no que tange às relações de trabalho.

No que tange à OIT, em 20 de maio de 1985 entrou em vigor, no plano internacional, a Convenção n. 159 da OIT, com vigência nacional a partir de

⁴¹⁶ MEDEIROS, Adriane de Araújo. Direitos das pessoas portadoras de deficiência. *Gênesis*, Curitiba: Gênesis, abr. 1998, 11 (64), p. 495.

18 de maio de 1990, tratando da política de readaptação profissional e emprego das PPD, cujo fundamento jurídico é o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Seus arts. 3º, 4º e 6º adotam a vertente promocional para inserir a pessoa portadora de deficiência no ambiente de trabalho. Tratam da igualdade de oportunidades e emprego, promovida por intermédio de medidas positivas, a serem criadas pela legislação nacional dos Estados signatários⁴¹⁷.

No plano da proteção internacional ofertada pelo Sistema Interamericano, o Protocolo de San Salvador tem grande destaque. Adotado pela OEA em 17 de novembro de 1988 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, seu art. 6º, § 2º⁴¹⁸, assegura que todo Estado-Membro deverá adotar medidas especiais que promovam a igualdade de oportunidades, garantindo a efetividade do direito ao trabalho, destinada à inclusão das pessoas portadoras de deficiência.

Adiante, em 5 de março de 1995, a OEA adotou a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada pelo Estado brasileiro, sem reservas, em 27 de novembro do mesmo ano.

De caráter repressivo-punitivo aliado à vertente promocional, assegura que o Estado signatário deve proibir toda forma de discriminação, diferenciação ou exclusão baseada em deficiência, além de promover medidas de

⁴¹⁷ “Art. 3º Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho. Art. 4º Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos. Art. 6º Todo País-Membro, mediante legislação nacional e por outros procedimentos, de conformidade com as condições e experiências nacionais, deverá adotar as medidas necessárias para aplicar os Artigos 2º, 3º, 4º e 5º da presente Convenção.”

⁴¹⁸ Já citado no item que trata da discriminação em razão do sexo.

caráter legislativo que proporcionem a integração da pessoa portadora de deficiência.

Dessa forma, fica assegurada, no âmbito internacional, por meio do Sistema Global e Especial de Proteção aos Direitos Humanos, além do Sistema Regional Interamericano, bem como da OIT; a responsabilidade que o Estado-Membro, inclusive o Estado brasileiro, assume de proibir qualquer ato discriminatório contra a pessoa portadora de deficiência, bem como a obrigação de assegurar políticas afirmativas necessárias à implantação e manutenção da igualdade material às pessoas com deficiência.

Quanto ao Ordenamento Pátrio, com a promulgação da Constituição de 1988, o Estado Social dispensa tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência, buscando inseri-las no contexto da sociedade. Progressivamente, a segregação caridosa cede lugar à integração das pessoas portadoras de deficiência, inclusive no âmbito das relações de trabalho.

A Carta Magna dispensou tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no que tange ao salário e à admissão nas relações de trabalho, além de proibir qualquer forma de discriminação, conforme o art. 7º, XXXI⁴¹⁹. Assegurou também, em seu art. 37, VIII, a reserva de cargos nos concursos públicos às PPD, definida pela Lei n. 8.112/90, com o percentual de até 20% das vagas oferecidas.

Quanto às deficiências, pode-se falar em auditiva, visual, mental, física e intelectual. Conforme o Decreto n. 914, de 6 de setembro de 1993⁴²⁰, pessoa portadora de deficiência é a que apresenta limitação permanente que gere incapacidade para o exercício de atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

⁴¹⁹ “Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

⁴²⁰ “Art. 3º Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desenvolvimento de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.”

Importante ressaltar que, com a promulgação da Constituição em vigor, todo o Ordenamento Jurídico Nacional adota a postura repressivo-punitiva ao combate à discriminação nas relações de trabalho, além da vertente promocional, essencial à igualdade de oportunidades.

A Lei n. 7.853/89, em seu art. 8º, III, tipifica como crime, punível com reclusão, de 1 a 4 anos, e multa, o ato de negar emprego ou trabalho a alguém em razão de sua deficiência.

Por sua vez, o Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamenta a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e define deficiência física⁴²¹, auditiva⁴²², visual⁴²³, mental⁴²⁴ e múltipla⁴²⁵.

O Decreto assegura ao portador de deficiência a inserção no mercado de trabalho. Seu art. 35 define as modalidades de inserção laboral: trabalho protegido, colocação competitiva, colocação seletiva e promoção do trabalho por conta própria.

O *trabalho protegido* é destinado aos adultos e adolescentes que, devido a seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possam desenvolver atividades laborais no mercado competitivo. Por isso, é exercido nas oficinas protegidas de produção ou nas oficinas terapêuticas, onde se oferece,

⁴²¹ Art. 4º, I: “alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades de funções;”.

⁴²² Art. 4º, II: “perda parcial ou total das possibilidades sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: a) de 25 a 40 decibéis – surdez leve; b) de 41 a 55 db – surdez moderada; c) de 56 a 70 db – surdez acentuada; d) de 71 a 90 db – surdez severa; e) acima de 91 db – surdez profunda; e f) anacusia”

⁴²³ Art. 4º, III: “acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;”.

⁴²⁴ Art. 4º, IV: “funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho”.

⁴²⁵ “Associação de duas ou mais deficiências.”

especialmente, o tratamento terapêutico essencial à inclusão social das pessoas portadoras de deficiência.

Na colocação competitiva, a PPD concorre em condições de igualdade, sem qualquer política afirmativa. Sua contratação é direta com a empresa, sem qualquer intermediação e conforme a legislação trabalhista e previdenciária.

Por sua vez, a colocação seletiva enseja contratação mediante procedimentos especiais – políticas afirmativas (cotas) –, conforme o art. 93 da Lei n. 8.213/91 e art. 36, II, do Decreto n. 3.298/99.

O art. 36 do Decreto n. 3.298/99, bem como o art. 93 da Lei n. 8.213/91, refletem a adoção da igualdade material pelo Ordenamento Jurídico pátrio, no âmbito privado, ao dispor que as empresas com mais de 100 empregados deverão ter entre 2% e 5% de seus postos de trabalho preenchidos por PPD. Vale ressaltar que as empresas devem direcionar as atividades das PPD segundo suas capacidades e talentos, não somente de acordo com suas limitações.

As empresas com mais de 100 empregados sempre deverão ter em seu quadro de empregados pessoas portadoras de deficiência, independentemente da atividade desenvolvida, seja mediante contrato a prazo determinado ou indeterminado. O § 1º do Decreto n. 3.298/99 ressalta que, sempre que a empresa cessar o contrato individual do trabalho com um portador de deficiência, deverá já ter contratado seu substituto.

O empregador deve contratar as pessoas portadoras de deficiência por meio da colocação seletiva, além da colocação competitiva – quando o trabalhador não poderá deixar de ser contratado em razão de sua deficiência, exceto se atividade a cuja vaga ele concorre for notoriamente incompatível.

Ao exercer sua responsabilidade social, cumpre às empresas assegurar igualdade de oportunidades às pessoas portadoras de deficiência, promovendo a contratação e a permanência no emprego, adaptando o ambiente de trabalho e as tarefas às capacidades dos portadores de deficiência.

Lutiana Nacur Lorentz chama a atenção para os pontos positivos que a presença da pessoa portadora de deficiência agrega à empresa. Segundo a autora:

[...] a aceitação da diversidade e mesmo da fragilidade humana pode apontar para uma “humanização” e diversificação do ambiente laboral, contribuir para o desenvolvimento de relações mais afetivas, onde a presença deste “estranho” possa até mesmo quebrar a rotina maçante e alienante da técnica repetitiva de produção e, sobretudo, onde as PPD’s possam agregar diferentes visões no processo produtivo, sendo sua diversidade de perspectiva uma visão e não um vício⁴²⁶.

Os Tribunais do Trabalho têm tomado decisões em favor da pessoa portadora de deficiência, oferecendo aplicação à Convenção n. 159 da OIT, além da legislação nacional, em especial as Leis n. 7.853/99 e 9.029/95, diante da proteção contra qualquer discriminação decorrente das relações de trabalho⁴²⁷.

⁴²⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. Op. cit., p. 103-104.

