

DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: CONSCIÊNCIA E AÇÕES DE RESISTÊNCIA

Rodrigo Goldschmidt*

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática da discriminação no mercado de trabalho, procurando trazer elementos para a conscientização e o enfrentamento do problema. No texto são tratados os seguintes tópicos: direito à igualdade, princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade, modalidades de discriminação no mercado de trabalho (por motivo de sexo, idade, cor/raça e portadores de necessidades especiais), discriminação negativa, discriminação positiva e ações afirmativas de resistência contra a discriminação, destacando o papel da jurisdição nessa cruzada.

Palavras-chave: Direito à igualdade. Discriminação no mercado de trabalho. Ações afirmativas. Discriminação positiva. Discriminação negativa. Ações de resistência. Dignidade da pessoa humana.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em que pese o direito à igualdade ser consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹ e na Constituição de nosso país², o fato é que, na realidade concreta das pessoas, de forma ostensiva ou velada, ocorrem inúmeros casos de discriminação no mercado de trabalho, tratando-se de um problema real e presente, que merece ser estudado e combatido.

Daí por que este artigo emprega as expressões “consciência” e “ações de resistência”, visto que, num primeiro momento, é necessário conhecer o problema, nas suas mais diversas modalidades, para, num segundo momento, conceber ações práticas voltadas ao combate da discriminação laboral.

Com esse objetivo, nos tópicos que seguem, serão abordados, nesta ordem, o direito à igualdade, o princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade, algumas modalidades de discriminação no mercado de

* Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor universitário - FIE. Juiz do Trabalho da 12ª Região - Chapecó/SC.

¹ O artigo primeiro da Declaração em tela assim dispõe:

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

² O artigo 5º da CF assim dispõe:

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

trabalho, a discriminação positiva (ou ações afirmativas), as ações de resistência contra a discriminação no mercado de trabalho e, por fim, o papel da jurisdição nessas ações de resistência.

Ao estudo e à ação.

2 O DIREITO À IGUALDADE

Colhendo as lições de Bobbio e Alexy, os direitos dos homens podem ser enquadrados por gerações ou dimensões.

Assim, os direitos de liberdade, proclamados pelas primeiras declarações de direitos, são considerados de primeira geração (dimensão) visto que afirmavam a liberdade do homem frente ao Estado. Dessa forma, o ente estatal deve se abster de lesar o homem, por ser ele um ser racional e livre e, por isso mesmo, digno de respeito. Daí surgiram os instrumentos constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança, justamente para garantir o direito de ir e vir e o direito à legalidade.

Os direitos sociais, por seu turno, surgem como resposta dos trabalhadores à opressão dos detentores do capital, desenvolvendo-se timidamente durante o século XIX e ganhando força no século XX, principalmente após as duas grandes guerras mundiais, com o *Welfare State* (Estado do Bem-Estar), implicando uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, com a promoção de meios e recursos públicos para melhorar a distribuição de renda e o acesso das pessoas menos favorecidas aos direitos essenciais, como saúde, previdência, trabalho e moradia.

Como se pode perceber, enquanto nos direitos de primeira geração (dimensão) deseja-se um Estado não intervencionista, nos direitos de segunda geração (dimensão) almeja-se o contrário, ou seja, quer-se um Estado presente, participativo e pró-ativo, justamente para prestar os meios necessários para que todos os homens, sem distinção, alcancem os bens essenciais do mundo da vida.

Na atualidade, o problema que se vislumbra é uma forte pressão interna e externa por um modelo que privilegia mais o direito de liberdade do que o direito à igualdade, fator que gera e acentua as desigualdades e, por decorrência, fomenta o problema da discriminação, nomeadamente, no mercado de trabalho.

De fato, o neoliberalismo econômico, que fundamenta a globalização da economia e a flexibilização dos direitos trabalhistas, empobrece e desagrega a classe trabalhadora, acentuando discriminações; basta ver os contrastes entre trabalho formal x trabalho informal, trabalhador com experiência x trabalhador sem experiência, trabalhador jovem x trabalhador envelhecido ou idoso, trabalhador homem x trabalhadora mulher, trabalhador “normal” x trabalhador portador de necessidades especiais.

Nessa linha, Silva (1998, p. 213) assevera:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é

que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Nada obstante, esse modelo liberal individualista não corresponde à cultura e aos anseios da generalidade do povo brasileiro (Constituição real) e, muito menos, ao que preceitua a nossa Constituição (formal).