⁴²⁷ Acórdão: 20010192446. Proc. n. 19990521886. Relator: José Carlos da Silva Arouca. “Discriminação. Vedação constitucional/legal. A Constituição veda a discriminação, como se lê no inciso XXXI do art. 7º: ‘proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência’. Se veda-se a discriminação na admissão, tem-se que a demissão determinada pelas mesmas razões assume natureza também discriminatória. A Lei 9.029, de 1995 cuidou expressamente do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, assegurando o direito à readmissão, passível de substituição, a critério do ofendido, em remuneração dobrada de todo o período de afastamento. Por sua vez, a Convenção 159 da OIT, cujo texto foi aprovado através do Decreto Legislativo 51, de 25 de agosto de 1989 e ratificada em 18 de maio do mesmo ano, promulgada pelo Decreto 129 de 22 de maio que integra nosso ordenamento jurídico, cuida da reabilitação de pessoa deficiente, conceituada como tal aquela cuja possibilidade de obter e conservar um emprego adequado e de nele progredir fique substancialmente reduzida por causa de uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida. Já a Recomendação 168 da OIT que a completa, estabelece que os deficientes devem dispor de igualdade de tratamento e de oportunidades, relativamente ao acesso, conservação e promoção em um emprego”.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA LEGAL DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA HABILITADOS OU BENEFICIÁRIOS REABILITADOS. ART. 93 DA LEI 8.213/91 E ART. 36 DO

Assim, em conformidade com o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, adotado pelo Sistema Jurídico Nacional, a partir da Carta Magna em vigor, especialmente após a ratificação dos Principais Tratados Internacionais que adotam a vertente punitivo-repressiva vinculado à vertente promocional; proíbe-se qualquer discriminação nas relações de trabalho quanto ao acesso, ocupação e dispensa, além da remuneração em razão da condição do trabalhador.

III.3.3.2 Portador do vírus HIV

A SIDA/AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou *Acquired Immunological Deficiency Syndrome*, doença transmitida pelo vírus da imunodeficiência humana através das relações sexuais, do sangue introduzido por meio de transfusão ou acidentalmente, do transplante de tecidos, da gravidez⁴²⁸, do parto e do uso de drogas injetáveis. A pior causa dessa

DECRETO 3.298/99. Hipótese em que a sentença deu procedência à Ação Civil Pública para obrigar a empresa a contratar trabalhadores portadores de deficiência habilitados ou reabilitados. A observância dos artigos 93 da Lei n. 8.213/91 e 36 do Decreto 3.289/99 que regulamentou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei n. 7.853/99) deve levar em conta a OS Conjunta do INSS n. 90/98, segundo a qual a inexistência de vaga na empresa não enseja descumprimento da norma. É certo que a reserva legal atende o objetivo de inserção, no mercado, dos trabalhadores recapitados ou portadores de deficiência física ou mental, habilitados para o desempenho de atividades laborais. Ocorre que esta inserção deve ser feita com uma margem mínima de critérios, de modo a permitir a aplicabilidade da norma, e atingir os objetivos legal e constitucional. Assim, em atenção aos interesses difusos dos diversos e inominados portadores de deficiência física e mental, representados pelo Ministério Público do Trabalho, e também em vista do interesse da empresa, de não ser condenada a cumprir ordem inexecutável, admite-se o atendimento gradativo do percentual mínimo, na medida em que venham surgir vagas capazes de provimento pessoal habilitado. Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento” (TRT – 4ª Região – RO - 00843-2000-010-04-00-0 – 7ª T – Rel.: Juíza Maria Inês Cunha Dornelles – DOERS 5.4.2004).

“Deficiente Físico. Trabalhador Reabilitado. Resilição. Garantia de Emprego e Reintegração. O art. 93 da Lei 8.213/91, ao estabelecer como condição para a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado a contratação de substituto de condição semelhante, institui garantia de emprego, que embora não tenha caráter de direito individual assume feição social e coletiva. Havendo forma peculiar de garantia de emprego para os deficientes reabilitados que compõem a cota de vagas reservadas pelo art. 93 da Lei n. 8.213/91, a falta de atendimento da condição prevista em lei retira do empregador o direito potestativo de resilição o contrato de trabalho, o que torna nula a dispensa” (TRT – 15ª Região – Proc. 5.352/03 – Ac. 25.859/03 – 5ª T – Rel.: Juiz João Alberto Alves Machado – DOESP 5.9.2003).

⁴²⁸ No Brasil, a incidência de mulheres grávidas submetidas a exames pré-natal está abaixo de 1%; segundo relatório da Unids.

*epidemia*⁴²⁹ é a ausência de programas de prevenção e sistemas de saúde precário, associadas à ignorância quanto ao uso de preservativos, ao preconceito e às crenças religiosas.

O vírus HIV é considerado uma epidemia global. No mundo inteiro há 40 milhões de pessoas infectadas; somente em 2003, 3 milhões morreram, 5 milhões de pessoas foram infectados com o vírus e, destas, 700 mil estão abaixo dos 15 anos de idade⁴³⁰.

Os Países industrializados não estão imunes à doença. Somente na América do Norte foram registrados entre 790 e 1,2 milhão casos. Na Europa Ocidental o número varia entre 520 e 680 mil casos. Existem 350 mil casos na Europa Oriental e na Ásia Central⁴³¹.

Nos Países em desenvolvimento o número é mais elevado. Somente na América Latina e no Caribe foram registrados 2 milhões de casos; quase meio milhão na África do Norte e no Oriente Médio; na África subsaariana, onde a doença já virou uma pandemia, no final do ano 2000 o número de casos superou 25 milhões pessoas, sendo que 22 milhões morreram de AIDS⁴³². Pior: segundo a OIT, em 2020 a força de trabalho dos 30 Países mais afetados pelo vírus HIV será 10 a 30% menor do que seria sem a AIDS⁴³³.

Parte das pessoas portadoras do vírus encontra-se em faixa etária considerada ativa, entre 15 e 49 anos, o que causa impacto de ordem

⁴²⁹ Segundo o *Dicionário Aurélio*, "Epidemia. (Do gr. *Epidemia*). 1. Doença que surge rápida num lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas. 2. Surto de agravação duma endemia. 3. Fig. Uso generalizado de alguma coisa que está em moda: Há uma epidemia de pantalonas e coletes. Por sua vez, Pandemia: Epidemia generalizada: 'A última pandemia, a da espanhola, que foi terrível, poupou apenas os velhos, o que a fez terribilíssima'. (João Ribeiro, *Cartas Devolvidas*, p. 174)" (HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. p. 671 e 1256).

⁴³⁰ Relatório da Unids.

⁴³¹ Secretaria Internacional do Trabalho – Brasil. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o Mundo do Trabalho*. Trad. Edílson Alkmin Cunha. 2. ed. Brasília: OIT, 2004. p. 41.

⁴³² *Relatório da Unids*; Secretaria Internacional do Trabalho – Brasil. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o Mundo do Trabalho*, cit., p. 41.

⁴³³ Secretaria Internacional do Trabalho – Brasil. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o Mundo do Trabalho*, cit., p. 42.

econômica e social nos Países mais afetos, com a perda de mão-de-obra e da capacidade produtiva, gerando custos à Seguridade Social⁴³⁴.

No Brasil, somente em 2005 foram registrados 33.141 casos de AIDS; 29.966 com idade entre 20 e 59 anos de idade⁴³⁵. Outro ponto que merece destaque é a feminização da doença no País. Registre-se que de 1995 a 2005 o número de casos entre mulheres cresceu de 25,39% para 39,49%⁴³⁶.

Os grupos de pessoas mais vulneráveis ao contágio e que mais sofrem os efeitos sociais são as mulheres e crianças, expostas à exploração, abuso e assédio sexual, além da marginalização, do tráfico de drogas e do trabalho infantil. Além disso, as mulheres deixam de exercer atividades remuneradas para cuidar dos entes enfermos, já que, na maioria das vezes, referidos afazeres cabem a elas mesmas. Por sua vez, a perda dos familiares aumenta o número de menores envolvidos em trabalho infantil.

Segundo dados da Coordenação Nacional de DST/AIDS, no Brasil foram notificados quase 20 mil novos casos de AIDS. Em setembro de 2003 foram contabilizados 277.141 casos de AIDS, desde 1980, sendo infectadas anualmente 8.000 pessoas. Estima-se que haja mais de 500 mil pessoas contaminadas pelo vírus⁴³⁷.

A desinformação associada à noção de que a doença só acomete consumidores de drogas injetáveis ou homossexuais – estes últimos não aceitos pela sociedade em decorrência do preconceito –; causa a exclusão das pessoas portadoras do vírus HIV, inclusive de seu convívio social – família, trabalho, escola, causando isolamento e até mesmo omissão na busca dos tratamentos que retardam o processo de desencadeamento da doença. Como efeito dominó, é

⁴³⁴ Importante transportadora do Zimbábue descobriu em 1996 que, dos seus 11.500 empregados, 3.400 estavam infectados pelo vírus HIV. A empresa gastou mais de 20% de seus lucros com custos relativos ao HIV (Encarte da OIT: *HIV/AIDS + TRABALHO. Diretrizes para empregadores*. Organização Internacional do Trabalho: Suíça).

⁴³⁵ OIT. Suplemento Nacional. Brasil. Genève: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho. p. 5.

⁴³⁶ Id., p. 5.

⁴³⁷ *Folha de S. Paulo*.

cada vez maior o número de soropositivos que escondem seu estado de saúde, causando a *disseminação silenciosa* do vírus.

No contexto empregatício, existe a cultura preconceituosa de que pessoas inseridas no *grupo de risco* – devido às suas opções sexuais – são marginalizadas, estigmatizadas e excluídas do ambiente laboral. A discriminação não é causada unicamente pelo empregador, mas também pelos colegas de trabalho, ainda que qualquer opção pessoal em nada afete a produção na empresa ou sequer exponha qualquer pessoa a risco de contaminação.

E mais. Na condição de portador do vírus HIV, o homem não fica impossibilitado de prestar atividades laborais. A fase de incubação do vírus pode perdurar por anos, devendo o soropositivo receber tratamento equivalente aos demais trabalhadores. Somente fica impedido de prestar serviço quando considerado *doente de AIDS*, ou seja, quando seu sistema imunológico já foi comprometido e não mais resiste às infecções oportunistas. Nessa situação, o contrato individual do trabalho fica suspenso e o trabalhador passa a ser beneficiário do INSS. A Lei n. 7.670/88 dispõe que a AIDS é causa de concessão de licença para tratamento de saúde e conseqüente auxílio-doença ou aposentadoria – independentemente de período de carência para o segurado.

A questão entre o vírus HIV e a relação de trabalho coloca em discussão a temática dos Direitos Fundamentais, em especial o direito à intimidade, à saúde, o direito a não ser discriminado e o direito à estabilidade no emprego.

O Ordenamento Constitucional oferece à intimidade privada, incluindo o direito à privacidade sobre o estado de saúde do trabalhador, o *status* de Direito Fundamental, conforme o art. 5º, X, da CF. Por outro lado, o *caput* do mesmo artigo assegura a *inviolabilidade do direito à vida*, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito subjetivo público à saúde.

Embora a legislação infraconstitucional – art. 168 da CLT – determine que o exame médico é obrigatório no ato da admissão, periodicamente e no ato da demissão, isso não implica desrespeito ou arbitrariedade em face da intimidade do trabalhador. O exame médico não pode ser evasivo. Também não pode ser solicitado teste de gravidez ou sorologia quanto ao vírus HIV, sob pena de afronta à intimidade do trabalhador. A idéia do exame médico é averiguar se a função exercida pelo trabalhador lhe causa, ou já causou, danos a sua saúde ou integridade física. A legislação não trata de testes de vírus HIV, mesmo em casos que possam expor a comunidade ao risco do contágio. Conforme a Resolução n. 1.359/92 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, os profissionais são proibidos de comunicar a qualquer empresa o diagnóstico do empregado ou candidato a emprego, devendo, unicamente, informar se goza ou não de capacidade laborativa para a respectiva função.

Vale ressaltar que as empresas estão proibidas de realizar investigação direta, por meio do teste anti-HIV, bem como por meio indireto: perguntas específicas aos candidatos quanto ao uso de medicamentos específicos, seringas, avaliações quanto a comportamento de risco.

A Organização Mundial de Saúde, em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho, proferiu a *Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho*, assegurando que a maioria das profissões pode ser exercida por pessoas portadoras do vírus, sem qualquer possibilidade de contágio a outro trabalhador ou cliente. Não deve ser exigida a investigação do vírus HIV antes da contratação, como etapa de seleção⁴³⁸.

Sugere a Declaração que o empregado não deve ser obrigado a prestar ao empregador informações acerca de sua saúde, a menos que esteja comprovado cientificamente o risco de transmissão do vírus HIV no local de trabalho. Assim sendo, permite-se a adoção de meios capazes de investigar a existência do vírus HIV.

⁴³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho: um enfoque de Direito Internacional e Comparado, *Revista do TST*, Brasília: TST, out./dez. 2000, v. 66, n. 4, p. 132-133.

Algumas atividades, como a que exige o manuseio de seringas ou outro material que possa expor a comunidade ao risco de contágio de doenças, inclusive para o próprio enfermeiro ou médico, requerem que a empresa, por meio do médico do trabalho, solicite a todos os trabalhadores da área médica e envolvidos na atividade, como os técnicos em enfermagem, enfermeiros e médicos, sem exceção, o teste de HIV no ato da admissão e periodicamente. Isso porque o interesse da coletividade se sobrepõe ao individual, sendo necessário harmonizar os Direitos Humanos de toda a coletividade.

Nesse caso, a empresa pode estabelecer como um dos requisitos ao exercício da função a apresentação do teste de HIV, de sorologia negativa. O exame deve ser apresentado ao médico do trabalho encarregado de averiguação, limitando-se este ao comentário sobre a aptidão positiva ou negativa para a atividade. Deve respeitar a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, sua privacidade. Também o empregado já ocupante do cargo deve ser submetido, periodicamente, ao exame. Em ambas as hipóteses deve existir absoluto respeito à intimidade, à confidencialidade quanto aos resultados dos testes, saúde e dados pessoais do trabalhador.

Quando ficar atestada a soropositividade em empregado que já exerça atividades que exponham a comunidade ao risco, o empregador deverá removê-lo imediatamente do cargo, transferindo-o para outro setor que não exponha a população ao risco de contágio, oferecendo contraprestação equivalente ao cargo anterior. Ressalte-se que o empregador não poderá divulgar o estado de saúde do trabalhador, sob pena de ser responsabilizado judicialmente.

Ressalte-se que à empresa não é permitido, em tempo algum, dispensar trabalhador em razão de sorologia positiva do vírus HIV, já que ficaria caracterizada discriminação. Também não cabe afastar o trabalhador de suas atividades laborais, ainda que haja contraprestação, sob pena de ensejar assédio moral.

Na França, o art. 121.6 do Código do Trabalho, ao tratar do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, veda ao empregador se informar sobre o estado de saúde do candidato. Somente o médico do trabalho poderá colher informações quanto à saúde, com o objetivo de avaliar as aptidões para o exercício da atividade. O Código Penal francês proíbe, com pena de reclusão e/ou multa, recusa de contratação baseada no estado de saúde, salvo casos de inaptidão para emprego constatado por médico do trabalho⁴³⁹.

Na Itália, o art. 6º da Lei n. 135/90 proíbe os empregadores públicos e privados de fazer perguntas aos empregados ou candidatos a emprego sobre a existência da soropositividade⁴⁴⁰.

Na Alemanha somente se admite a indagação ao candidato quanto a seu estado de saúde se a atividade comportar risco de infecção para outras pessoas, como a dos médicos sanitaristas⁴⁴¹.

Destarte, quando a atividade expuser a comunidade ao risco de contágio às doenças infecto-contagiosas, é possível ao empregador, por intermédio do médico do trabalho, a solicitação de testes de HIV como condição ao exercício da função, a todos os empregados da área de trabalho; em respeito aos Direitos Humanos de toda a coletividade, sem perder de vista o direito à privacidade quanto ao resultado dos exames.

Outra questão relativa ao trabalhador acometido pelo vírus HIV refere-se à proibição de ser dispensado em razão de discriminação direta e indireta, além da possível garantia de emprego.

Como já mencionado, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos do Sistema Geral e Especial de Proteção da ONU, além do Sistema Interamericano de Proteção, aliado às Convenções da OIT, protegem o ser

⁴³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho, cit., p. 132-133.

⁴⁴⁰ Id., *ibid.*

⁴⁴¹ Id., *ibid.*

humano contra discriminações diretas e indiretas nas relações intersubjetivas, inclusive nas relações de trabalho.

Ao condicionar a existência humana como única condição para ser detentor de Direitos Humanos, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação oferece proteção contra a discriminação por qualquer motivo, que não esteja ligada à capacidade do trabalhador para o exercício da atividade laboral. Destarte, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao abordar a proibição de discriminação, adotam *cláusula aberta* quanto aos motivos. Assim, proíbem também a discriminação em razão da condição física.