De fato, a diversidade e a pluralidade são as marcas da gente brasileira. A multiplicidade convive com a unidade cultural. Com efeito, o mate e o churrasco dos gaúchos, o acarajé dos baianos, o frevo e o maracatu dos pernambucanos convivem com o carnaval e o futebol, que congregam todos.

A par disso, a solidariedade é ponto marcante do nosso povo; basta ver os inúmeros exemplos dos telejornais, como as campanhas de agasalho, o natal dos carentes, o fome zero e as ações globais de cidadania.

Toda essa realidade está espelhada na Constituição. De fato, o inciso I do art. 3º da Carta Magna consagra o princípio da solidariedade, aduzindo que um dos objetivos fundamentais da República brasileira é construir uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Já o princípio da igualdade, propriamente, está estampado em inúmeros artigos constitucionais, cabendo citar o art. 5º, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei”, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à igualdade.

Nesse dispositivo está consagrada a “igualdade formal”, ou seja, a igualdade do homem perante a lei. Já a “igualdade material”, que exige políticas públicas e ações sociais para ser concretizada, está estampada em outros dispositivos, cabendo citar o art. 7º da CF, o qual estabelece: a) no inciso XXX “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, b) no inciso XXXI “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” e, c) no inciso XXXII “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Do exposto, o que a Constituição real e formal deseja é uma sociedade solidária e igualitária, o que implica a permanente tarefa de tratar igual os iguais e desigualmente os desiguais, proporcionando para estes últimos meios materiais e jurídicos necessários para compensar a desvantagem de que padecem.

Somente assim os grupos excluídos ou menos favorecidos poderão ter o seu “local ao sol”, recebendo tratamento digno e respeitoso, participando de uma sociedade efetivamente “livre, justa e solidária”.

3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao da igualdade, numa relação de mútua interferência. De fato, como bem salienta Luís Roberto Barroso (1999, p. 230), “a importação e a sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia.”

O princípio da igualdade pode ser visto de dois ângulos: a igualdade na lei, que tem a ver com a tarefa jurídico-política do legislador na elaboração da norma, e a igualdade perante a lei, que constitui imperativo a ser observado pelo aplicador do direito. Em outras palavras, tanto na elaboração como na aplicação da lei, há de ser observado o princípio da isonomia do tratamento.

No mundo jurídico, constitui-se senso comum que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Todavia, o grande problema que reside nesse princípio é justamente o de conhecer os que são iguais e os que são desiguais, bem como até que ponto se estendem a igualdade e a desigualdade entre as partes numa dada relação concreta.

A dificuldade dessa tarefa é muito bem traduzida por Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p. 42):

Parece bem observar que não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função de que se possa parificá-las.

É justamente nesse ponto que assume importância o princípio da proporcionalidade, em razão de, pela sua operacionalização, permitir visualizar com mais precisão e controle até que ponto as partes são iguais ou desiguais, oferecendo ao intérprete e ao aplicador parâmetros mais seguros para nivelar, com justiça, a eventual desproporção das mesmas em face do caso concreto, harmonizando os seus interesses.

De fato, o princípio da proporcionalidade constitui um valioso meio de interpretação e aplicação do direito, justamente porque permite solucionar conflitos intersubjetivos sem restringir, ou restringindo minimamente o direito de ambos, através de medida jurídica amparada na Constituição, uma vez que construída e fundamentada sob o pálio dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, preservando a unidade do sistema jurídico-político.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros (1996, p. 187-188) leciona:

Essa relação tão íntima entre a igualdade e a proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as ideias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o princípio da proporcionalidade, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para a aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.

Por seu turno, Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p. 37) registra que

o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido como critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

Disso se extrai que o princípio da igualdade, para atingir a sua eficácia plena, vale-se do princípio da proporcionalidade, como elemento que permite balizar, de forma racional e concreta, se uma dada diferenciação de tratamento entre duas ou mais pessoas é adequada, necessária e proporcional, conferindo legitimidade e justiça ao fator de discrimen utilizado pelo legislador ou pelo aplicador da norma.

4 ALGUMAS MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

O simples fato de o Direito proibir a discriminação (no sentido negativo da palavra) evidencia que a mesma existe, de diversas formas, devendo, por isso mesmo, ser combatida.