O Ordenamento Jurídico em vigor, sob o signo da igualdade e não discriminação, no âmbito constitucional e infraconstitucional, protege os trabalhadores contra a discriminação em suas relações de trabalho, inclusive os portadores do vírus HIV⁴⁴².

Discute-se se, após o empregador tomar consciência do estado de saúde do trabalhador portador do vírus HIV, pode este ser dispensado quando o ato não ensejar discriminação, ou se o trabalhador adquire a garantia de emprego em razão da sua fragilidade, da responsabilidade social da empresa e conseqüente responsabilidade objetiva do empregador.

Com o advento da Lei n. 9.029/95, o Sistema Jurídico pátrio ratifica o entendimento acerca da proibição de discriminação em todas as fases da relação de trabalho. Apesar de não fazer referência expressa à não discriminação do trabalhador por seu estado de saúde, tem caráter eminentemente exemplificativo ao proibir a adoção de *qualquer* prática

⁴⁴² “Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da SIDA, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV – Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no *caput* do artigo quinto da CF” (TST, nos ERR n. 205359/1995, Ac. da SBDI 1, Rel.: Min. LEONARDO SILVA, iDJU de 14/05/1999, p. 43).

discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou sua manutenção.

Destarte, conforme o art. 4º da lei, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta ao trabalhador a opção pela reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou pela percepção em dobro da remuneração relativa ao período de afastamento.

A reintegração ao emprego não assegura estabilidade aos trabalhadores que sofreram discriminação, podendo o empregador dispensá-los por qualquer motivo que não seja vinculado ao preconceito em razão de sexo, cor, idade, condição física, orientação sexual, opção religiosa, entre outros.

No que tange ao trabalhador portador do vírus HIV, em razão de sua condição física, fragilidade e forte carga de preconceito na sociedade, dificilmente terá oportunidade de conseguir novo emprego.

Vale ressaltar ainda que, quando o trabalhador portador do vírus HIV é dispensado, ainda que sem justa causa, fica inviabilizada a percepção do benefício previdenciário oferecido pelo INSS, previsto na Lei n. 7.670/88.

Em razão da função social da propriedade, adotada pelos arts. 170 da Constituição Federal e 421 do Código Civil, o trabalhador portador do vírus HIV deve gozar de estabilidade no emprego, sendo possível sua dispensa somente nos casos de falta grave, conforme o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A dispensa por ato discriminatório é contrária aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade e Não Discriminação, o que permite, por si só, como fonte inspiradora do Ordenamento Jurídico pátrio, o direito à permanência no emprego.

Dessa forma, havendo dispensa por motivo discriminatório, o obreiro terá a opção de postular a anulação do ato resilitório e obter o restabelecimento do vínculo empregatício, fazendo jus à estabilidade no emprego.

Quando o empregado começa a desenvolver a doença AIDS e é impossível continuar na atividade em decorrência de seu estado de saúde, o empregador deve remanejá-lo para outra atividade, mais adequada a suas condições físicas. Não havendo possibilidade de qualquer atividade laboral junto à empresa, o trabalhador terá seu contrato suspenso e receberá benefício previdenciário.

Em março de 2007, o TST, ratificando decisão do TRT da 2ª Região e da 4ª Vara da Justiça do Trabalho, proferiu decisão revolucionária quanto à estabilidade do portador do vírus HIV. Muito embora nos autos do processo tenha sido descaracterizada qualquer margem de discriminação na despedida do trabalhador, o Egrégio Tribunal assegurou que, por força da *função social da empresa e do contrato de trabalho*, conforme o art. 421 do Código Civil, o trabalhador acometido de doença grave não pode ser dispensado devido a sua dificuldade em angariar novo emprego:

RECURSO DE EMBARGOS. EMPREGADO PORTADOR DE VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. MATÉRIA EXAMINADA SOB O PRISMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DO CONTRATO DE TRABALHO. DECISÃO QUE AFASTA A EXISTÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. PRESSUPOSTO INTRÍNSECO DO RECURSO DE REVISTA NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA.

A C. Turma confirmou a decisão do eg. Tribunal Regional que, mesmo diante da ausência de discriminação pela empresa, entendeu inválida a dispensa de empregado portador de HIV, que fora afastado em Plano de Incentivo ao Desligamento. Contra o entendimento das decisões recorridas de que a reintegração decorre da nova ótica jurídica, no sentido de se dar preponderância à função social da empresa, a embargante busca demonstrar ofensa ao art. 896 da CLT, sem, contudo, desconstituir os fundamentos que nortearam o não conhecimento do recurso de revista: ausência de prequestionamento de dispositivos constitucionais e divergência jurisprudencial não demonstrada. Recursos de embargos não conhecidos.

Processo n. TST-E-RR-409/2003-004-02-00.1.

Vale a pena registrar que a corrente mais conservadora dos julgadores entende que, como o Ordenamento Jurídico pátrio permite a dispensa imotivada ou denúncia vazia, exceto nas estabilidades temporárias, não há falar em estabilidade ao portador do vírus HIV, devido ao Princípio da Legalidade – art. 5º, II, da CF – e na impossibilidade jurídica do pedido – art. 295, III, do CPC⁴⁴³. Ademais, segundo referida corrente, se for concedido esse direito ao portador do vírus HIV, estar-se-á discriminando os portadores de outras doenças, como os trabalhadores com LER – Lesão por Esforço Repetitivo⁴⁴⁴, câncer ou os que sofrem de hanseníase.

Referido entendimento não está em harmonia com os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, inseridos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e adotados pelo Ordenamento Constitucional como Direitos Fundamentais. Ademais, na falta de disposições legais, o Poder Judiciário deverá julgar o caso pela jurisprudência, por equidade, princípios e normas gerais de direito e, ainda, de acordo com os usos e costumes e com o Direito Comparado, conforme o art. 8º da CLT⁴⁴⁵.

⁴⁴³ “Carece de ação reclamante que pretende sua reintegração no emprego alegando ser portador do vírus da AIDS, por impossibilidade jurídica do pedido” (TRT 2ª Reg., RO n. 02950400757, Ac. da 1ª T. n. 02970090370, Rel. BRAZ JOSÉ MOLLICA, DOE-SP de 20/03/1997).

⁴⁴⁴ O TRT da 3ª Região já ofereceu a reintegração ao trabalhador dispensado de suas atividades em razão de ser acometido de LER: Ementa: “*Trabalhador acometido por LER – Despedimento injusto. Reintegração. O despedimento injusto de empregado acometido por LER, presume-se discriminatório e, como tal não pode ser tolerado pela ordem jurídica, impondo-se, em consequência, sua reintegração (Constituição da República, artigos 3º, IV e 7º, XXXI)*” (RO 4281/97, 3ª Turma, Relator Juiz Antônio Balbino Santos Oliveira) (BOSON, Luis Felipe. A discriminação na jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 263).

⁴⁴⁵ “Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome de imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida” (TST. RR 0217791/95. Relator Min. Valdir Righetto, 14.5.1997).

Parte dos julgados é no sentido de oferecer estabilidade ao trabalhador quando sua dispensa houver sido motivada, ainda que indiretamente, por discriminação em razão da soropositividade. O fato de a legislação nacional não dispor expressamente acerca da garantia de emprego não impede que o portador do vírus HIV, despedido em razão de seu estado de saúde, seja reintegrado⁴⁴⁶.

Há, ainda, corrente moderadora de magistrados, que entende que o empregador não fica impossibilitado de dispensar o trabalhador, desde que a dispensa seja decorrente de motivo econômico, financeiro, técnico ou disciplinar – hipótese do art. 165 da CLT⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ “Trabalhador. Portador do Vírus HIV. Despedida. Arbitrariedade. Reintegração. Empregado portador do vírus da Aids. Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da síndrome da imunodeficiência adquirida – Aids, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no *caput* do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos” (TST – ERR n. 205.359-MG – v.u. – 27.4.99 – rel. Min. Leonardo Silva, DJU, de 14.5.99, p. 43).

“Trabalhador. Portador de HIV. Despedida. Arbitrariedade. Reintegração. Empregado portador do vírus da Aids. Caracterização da despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao adido o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida” (TST – RR n. 217.791-PR – v.u.-14.5.97 – rel. Min. Valdir Righetto, DJU, de 6.6.97, p. 25270).