De fato, o inciso XXX do art. 7º da CF proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Por seu turno, o inciso XXXI do art. 7º da CF proíbe qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Dos dispositivos constitucionais supra, extraem-se cinco tipos de discriminação não permitidos.

A primeira delas diz respeito ao sexo. A rigor, não pode haver discriminação entre o trabalho masculino e o feminino. Todavia, não é isso que se observa na prática. A mulher é ostensiva ou veladamente discriminada no mercado de trabalho, sendo dificultados o acesso e a permanência no emprego, quer pelas restrições no critério de admissão, *v.g.*, ante a possível maternidade, quer na permanência no emprego, pelo salário inferior que recebe, se comparado ao salário do homem.

A segunda forma de discriminação prende-se ao critério da idade.

De fato, os jovens são discriminados no mercado de trabalho, via de regra, por não possuírem experiência profissional.³

Por seu turno, os “envelhescentes”, assim considerados os trabalhadores com quarenta anos ou mais de idade, são discriminados por vários motivos: a) pelo fato de serem considerados experientes e críticos, o que abala o poder de comando do empregador, b) por possuírem patamar salarial mais significativo, podendo ser substituídos por trabalhador jovem que, em tese, presta o mesmo serviço por menor salário, c) por ser considerados “pouco flexíveis”, d) por não absorverem as “novas tecnologias”.

A terceira forma de discriminação diz respeito à cor/raça.

³ Nesse particular aspecto, a recente introdução do art. 442-A na Consolidação das Leis do Trabalho procurou minimizar os efeitos da discriminação do jovem no mercado de trabalho, ao dispor que:

Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade.

Aqui, a discriminação remonta à época do colonialismo, onde o negro e o índio, trabalhadores escravos, não tinham nenhum direito. A abolição da escravatura, a formação da República, a evolução do Estado Social, nada disso teve o condão de apagar, definitivamente, a discriminação pelo critério da cor, a qual ainda hoje se manifesta, de forma intensa.

Em razão dessa discriminação histórica, os negros e os índios ficaram presos aos estratos menos favorecidos da população, não tendo acesso à educação, saúde, saneamento básico e ao emprego formal, fator que os impede de se emancipar e de alcançar posições mais vantajosas no mercado de trabalho.

Ainda, a Constituição enumera o estado civil como fator discriminante. Sob esse prisma, os solteiros teriam acesso mais facilitado ao mercado de trabalho, por não necessitarem, pensa-se, *a priori*, de benefícios sociais garantidos na lei, *v.g.*, licença-maternidade, licença-paternidade, salário-família, auxílio-creche, etc.

Por fim, a quinta forma de discriminação apontada na Constituição diz respeito aos portadores de necessidades especiais.

A própria Constituição parece não adotar a melhor terminologia, visto que a expressão “portadores de deficiência” já é um fator discriminante.

Isso à parte, o fato é que as pessoas portadoras de necessidades especiais, por necessitarem, às vezes, de adaptações nos meios de produção, são discriminadas no mercado de trabalho, o qual pugna pela contratação de pessoas que, teoricamente, sejam mais versáteis e não impliquem maiores custos para a empresa.

Todas essas formas de discriminações devem ser combatidas, por ser um desejo social contemplado na Constituição, que pugna por uma sociedade justa e solidária.

Nessa linha, abordar-se-á, adiante, a chamada discriminação positiva, que tem por intuito justamente corrigir ou minimizar ditas discriminações e, por fim, algumas ações de resistência a esse modelo nefasto.

5 DISCRIMINAÇÃO POSITIVA (OU AÇÕES AFIRMATIVAS)

A doutrina conhece duas formas de discriminação: a) a negativa, que diz respeito à discriminação ilícita, proibida em lei, *v.g.*, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou estado físico/psíquico; b) a positiva, que é considerada lícita, e tem por escopo criar uma desigualdade, via de regra temporária, visando a igualar, juridicamente, pessoas que, materialmente, são desiguais. Essa desigualdade criada pode ser uma ação de inclusão ou um tratamento compensatório.

Segundo o glossário do Ministério do Trabalho e Emprego⁴, ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada a alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios como ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

⁴ Vide *site* www.mte.gov.br, acesso em 12.02.2008.

De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 185):

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 381):

Não há necessidade de lei que as fundamente. Podem ser previstas por um programa de governo ou, mesmo sem este, por uma ação social. Desse modo, muitas vezes, quando não previstas em sua norma legal cominatória, carecem de exigibilidade jurídica e, não obstante, podem ter um grande efeito social. Mais que isso, podem contribuir para a criação ou ampliação de uma cultura de solidariedade ou de responsabilidade social. O trabalho voluntário é uma das suas alavancas, porém, por outros meios, também, podem concretizar-se. Uma empresa pode desenvolver ações afirmativas internas por sua iniciativa para implementar uma cultura propícia de combate à discriminação em suas diversas formas.

Como bem assenta Cruz (2003, p. 185-186), as ações afirmativas são atos de discriminação lícitos e necessários para o aperfeiçoamento da sociedade. Não são “esmolos” ou “clientelismos”, mas elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito, sendo exigência em Estados desenvolvidos, como os EUA, e em desenvolvimento, como o Brasil.

Há quem conteste a necessidade de ações afirmativas em Estados Sociais de Direito, como Brasil, já que, por professar o princípio da solidariedade, a inclusão das minorias seria um corolário lógico.

De fato, em países liberais, como os EUA, o individualismo e a competição exacerbam as diferenças sociais, o que obriga o Estado a tomar ações afirmativas, para não deixar padecer as minorias, como é o caso dos negros, latinos, moradores de rua, etc.

Nos países que prometem políticas sociais, como é o caso do Brasil, em tese, não seria necessária a figura da ação afirmativa, visto que a inclusão de minorias, a proibição de discriminação e a solidariedade social já seriam ícones jurídicos integradores.

Todavia, na realidade prática, as discriminações no mercado de trabalho, como já visto, são presentes e correntes, o que exige ações afirmativas (ou discriminações positivas), muito embora o sistema jurídico-político já tivesse ferramental suficiente para não serem necessárias tais ações.

6 AÇÕES DE RESISTÊNCIA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Sexo

No que tange à proteção do mercado de trabalho da mulher, o Estado omitiu-se de regulamentar o disposto no inciso XX do artigo 7º da

Constituição⁵ e essa inação reproduz uma odiosa discriminação em face da mulher, tanto no que se refere à igualdade de acesso ao emprego quanto à igualdade de direitos no contrato de trabalho. Essa realidade tem raízes históricas mais remotas do que a flexibilização em si, já que provém do modelo patriarcal e patrimonialista do sistema jurídico-político brasileiro, que sempre relegou a mulher a um segundo plano, considerando-a, até pouco tempo, relativamente capaz, alijando-a do mercado de trabalho, reservando a ela, tão-somente, os afazeres domésticos. Como bem salienta Gomes (2003, p. 58):

Somente na década de 1960, com a promulgação de Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 - conhecida como Estatuto da Mulher Casada - foram extirpadas do Código Civil algumas das normas mais aberrantes no tocante à condição de esposas, mãe, e sobretudo de cidadã, como a incapacidade relativa. A mulher conquista finalmente o direito a trabalhar sem necessitar da autorização marital e o direito de ficar com a guarda dos filhos. É, entretanto, mantida a preponderância do marido como cabeça do casal, ressaltando que tal autoridade deve ser exercida em benefício da família.

Todavia, os tempos mudaram, o sistema jurídico-político declarou a igualdade de direitos entre homens e mulheres⁶ e a Constituição prometeu, para efetivar tal direito, proteger o mercado de trabalho da mulher, conforme foi visto anteriormente.

Nada obstante, passados mais de dezoito anos da entrada em vigor da Constituição, tendo esta adquirido a sua "maior idade", o Estado, infelizmente, não regulamentou o preceito constitucional. A mulher permaneceu nessa sociedade "moderna", "global", "flexível" e "neoliberal" sendo sistematicamente discriminada e desrespeitada em seus direitos sociais fundamentais mínimos.

Nessa esteira, Gomes (2003, p. 70) registra:

A título de inovação, a Constituição define como direito a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei". Por tratar-se de norma programática, carece até hoje de regulamentação, pois, por enquanto, nenhum dos projetos existentes no Congresso nesse sentido logrou êxito.

Diante desse quadro, urge que o Estado regulamente a Constituição e implemente políticas públicas que afirmem a dignidade da mulher trabalhadora, criando novos postos de trabalho para ela, protegendo-a no acesso ao mercado de trabalho e na permanência no emprego, igualando-a, material e efetivamente, ao homem trabalhador, porque esse é o desejo da sociedade, estampado na Constituição.