“Reintegração – Empregado Portador do Vírus HIV – Dispensa Discriminatória. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. Embargos de que não se conhece” (TST ERR 439.041/98.5 – Ac. SBDI-1, 5.5.03, Rel. Min. João Oreste Dalazen).

⁴⁴⁷ “AIDS. Dispensa. Discriminação. Ao virulento alastramento do vírus HIV no mundo correspondeu ampla divulgação dos seus sintomas, de forma que as características físicas de sua manifestação já são de conhecimento das camadas esclarecidas. O caráter discriminatório do portador dessa doença é notório e de repercussão mundial. Incurrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante a discriminação que atenta contra o art. 3º, IV da CF” (TRT/SP 029459279-Ac. 8a T 19.841/95. Rel.: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. DOE 1.6.95).

Diante de todo o exposto, entendo que ao portador do vírus HIV deve ser oferecida garantia de emprego até se tornar beneficiário do INSS. Quanto a sua dispensa, limita-se aos motivos inseridos no art. 482 da CLT, portanto falta grave do empregado, além de comprovação mediante inquérito judicial, em decorrência do impacto da resolução contratual ao trabalhador.

III.4 Discriminação, hipossuficiência e ônus da prova

A última questão a ser discutida diz respeito ao ônus da prova: a quem compete a prova nas dispensas que envolvem trabalhadores inseridos nos grupos *vulneráveis* quando dispensados por motivo de discriminação?

Ônus da prova significa a possibilidade que o Ordenamento Jurídico confere, ao sujeito que ajuíza ação ou contra quem é movido litígio, de provar ou desconstituir o que está sendo alegado. Não se trata de obrigação, mas de *direito* à oportunidade de apresentar provas e defender seu direito, direta ou indiretamente.

É certo que, como às partes deve ser dispensado tratamento igualitário, o Direito Processual não pode ser neutro, indiferente às particularidades dos litigantes. A igualdade formal não satisfaz as necessidades do processo, conforme assegura Estêvão Mallet⁴⁴⁸.

O art. 818 da CLT, ao definir de maneira simplista que a competência do ônus probatório cabe à parte que fizer as alegações, não teve a devida preocupação com a (im)possibilidade dos litigantes de provar o que está sendo alegado. Na ordem dos fatos, quase sempre o empregador tem mais chances de defender suas teses, configurando a hipossuficiência econômica do trabalhador, em grande obstáculo ao acesso à justiça, nele incluído o ônus da prova.

Além disso, como há possibilidade jurídica de denúncia vazia das cessações do contrato individual do trabalho, exceto as hipóteses de estabilidades temporárias, o campo das discriminações fica bastante fértil, já que o empregador não precisa expressar os motivos da dispensa.

O ônus da prova, quando o objeto da questão diz respeito às discriminações, deve competir à parte que tenha mais condições de provar ou desconstituir o que está sendo alegado. Deve ser aplicado, por analogia, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.8.078/90, que também tem por fundamento proteger a parte menos favorecida na relação intersubjetiva –art. 6º, VIII⁴⁴⁹.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho entende que a inversão do ônus da prova deverá ocorrer somente quando presente a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência de uma das partes⁴⁵⁰. Ressalte-se que as discriminações são perpetradas, na maior parte dos casos, contra as *minorias sociais*.

Portanto, nas ações individuais que tratem das discriminações, o ônus da prova deve ser invertido. O mesmo não acontece nas ações coletivas em que o autor da ação, o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos das categorias não presumem a incapacidade para provar o alegado. Nessa hipótese se aplica o art. 818 da CLT.

Parte dos julgados adota o art. 818 da CLT no que tange às provas, em todas as ações trabalhistas, inclusive nas que tratam de discriminação⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ MALLET, Estêvão. Discriminação e Processo do Trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 156-157.

⁴⁴⁹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; [...]”.

⁴⁵⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 94.

⁴⁵¹ “Reintegração. Empregado portador do vírus HIV. Despedida não arbitrária. Impossibilidade. É certo que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (art. 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput*), bem como a Lei 9.029/95, impedem que o empregado portador do vírus HIV ou aquele que já manifestou a doença – AIDS – seja despedido arbitrariamente, na esteira do que vêm decidindo os Tribunais pátrios e defendendo a doutrina nacional. Porém, a prova da alegada arbitrariedade cometida pelo empregador cabe ao obreiro, nos moldes do art. 818 CLT e 333 do CPC, sendo improsperável o pleito de reintegração quando não atendidos citados dispositivos” (DOU. 4.896/2000-4, Ac. da 2ª T., n. 40.751/2000, Rel. Juiz. Luis Carlos Candido Martins Sotero da Silva, DOE-SP de 06.11.2000).

Em contrapartida, há decisões no sentido de considerar presumida a discriminação na dispensa imotivada quando se trata de trabalhador inserido em grupos considerados mais vulneráveis a sofrer preconceitos por parte da sociedade⁴⁵².

A inversão do ônus da prova nas ações cujo mérito diz respeito à discriminação praticada contra as minorias sociais representa a sintonia das

⁴⁵² “Reintegração. Dispensa discriminatória. Portador de AIDS. Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração” (TST, nos ERR n. 217791/1995, Ac. da SBDI 1, Rel.: Min. VANTUIL ABDALA, *DJU* de 02.06.2000, p. 168).

“Dispensa discriminatória. Idade. Lei 9.029/95. Ônus da Prova. Declinando a defesa que a dispensa do empregado, professor, não foi discriminatória, como alegado na inicial, mas sim pela inaptidão do reclamante, resta reconhecido que o ato não se tratou de livre exercício do ‘poder potestativo’ de dispensar, mas sim foi motivado. Portanto, a tese da inicial (de que houve motivo para a dispensa do reclamante) é incontroversa. A divergência está na natureza desse motivo: pela inicial, o motivo foi discriminatório (idade avançada do reclamante); pela defesa, o motivo foi a deficiência do reclamante na sua atuação como professor. Diante deste quadro, o ônus da prova era da reclamada, pois o motivo invocado em defesa tratou-se de fato modificado ou impeditivo do direito postulado na inicial: discriminação não houve, segundo a reclamada, porque a dispensa teve motivos que justificaram a sua atitude. Não se desonerando deste ônus, reconhece-se a dispensa discriminatória, justificando o deferimento da indenização prevista no art. 4º, I, da Lei 9.029/95, no importe equivalente ao valor, em dobro, dos salários e vantagens do período de afastamento, compreendido entre a dispensa e o trânsito em julgado da decisão” (TRT – 9ª Região – Ac. 2ª Turma – RO – 1526/2002 – Rel. designado: Juiz Arion Mazurkevic. *DJPR* 23.8.2002).

normas processuais com as necessidades sociais e o acesso à justiça, sobretudo para dar vazão aos Tratados de Direitos Humanos – como o PIDESC, Protocolo de San Salvador, e a Convenção n. 111 da OIT; quanto ao direito à igualdade de oportunidades, inclusive ao trabalhador, além de incrementar o combate à discriminação.

Conclusão parcial

As Constituições brasileiras, desde o Império até os dias atuais, promovem, progressivamente, os valores da liberdade e igualdade, conforme o contexto sociopolítico da época, por meio dos Direitos Fundamentais.

As Constituições de 1934, 1946 e 1967 destacaram-se por promover, respectivamente, o direito à igualdade de salário para trabalho de igual valor; a valorização do trabalho humano e a necessidade de harmonizar o Princípio da Autonomia da Vontade das Partes com o Princípio da Proteção; e o combate aos crimes de preconceito de raça, inclusive quando decorrentes da relação de trabalho.

Com a reabertura da democracia no País e promulgação da Carta de 1988, o Estado Democrático de Direito e todo o aparato jurídico – constitucional e infraconstitucional – passam a ter como objeto central a promoção de vida digna a todas as pessoas dentro do território nacional. Sua expressão máxima se traduz na ratificação dos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no reconhecimento da necessária implementação dos Direitos Humanos de forma indivisível e interdependente, além da consagração dos Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade e Não Discriminação, como Direitos Fundamentais e base jurídica do constitucionalismo brasileiro.

A Carta Magna adotou a cláusula constitucional aberta quanto à compreensão de Direitos Fundamentais, incluindo nestes, além das normas inseridas em seu corpo e na legislação infraconstitucional – por meio de Normas-Regras e Normas-Princípios –, os Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão ofertados pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos da ONU,

OEA e OIT, e adotados pela Ordem Nacional, conforme os arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

Em razão do *pacta sunt servanda* decorrente da adoção pelo Estado brasileiro da Convenção sobre Tratados de Havana e Convenção de Viena sobre Tratados, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sempre produzirão efeitos, ainda que contrários ao Direito Interno, ou mesmo que a Ordem Interna Constitucional seja modificada. Daí por que os Direitos Humanos adotados internamente como Direitos Fundamentais não permitem retrocessos a sua aplicação, especialmente o Direito à Igualdade e à Não Discriminação, já que fazem parte do núcleo inderrogável dos Direitos Humanos, sendo, portanto, normas de *jus cogens*; conforme o art. 4º, § 1º, do PIDCP e o art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dentre os importantes Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Ordem Jurídica Nacional no que tange ao combate à discriminação nas relações de trabalho e aplicação no âmbito público e privado, destacam-se o PIDCP, o PIDESC, a CEDAW e o CERD, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e as Convenções que fazem parte dos Princípios e Direitos Fundamentais da OIT.

A CEDAW, o CERD, o Protocolo de San Salvador e as Convenções da OIT n. 100, 111 e 159 adotam a vertente repressivo-punitiva aliada à vertente promocional para combater toda forma de discriminação, além de promover a inclusão dos grupos vulneráveis, em especial as mulheres, os negros e as pessoas portadoras de deficiência. Nesse contexto, o Estado brasileiro tem a obrigação internacional de combater a discriminação e promover Ações Afirmativas para proporcionar a igualdade material, a permitir a inclusão social das camadas menos favorecidas.

O Princípio da Igualdade e Não Discriminação, como Direito Fundamental de aplicação imediata, além de promover o combate à discriminação

nas relações de trabalho, amplia a titularidade do Direito, reconhece as necessidades dos grupos vulneráveis e, conseqüentemente, oferece tratamento especial para a implementação da igualdade de oportunidades.

Como forma de combater a discriminação e promover a igualdade de acesso à relação de trabalho, a Ordem Jurídica Nacional adotou o sistema geral de proteção, com normas que proíbem condutas discriminatórias, e o Sistema Especial de Proteção possibilita a promoção da inserção dos grupos vulneráveis, em especial as pessoas portadoras de deficiência e mulheres, por meio das Ações Afirmativas.

No que tange à legislação infraconstitucional, a Lei n. 9.029/95, de caráter repressivo-punitivo, tem grande destaque no combate à discriminação ocorrida em todas as fases da relação de trabalho. Oferece proteção a todos os trabalhadores contra a discriminação em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade ou qualquer outro motivo. O empregador responde, de forma objetiva, pelos atos de seu preposto, inclusive com a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto às Instituições Oficiais, além da reintegração do empregado com percepção integral quanto à remuneração do tempo em que esteve afastado do emprego, ou recebimento em dobro do valor da remuneração relativa ao período do afastamento.

Como legislação destinada à proteção aos grupos vulneráveis, em relação à proteção ao trabalho da mulher, destaca-se a Lei n. 9.799/99, que inseriu o art. 373-A na CLT, com o intuito de promover o caráter punitivo-repressivo aliado à vertente promocional, em razão do compromisso assumido pelo Estado brasileiro junto às Organizações Internacionais, quando adotou a CEDAW, o Protocolo de San Salvador, as Convenções n. 100 e 111 da OIT dentre outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos que oferecem proteção especial à mulher.

O Programa Pró-Eqüidade de Gênero, desenvolvido pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, embora ainda incipiente, tem

mostrado resultados junto às organizações que aderiram ao programa, principalmente no que tange ao combate à discriminação quanto ao processo de contratação, promoção e igualdade salarial, e à inclusão em razão de gênero, raça e cor.

Por sua vez, as pessoas portadoras de deficiência, com a promulgação da Constituição Federal, adquirem destaque no Ordenamento Jurídico pátrio quanto à implementação da igualdade de oportunidade a todos e ao respeito a suas diferenças, além do combate à discriminação nas relações de trabalho.

Aliado às Normas Constitucionais, assim como aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial o PIDCP, o PIDESC, Protocolo de San Salvador, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, além das Convenções n. 111 e 159 da OIT, a ordem infraconstitucional adota a vertente punitivo-repressiva e o caráter promocional para inclusão social das pessoas portadoras de deficiência no ambiente de trabalho.

Quanto à população afro-descendente brasileira, apesar de a Carta Magna reconhecer o Princípio da Igualdade e Não Discriminação como objeto fundamental da República Federativa do Brasil, além de ter ratificado os principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, especialmente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que adota a vertente promocional aliada à vertente repressivo-punitiva como forma de combater a discriminação e de promover a igualdade de oportunidades em razão de raça e cor, a legislação brasileira não dispõe sobre as Ações Afirmativas aplicadas no âmbito das relações de trabalho – essenciais à quebra do círculo vicioso de exclusão social e pobreza crônica em que a população negra se encontra inserida.

Outro grupo vulnerável que sofre preconceito e estigma na sociedade, especialmente nas relações de trabalho, são as pessoas portadoras

do vírus HIV. Enquanto o soropositivo exerce suas atividades em todos os ambientes de trabalho, exceto naqueles em que se expõe a população ao risco de contágio, deve o empregador respeitar seus Direitos Fundamentais, inclusive o direito à privacidade, o direito ao trabalho e o de não sofrer discriminação em razão de seu estado de saúde.

Por fim, no que tange ao Direito Processual do Trabalho, o art. 818 da CLT não promove o acesso à justiça e à efetividade do processo quando a ação trabalhista tem por objeto a discriminação na relação de trabalho contra empregado inserido em algum dos grupos vulneráveis, desde que o trabalhador seja hipossuficiente economicamente.

CONCLUSÕES FINAIS

Este trabalho teve por finalidade mostrar a importância da aplicação material do Princípio da Igualdade e Não Discriminação, como base jurídica fundamental dos Direitos Humanos, ao combate à discriminação nas relações de trabalho. Foram apresentadas conclusões parciais ao final das Partes I, II e III, como síntese do estudo desenvolvido. Destarte, apresento as proposições essenciais, a serem reconhecidas e adotadas pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, para enfrentar a discriminação nas relações de trabalho:

1) Todo ser humano, independentemente de gênero, idade, raça, cor, etnia, nacionalidade, religião, condição física, situação familiar, orientação sexual ou qualquer outra característica e opção, é sujeito único e insubstituível, detentor de dignidade, de Direitos Humanos e de importância jurídica, devendo ser respeitado e protegido contra todo e qualquer ato de discriminação.

2) O combate à discriminação e a promoção do Direito à Igualdade, o respeito às diferenças e a efetividade dos Direitos Humanos revelam-se o principal objeto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos do Sistema Geral e Especial de Proteção da ONU, do Sistema Interamericano e da OIT.

3) O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade e Não Discriminação norteiam e formam a base jurídica de todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Assim sendo, nenhuma Norma-Regra ou Norma-Princípio interna pode ser contrária àqueles, sob pena de não produzir efeitos jurídicos.

4) O Estado Democrático de Direito deve promover efetivamente os Direitos Humanos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, inseridos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sem perder de vista a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inalienabilidade, tutelando interesse de todos, o que é essencial à erradicação da pobreza e exclusão social. Além disso, deve destinar parte das reservas econômicas à implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e assegurar o respeito à cláusula de proibição de retrocesso social, sob pena de responsabilidade internacional.

5) É preciso intensificar o combate contra a discriminação nas relações de trabalho, por meio da efetividade dos instrumentos jurídicos já existentes e adotados pelo Estado brasileiro, além de promulgar normas de caráter repressivo-punitivo, aliadas à vertente promocional.

6) A igualdade material é essencial à gramática da inclusão social, devendo ser ofertado aos grupos vulneráveis o direito de oportunidade e de escolha, sem perder de vista o respeito à meritocracia, o desenvolvimento de talentos e capacidades. As Ações Afirmativas permitem, sobretudo, a representatividade das minorias sociais no âmbito da empresa.

7) Diante do compromisso assumido internacionalmente, ao adotar as Convenções n. 100 e 111 da OIT, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Protocolo de San Salvador, entre outros, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de reprimir toda forma de discriminação nas relações de trabalho, além da obrigação de implementar políticas públicas capazes de suscitar mudanças nos padrões socioculturais, promover Ações Afirmativas essenciais à igualdade de oportunidades. Para tanto é essencial que, além da vertente repressivo-punitiva de combate à discriminação – característica das Leis n. 7.716/89 e 9.029/95 –, sejam adotadas pela legislação infraconstitucional brasileira normas que promovam a implementação da igualdade material, a inclusão social e a representatividade no âmbito da empresa

dos grupos raciais ou étnicos, de mulheres e idosos diante da necessária proteção especial.