⁵ Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... (*omissis*); XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

⁶ O inciso I do artigo 5º da CF assim dispõe:

Artigo 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos seguintes:

Assim agindo, o Estado estará reparando uma injustiça histórica e estará resistindo aos efeitos nocivos da flexibilização que também estende os seus tentáculos nesse segmento, discriminando a mulher ante a sua condição de vulnerabilidade, para reduzir salários e precarizar direitos.

Em que pese não se tratar de típico “incentivo” voltado ao aumento de postos de trabalho para a mulher, o Estado baixou leis protegendo seu acesso e permanência no emprego, tipificando o assédio sexual como crime⁷ e proibindo discriminação no que diz respeito aos critérios para admissão no emprego.⁸

⁷ Vide Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, que altera o Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dar outras providências. A respeito, vide a seguinte ementa de acórdão, que versa sobre assédio sexual:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSÉDIO SEXUAL. DANO MORAL. 1. ATO ILÍCITO. Atuação inconveniente do réu no ambiente de trabalho, constringendo trabalhadora com piadas e comentários de conotação sexual, chegando a intentar contato corporal com a autora, acariciando-a à força, configura ato ilícito. 2. ÔNUS DA PROVA. Autora se desincumbiu satisfatoriamente do ônus de comprovar que o réu realmente comportou-se do modo como narrado na inicial, atuando, assim, ilicitamente, de modo a causar-lhe sentimentos de constrangimento e humilhação capazes de ensejar dano moral. Configurada, então, a responsabilidade civil. 3. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. O prudente arbítrio do juiz deve examinar a tríplice função do dano moral - reparatória, punitiva e pedagógica -, de modo a sopesar, com razoabilidade, as peculiaridades do caso concreto e a realidade econômica das partes, com o fito de chegar a um valor que compense o sofrimento da vítima sem implicar enriquecimento sem causa, ao mesmo tempo em que puna o infrator. Aumento da verba indenizatória em face da consideração dos vetores da hipótese vertente. Voto vencido, majorando em maior extensão. 4. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Majoração da verba honorária, com suporte nos parâmetros do artigo 20, § 3º, do CPC. DESPROVIDO O APELO DO RÉU E PROVIDO O RECURSO DAAUTORA. (Apelação Cível n. 70009761255, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Ubirajara Mach de Oliveira, Redator para Acórdão: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 08.03.2007, publicado no Diário da Justiça do Rio Grande do Sul em 30.03.2007)

⁸ A propósito, o artigo 373-A da CLT assim dispõe:

Art. 373-A Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Outra medida, digna de nota, é a criação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres - SPM⁹, Secretaria essa que é vinculada à Presidência da República, e que tem por objetivo, como o próprio nome indica, promover ações afirmativas em prol da mulher, para minimizar os efeitos da discriminação que sofre.

Todavia, tais medidas são tímidas e paliativas, cumprindo ao Estado ser mais efetivo e ousado na implementação de ações afirmativas da dignidade da pessoa humana, voltadas à proteção efetiva do mercado de trabalho da mulher, até porque está legitimado constitucionalmente para tanto.

Idade

No que tange à chamada discriminação etária, vimos o caso dos trabalhadores jovens, os quais, por não possuírem experiência profissional, são discriminados.

Tanto isso é verdade que o Poder Público, visando minimizar a questão, criou a Lei do Primeiro Emprego¹⁰, estabelecendo incentivos para que empresas contratem jovens sem experiência, incluindo-os no mercado formal de trabalho. Para tanto, o governo repassa subvenção pública a empresas cadastradas, incentivando-as a contratar jovens sem experiência.

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

⁹ Vide o *site*: www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/. Acesso em 13.02.2008.

¹⁰ Lei n. 10.748, de 22 de outubro de 2003, que cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE, acrescenta dispositivo à Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. O artigo 5º da Lei n. 10.748/2003 assim dispõe:

Fica o Poder Executivo autorizado a conceder subvenção econômica à geração de empregos destinados a jovens que atendam aos requisitos fixados no art. 2º desta Lei.
 § 1º Os empregadores que atenderem ao disposto no art. 4º: a desta Lei terão acesso à subvenção econômica de que trata este artigo no valor de 6 (seis) parcelas bimestrais de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), por emprego gerado.

§ 2º No vaso de contratação de empregado sob o regime de tempo parcial, o valor das parcelas referidas no § 1º será proporcional à respectiva jornada.

§ 3º - revogado.

§ 4º A concessão da subvenção econômica prevista neste artigo fica condicionada à disponibilidade dos recursos financeiros, que serão distribuídos na forma definida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

A par disso, vale menção o já citado art. 442-A da CLT, o qual estabelece a proibição de exigência de prazo de experiência superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, para facilitar o ingresso do jovem no mercado de trabalho.

No tocante aos trabalhadores envelhecidos, os mesmos são atingidos pelos efeitos da flexibilização, impostos pelo avanço tecnológico e pela globalização da economia.

Assim, ditos empregados são considerados “velhos” e precocemente despedidos, sob o argumento de que possuem altos salários e não são suficientemente flexíveis para assimilar as novas tecnologias.

A tragédia é que a Constituição (art. 7º, inciso XXVII) prometeu proteger o trabalho humano dos efeitos da automação. Todavia, até hoje, nenhuma lei complementar foi editada nesse sentido.

Dessa forma, urge que o Estado regulamente o preceito constitucional que determina a proteção do trabalho humano, criando, *v.g.*, cotas de emprego ou salvaguarda de direitos trabalhistas e sociais que coloquem a salvo a dignidade da pessoa humana do trabalhador, garantindo os meios para lhe assegurar a própria subsistência e de sua família.

Tal não implica “obstar” ou “impedir” o avanço tecnológico, até porque isso seria impossível diante do poder criativo que marca a condição humana.¹¹ Todavia, cumpre proteger o ser humano da tecnologia que ele mesmo criou.

A necessidade de tal proteção, para além do que prevê a Constituição, é reconhecida até mesmo pela ficção científica, sintetizada nas três leis da robótica de Isaac Asimov¹², como bem lembra Paulo Dourado de Gusmão (1996, p. 388).

Assim, há que se editar leis e implantar políticas públicas que afirmem a dignidade da pessoa humana do trabalhador, colocando a tecnologia a serviço do homem e não o contrário, preservando os empregos e proporcionando adaptações e treinamentos aos trabalhadores para que esses, gradativamente, possam dominar as novas tecnologias e, diante da experiência acumulada, sugerir novas possibilidades e melhorias no desenvolvimento do trabalho e do processo produtivo em benefício da própria empresa. Trata-se de uma espiral positiva e ascendente, calcada na valorização do trabalho humano, secundado e potencializado pelas novas tecnologias, como de resto determinam o artigo 1º, III, e artigo 170, ambos da Constituição.

¹¹ Nas palavras de Comparato (2006, p. 435):

Enfatiza-se, porém, que a mundialização humanista não significa, de forma alguma, desprezo pelo saber tecnológico, ou o não-reconhecimento do seu papel insubstituível no processo evolutivo da espécie humana. Técnica e ética complementam-se, necessariamente, para impulsionar os povos e as civilizações a se unirem. A tecnologia, divorciada da ética, conduz à inevitável fratura da humanidade. A ética, ignorante do saber tecnológico, é ineficiente e vazia.

¹² Segundo Asimov (1999, p. 9), as três leis da robótica são as seguintes: 1. Um robô não pode prejudicar um ser humano ou, por omissão, permitir que o ser humano sofra dano; 2. Um robô tem de obedecer às ordens recebidas dos seres humanos, a menos que contradigam a Primeira Lei; 3. Um robô tem de proteger sua própria existência, desde que essa proteção não entre em conflito com a Primeira e Segunda Leis.

Tais políticas públicas são possíveis e nada mais são do que a prática daquilo que a própria Constituição promete: proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 111) observa:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.

Prova de que tais políticas são possíveis é a edição do recente Estatuto do Idoso, que manda o Poder Público criar e estimular programas de inclusão de trabalhadores idosos no mercado de trabalho, observadas as suas realidades específicas.¹³

Dignas de nota, também, são algumas ações do Poder Público visando reparar contratações discriminatórias que afastam os trabalhadores envelhescentes do mercado de trabalho¹⁴, contudo, ainda insuficientes. É necessário, pois, estender políticas semelhantes a todos os trabalhadores que, direta ou indiretamente, por força da automação, ficaram desempregados ou tiveram os seus contratos de trabalho precarizados.

¹³ Vide Lei n. 10.741 de 1º/10/2003, que institui o Estatuto do Idoso. Eis os artigos do referido Estatuto que versam sobre proteção do trabalho e políticas públicas de inclusão:

Artigo 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Artigo 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.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.