8) Embora a Lei n. 9.029/95 ofereça proteção ao trabalhador contra discriminações decorrentes da relação de trabalho, é essencial sua alteração para ratificar os propósitos da Ordem Internacional, bem como o Ordenamento Constitucional. Seu art. 1º, ao dispor sobre os motivos que ensejam discriminação, deverá conter a seguinte redação:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, nacionalidade, condição física ou de saúde, orientação sexual, filiação partidária, opção religiosa, idade, além de qualquer outro motivo que enseje discriminação; ressalvada no caso da idade, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Por sua vez, o art. 4º deve substituir a terminologia *readmissão* por *reintegração*, além incluir parágrafo único que assegure o pagamento de indenização decorrente do dano moral sofrido.

9) Para causar real impacto no combate à discriminação nas relações de trabalho, é preciso que o Poder Judiciário imponha ao empregador que cometeu crime de discriminação contra o trabalhador, inclusive durante a fase pré-contratual, além da multa administrativa em caso de reincidência, a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto às Instituições Oficiais, conforme o art. 3º, I e II, da Lei n. 9.029/95. O tempo de proibição deve ser adotado pelo magistrado de acordo com a equidade e a razoabilidade.

10) É essencial a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial para promover o combate mais agressivo contra as discriminações diretas e indiretas decorrentes das relações de trabalho, além de implementar a igualdade de oportunidade de tratamento à população afro-descendente e excluída

socialmente, utilizando como instrumento jurídico, entre outros, as Ações Afirmativas.

11) Em razão da contínua discriminação contra as mulheres nas relações de trabalho, especialmente no que tange à remuneração, ao acesso ao emprego, à ascensão funcional e às revistas íntimas, o art. 373-A da CLT deve ser alterado para incluir parágrafo que imponha cominação de penas ao empregador – inclusive a proibição de obter empréstimos ou financiamentos junto às Instituições Financeiras Oficiais quando forem desrespeitadas as normas de proteção ao trabalho da mulher.

12) O *Programa Pró-Eqüidade de Gênero* deve servir de exemplo para a inclusão social de outras minorias sociais – como os afro-descendentes excluídos socialmente, os idosos e as pessoas portadoras de deficiência, além do respeito ao trabalho decente. Como forma de incentivo, a empresa que for aprovada junto ao Programa terá direito, durante seu biênio, de inserir em seus produtos logotipo contendo o *Selo Pró-Eqüidade*.

13) O Estado brasileiro, já tendo aprovado a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Protocolo Adicional à Convenção, deve ratificar o Tratado para intensificar a proteção jurídica contra a discriminação e a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência, inclusive nas relações de trabalho.

14) No âmbito da legislação nacional, é preciso que aos portadores do vírus HIV seja oferecida estabilidade no emprego, sendo possível sua dispensa somente nos casos de falta grave, e mediante inquérito judicial.

15) É preciso que o Estado brasileiro promova o trabalho decente. Para tanto, é essencial a intensificação do combate à erradicação do trabalho infantil e abolição do trabalho forçado e obrigatório, especialmente nas zonas rurais, o respeito à liberdade sindical e a fomentação da negociação coletiva, por meio do envolvimento dos atores sociais, trazendo à pauta das discussões a

temática igualdade e não discriminação, inclusive sob a ótica da igualdade material, adotando políticas afirmativas a serem aplicadas no âmbito das empresas.

16) No processo judicial cuja ação trabalhista diga respeito à discriminação, sendo o autor integrante das minorias sociais, deve o magistrado assegurar a inversão do ônus da prova, aplicando o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor em vez do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís; RANGEL, Marta. Licença para mudança de residência, doença, gratificações de tipo educacional, de saúde... In: *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2005.

_____. *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*. Brasília: Secretaria internacional do Trabalho – OIT, 2005.

_____. Remunerações, qualificação e treinamento, jornada de trabalho, segurança e higiene, saúde da mulher. In: *Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina*. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2005.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

AMARAL JR., Aécio; BURITY, Joanildo (Orgs.). *Inclusão social, identidade e diferença: perspectivas pós-estruturalistas de análise social*. São Paulo: Ed. Annablume, 2006.

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. *Portadores de deficiência: sujeitos de direito*. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/deficiente/ap03.html. Acesso em 16.9.2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: [s. e.], 1979.

_____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

AYUSO, Miguel. Liberdades e Direitos Humanos. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A problemática da efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BANCO MUNDIAL. A natureza da desigualdade. *Attacking Brazil's Poverty*.

BARRETO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Reflexões sobre os Direitos Sociais. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. Aids no local de trabalho: um enfoque de Direito Internacional e Comparado. *Revista do TST*, Brasília: TST, out./dez. 2000, v. 66, n. 4.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no Direito brasileiro. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Liberdade e Igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. Campus. 1992.

BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia (Coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICA PARA MULHERES. *Programa Pró-Eqüidade de Gênero: oportunidades iguais. Respeito às diferenças. Relatório Sintético da 1ª edição 2005/2006*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Política para Mulheres, 2006.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004.

BUARQUE, Cristóvão. Direito: assistência ou abolição. In: TST (Org.). *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O Princípio da Não Discriminação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, maio 2001, v. 1, n. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10.10.2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Lei do Tribunal Constitucional. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Ed. Método, 2004.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. *Novas disposições sobre o trabalho da mulher*. Disponível em: http://www.prt21.gov.br/dt_2_07.htm. Acesso em 19.8.2000.

CAVALLARO, James Louis; POGREBINSCHI, Thammy. Rumo à exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nas Américas: o desenvolvimento da jurisprudência do Sistema Interamericano. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL_12001port.htm. Acesso em 8.2.2007.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Buenos Aires: Ed. LexisNexis, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.).

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Discriminação e exclusão social: as grandes majorias e o Direito do Trabalho. Palestra realizada em Brasília entre os dias 29.3 e 1.4.2004. In: TST (Org.). *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O empregado doméstico: uma ocupação tipicamente feminina*. Brasília: OIT, 2006.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 5. ed. São Paulo: Editora da Fundação Getulio Vargas, 2003.

DOMINGUES, Marcos Abílio. *Regulamentação das horas extraordinárias no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.

DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTAY, José Ignacio Martinez. Valor e sentido dos Direitos Sociais. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Fernando de Castro. *A origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Jusnaturalismo e Jushumanismo: o desafio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIN, Karina. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho protegido do portador de deficiência. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/deficiente/ap4.html. Acesso em 19.8.2000.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Os Direitos Sociais como Direitos Humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FRENEDA, Eduardo Gomes. Da internacionalização dos Direitos Humanos e da soberania compartilhada. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004.

GAIO, Daniel. A tutela dos direitos sociais. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, (21), jul./set. 2001.

GALBRAITH, John Kenneth. *A Era da Incerteza: história das idéias econômicas e suas conseqüências*. Trad. F. R. Nickelsen Pellegrini. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980.

GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GEORGETOWN UNIVERSITY. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>. Acesso em 7.3.2007.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudo sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Orestes Campos. Jornada de trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Estudos em homenagem a Célio Goyatá*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. 2.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito da Igualdade Racial: fontes normativas*. Lisboa: Vislis Editores, 2000.

_____. A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional contemporâneo. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Constituição Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público da União*, ano 10, mar. 2000, n. 19.

GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos Direitos Humanos: relativismo ou universalismo?. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

HOBBSAWN, Eric J. *Mundos do trabalho*. Trad. Waldea Barcellos e Sandra Bedran. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

_____. *Era dos Extremos*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUIDIBRO, Joaquín Garcia. A protecção das pessoas. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

IANTAS, Jaime José Bilek. *O Ministério Público do Trabalho e a proteção de interesses do trabalhador portador de deficiência*. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/deficiente/ap02.html. Acesso em 19.8.2000.

IBGE. *Censo Demográfico de 2000*. Disponível em: www.ibge.gov.br/censo/revistaq.pdf. Acesso em 10.3.2004.

_____. *Síntese de Indicadores Sociais*. Rio de Janeiro, 2006.

IKAWA, Daniela. Implicações jurídicas da globalização econômica. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudo sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e Ações Afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e o dos Estados Unidos*. São Paulo: LTr, 2006.

FOLHA DE S. PAULO, 26 nov. 2003, caderno Folha Mundo; 22 jun. 2003, caderno Folha Mundo; 24 jul. 2003, caderno Folha Dinheiro.

JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KENSKI, Rafael. Vencendo na raça. *Superinteressante*, São Paulo: Abril, n. 187, abr. 2003.

KHAMIS, Renato Mehanna. *Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV*. São Paulo: LTr, 2002.

KRIEGER, Carolina Kosma. Discriminação da mulher no trabalho. In: *Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia (Coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

LACLAU, Ernesto. Inclusão, exclusão e a construção de identidades. In: AMARAL JR., Aécio; BURITY, Joanildo (Orgs.). *Inclusão social, identidade e diferença: perspectivas pós-estruturalistas de análise social*. São Paulo: Ed. Annablume, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. Parecer elaborado para o processo HC/82424-2 – STF.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARGENTINA. LEYES DE TRABAJO ACTUALIZADAS. Buenos Aires: Editorial Bregna, 2004.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho: anotações à Lei 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais)*. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre Gusmão, 1994.

_____. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. Cidadania, Direitos Humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Discriminação no processo do trabalho: dificuldades de prova de sua ocorrência. *LTr*, dez. 2004, v. 68, n. 12.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A luta do Direito contra a discriminação no trabalho*. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/deficiente/ap05.html. Acesso em 19.8.2000.

_____. *A Norma da Igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa: aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MAXIMILIANO, Vitore André Zílio; LEITE, Antonio José Maffezoli. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratados05.htm. Acesso em 15.9.2004.

MAZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência. *Revista do Ministério Público da União*, ano 11, set. 2001, n. 22.

MEDEIROS, Adriane de Araújo. Direitos das pessoas portadoras de deficiência. *Gênesis*, Curitiba: Gênesis, abr. 1998, 11 (64).

MELLO, Marco Aurélio. A igualdade e as Ações Afirmativas. *Correio Brasiliense*, 20 dez. 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Fundamentais Sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari. *Os desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na Ordem Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, jan. 2002, n. 10. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10.10.2003.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *O Ministério Público do Trabalho na eliminação da discriminação. Relatório Atividades – 2001-2002*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho/MPT, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1990.

_____. *Manual de Direito Constitucional; direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.

MONTEIRO, Adriana Carneiro. *A Primeira Guerra Mundial e a criação da Liga das Nações*. Disponível em: www.dnet.org.br/oficinas/dhparaiba/1/1guerra.html. Acesso em 14.9.2004.

_____. *Direito à não discriminação*. Disponível em: www.dhnet.org.br/oficinas/dhparaiba/5/disciplina.html. Acesso em 30.10.2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

MORAIS, José Luís Bolzan. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos. Liberdades e garantias. E dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MUNANGA, Abergé. *Superinteressante*, n. 187, São Paulo: Abril, abr. 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do Princípio da Igualdade. *LTr*, jul. 2004, v. 68, n. 7.

PEREIRA JR., Edilson Nobre. O Direito brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 2000, n. 145.

NOGUEIRA, Manuel. *Código do Trabalho*. 3. ed. Lisboa: Vislis Editores, 2006.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e Direito do Trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1998.

O GLOBO, 3 out. 2003, caderno Economia; 18 nov. 2006, caderno Economia.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Anais da I Jornada de Debates sobre Trabalho Escravo*. Brasília: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2003.

_____. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho*. Trad. Edilson Alkimin Cunha. 2. ed. Brasília: OIT, 2004.

_____. *Uma aliança global contra o trabalho forçado*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Genève: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2005.

_____. *Caderno GRPE: o emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina*. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Brasília: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2006.

_____. El déficit de trabajo decente. *Trabajo: Revista de la OIT*, jan. 2006, n. 56.

_____. *Gênero, raça, pobreza e emprego: o Programa GRPE no Brasil*. Brasília: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2006.

_____. *Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho: repertório de recomendações práticas da OIT*. Trad. Edílson Alkimin Cunha. 2. ed. Brasília: OIT, 2006.

_____. *O fim do trabalho infantil: um objetivo ao nosso alcance*. Relatório Global no quadro do Seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho 2006. Trad. Carlos Fiúza e Alexandre Costa. Brasília: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2006.

_____. *Projeto de combate ao trabalho escravo no Brasil*. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2006.

_____. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Informe do Diretor Geral. Genève: 2006.

_____. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Brasília: Secretaria Internacional do Trabalho – OIT, 2006.

_____. Encarte da OIT: HIV/AIDS + trabalho: diretrizes para os empregadores. Genève: OIT, 2007.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La hora de la igualdad en el trabajo*. Genève: Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones, impacto y respuesta a nivel mundial*. Genève: OIT, 2004.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El trabajo forzado en la actualidad. *Revista Trabajo*, n. 54, Ginebra: OIT, ago. 2005.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo*: Revista de la OIT, Genève: OIT, ago. 2005, n. 54; abr. 2006, n. 56; abr. 2006, n. 57; dez. 2006, n. 58.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Genève: OIT, 2006.

_____. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos en el trabajo. Genève: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4615. Acesso em 25.6.2007.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. O valor jurídico dos Tratados e seu impacto na Ordem Constitucional. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. A desconstituição dos Direitos Sociais na América Latina. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, ago. 2000, 16 (92):177-253.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Discriminação. In: TST (Org.). *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Direitos Humanos: desafio da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

_____. *Igualdade, diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional*. Artigo inédito. Jun. 2007.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *PIDESC: contribuição a partir da perspectiva de gênero ao Relatório Alternativo sobre o PIDESC*. Brasil: Cladem, dez. 2002.

PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. A proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do Direito à Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 7.3.2007.

_____. PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. *Ministério Público do Trabalho na eliminação da Discriminação: Relatório Atividades – 2001/2002*. Brasília: Governo do Estado Brasileiro, 2002.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva: o Princípio da Igualdade no âmbito dos Direitos Políticos; problemas suscitados pela discriminação positiva*. Coimbra: Almedina, 2004.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos*. São Paulo: Renovar, 2004.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SABETE-GHABRIEL, Wagdi. O Cristianismo e a origem intelectual dos Direitos do Homem. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

SALVADOR, Jane. Implementação da Sentença da Corte Interamericana no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. Ações Afirmativas e o mercado de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. v. 1.

SANT'ANNA, Valeria Maria. *Direito Internacional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Edipro, 2001.

SANTOS, Cristiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7.716/89 e aspectos correlatos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001, v. 1, n. 1. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 10.1.2003.

_____. A problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Antonio Álvares da. *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Ed. RTM, 1996.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2002.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. *Discriminação racial no trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SILVEIRA, Joel. *II Guerra: momentos críticos*. Rio de Janeiro: Ed. Mauad, 1995.

SOARES, Pedro. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2003, caderno B5.

SOMAVÍA, Juan. Trabajar juntos para salir de la pobreza. *Trabajo: Revista de la OIT*, Genève: OIT, dez. 2006, n. 56.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOMAS, Vinod. *A natureza da desigualdade*. Trabalho apresentado ao Banco Mundial. EUA: Banco Mundial, 2003.

TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT/Brasil, 2005.

THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa: a força dos trabalhadores*. Trad. Denise Bottmann. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987. v. 3.

_____. *A formação da classe operária inglesa: a árvore da liberdade*. Trad. Denise Bottmann. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. v. 1.

_____. *A formação da classe operária inglesa: a maldição de Adão*. Trad. Renato Bussato Neto e Cláudia Rocha de Almeida. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRIDAPALLI, Elida. *Aids e seus impactos nas relações de trabalho: uma discussão doutrinária e jurisprudencial*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

TZITZIS, Stamatios. Direitos do homem e Direito Humanitário: mito e realidade. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (Coord.). *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.

UNIVERSITY OF RICHMOND. Disponível em: <http://confinder.richmond.edu/>. Acesso em 7.3.2007.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. Disponível em: <http://info.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/>. Acesso em 7.3.2007.

_____. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm>. Acesso em 23.5.2007.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Brazil*. 23.5.2003. EUA: United Nations, 2003.

_____. *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Brasil*. 28.4.2004. EUA: United Nations, 2004.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Disponível em: www.unhcr.ch. Acesso em 17.7.2007.

VATIN, François. *Epistemologia e Sociologia do Trabalho*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/95). In: VIANA, Márcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Gramática dos Direitos Humanos. *Revista do ILANUD*, São Paulo, 2000, n. 17.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

VIVOT, Julio Martinez. *La discriminación laboral: despido discriminatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2000.

WEIS, Carlos. *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratados06.htm. Acesso em 13.8.2003.

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)