Artigo 28. O Poder Público criará e estimulará programas de:

I - profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;

II - preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania;

III - estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

¹⁴ A propósito, vale citar trecho da matéria publicada na *Revista "Tribuna 12"*, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, SC, intitulada "Obstáculo do tempo", redigida por Clayton Haviaras Wosgrau, Letícia Cemim e Vanderlei Ricken:

Contratação Reparatória. Se na contratação de executivos a discriminação por faixa etária pode aparecer de forma mais velada, nos anúncios dos classificados a limitação por idade é escancarada. Foi o que constatou o Núcleo Igualdade no Trabalho da Delegacia Regional do Trabalho (DRT) do Rio Grande do Sul, que, há três anos, vem fiscalizando ofertas de empregos publicadas nos jornais. 'Encontramos restrição nos anúncios inclusive para pessoa acima de 35 anos de idade', conta a coordenadora do Núcleo, a auditora-

Cor / Raça

Os que são discriminados pela cor (raça) também merecem políticas públicas de inclusão, como forma de ter acesso ao emprego formal em igualdade de condições com as pessoas que não sofrem esse tipo de discriminação.

No campo trabalhista, propriamente, não se vislumbra a existência de lei que crie incentivos ou facilidades para a contratação dessa parcela da classe trabalhadora que é discriminada, principalmente em face de empregos que exigem formação técnica ou superior.

Todavia, no campo da educação, o poder público vem implementando ações afirmativas, ampliando o acesso ao ensino público fundamental e médio e criando cotas para acesso de negros, mulatos e índios no ensino público superior.

A questão das cotas é polêmica, todavia, vem sendo gradativamente implementada nas universidades federais, por deliberação dos respectivos conselhos universitários. Digno de nota, também, é o ProUni¹⁵ - UNIVERSIDADE PARA TODOS, que é um programa de inclusão de alunos de baixa renda, no qual, em geral, os que são discriminados pela cor/raça também se incluem.

Não há como negar que tais medidas vêm combatendo tal modalidade de discriminação, já que, através do acesso à educação, os que são discriminados pela cor/raça podem reunir maiores condições no que se refere à formação cultural e profissional para pleitear, em igualdade de condições materiais, acesso ao mercado de trabalho.

De resto, nota-se que gradativamente a sociedade brasileira, em virtude inclusive de sua diversidade cultural, vem se mostrando mais tolerante e solidária, diminuindo sensivelmente essa forma perversa de discriminação. A mídia, até mesmo através das telenovelas, vem esclarecendo e ajudando a demover a discriminação pela cor/raça, ao passo que os próprios discriminados organizam-se em ONGs para promover ações de combate à discriminação.

A propósito, o Governo Federal criou uma Secretaria Especial, com *status* de Ministério, para desenvolver ações públicas de combate a essa forma de discriminação, com a gradativa inclusão de negros, índios, mulatos aos serviços sociais, inclusive ao mercado de trabalho.¹⁶

fiscal do trabalho Ana Maria Costa. Ao invés de simplesmente punir as empresas, a DRT gaúcha optou por uma solução pedagógica: a contratação reparatória. As empresas fiscalizadas assumem um termo de compromisso com o órgão estatal que prevê a contratação de uma pessoa acima de 50 anos para cada anúncio restritivo. 'Os pré-requisitos para essas contratações são os mesmos elencados no anúncio, só que sem a limitação de idade', explica a auditora. Só em 2006, foram firmados 56 termos de compromisso e realizadas 309 contratações reparatórias. Em razão dessa iniciativa, a DRT teve que autuar apenas cinco empresas no mesmo ano. (2007, p. 11)

¹⁵ ProUni. Vide *site*: <http://prouni-inscricao.mec.gov.br/prouni/>. Acesso em 13.02.2008.

¹⁶ Secretaria Especial de Políticas Públicas de Promoção de Igualdade Social-SEPPIR. Vide *site*: www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/ Acesso em 13.02.2008.

Então, as políticas públicas de inclusão dos que são discriminados pela cor/raça são viáveis e devem ser implementadas de forma, inclusive, mais incisiva, para extirpar de vez essa forma odiosa de discriminação, inaceitável em uma sociedade plural e aberta como é a brasileira.

Portadores de necessidades especiais

Os portadores de necessidades especiais necessitam de ações afirmativas para serem incluídos no mercado de trabalho, que vão desde adaptações na estrutura física da empresa até treinamentos para o desenvolvimento adaptado da atividade laborativa.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n. 9.394/96 - é pioneira no correto tratamento da questão, utilizando a expressão “portadores de necessidades especiais” e não “portadores de deficiência” como constava na própria Constituição, e mandando incluir ditas pessoas, preferencialmente, nas turmas do ensino regular.¹⁷

Mais do que isso, o art. 2º da Lei¹⁸ em questão consagrou expressamente o princípio da solidariedade e, com base nele, determinou a inclusão social dos portadores de necessidades especiais no ensino regular.

Digna de registro, no campo trabalhista, é a lei que determina às empresas a contratação de um determinado percentual de portadores de necessidades especiais.¹⁹

Tal lei, assim como a Lei do Primeiro Emprego, veicula políticas públicas de inclusão social, de ação afirmativa da dignidade da pessoa humana, colocando na formalidade um grande contingente de trabalhadores que, por serem portadores de alguma necessidade especial, são discriminados e excluídos dos postos de trabalho.

¹⁷ O art. 4º da Lei n. 9.394/96 - LDB - assim dispõe:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

¹⁸ O art. 2º da Lei n. 9.394/96 - LDB - assim dispõe:

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁹ Lei n. 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe, entre outros temas, sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei n. 7.853/89 e Lei n. 8.213, de 24 de julho de 2001, que, no seu artigo 93, obriga as empresas com 100 empregados ou mais a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Essa exclusão gera prejuízo à sociedade, já que esses sujeitos consomem recursos da seguridade social²⁰ quando, em verdade, podiam trabalhar em atividades produtivas formais, adaptadas às suas necessidades, buscando, eles mesmos (os portadores de necessidades especiais), a própria sobrevivência, com dignidade e sem assistencialismos.

É inegável que a seguridade social, nesses casos, seja necessária. De fato, ela é essencial para a manutenção da vida e da dignidade do portador de necessidade especial, inserindo-o, ante o princípio da solidariedade, no convívio social minimamente digno.

Todavia, em razão da própria dignidade da pessoa humana, a assistência e a previdência social devem funcionar como medidas supletivas, devendo o homem, o quanto possível, “ser” digno por seus próprios meios. Ou seja, é preferível que a inclusão social do portador de necessidade especial se dê, primeiramente, pelo emprego formal e, de forma secundária, pela seguridade social.

De todo o exposto, resta claro que a finalidade do Estado é buscar o bem comum. Resta claro, também, que, para atingir tal objetivo, o Estado está legitimado formal e materialmente pela Constituição para criar leis e implementar políticas públicas voltadas à manutenção e promoção da dignidade da pessoa humana, como forma de opor resistência à discriminação no mercado de trabalho.

7 O PAPEL DA JURISDIÇÃO NAS AÇÕES DE RESISTÊNCIA À DISCRIMINAÇÃO

De acordo com o pensamento clássico²¹, a jurisdição é inerte, isto é, ela só age se for provocada para tanto por um sujeito que pretende recompor um direito que entende lesado, ou que pretende constituir um novo direito ou, ainda, que pretende ver declarada a certeza de um determinado direito.

Mais do que isso, mesmo que provocada, a jurisdição não é livre para agir, visto que sua ação fica restrita aos limites do pedido formulado pelo sujeito, não podendo a jurisdição dizer menos, mais ou diferentemente do que foi solicitado pelo autor da ação.²²

Como se pode perceber, essa noção clássica de jurisdição está defasada e ultrapassada diante da realidade do Brasil. A injustiça social, que aqui grassa,

²⁰ De acordo com o artigo 194 da Constituição:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

²¹ Nessa linha, Miranda (1979, p. 70): “Ao juiz só excepcionalmente, isto é, com permissão pela lei, é dado julgar sem que haja iniciativa do interessado.”

²² A respeito, o artigo 128 do Código de Processo Civil assim estabelece:

O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

e a profunda desigualdade social que marcam o país somente poderão ser minimizadas, ou até mesmo superadas, através de um Poder Judiciário efetivamente atuante, que transcenda a noção clássica de poder inerte para ser um poder de ação transformadora.

Essa nova concepção de jurisdição, voltada às reais necessidades do povo brasileiro, foi muito bem delineada por Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 37):

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, 'a providência de seu povo', no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e ao desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõe.

Ditos autores, consagrados pela doutrina do direito processual brasileiro, realizam uma leitura modernizante e potencializadora da jurisdição, pondo em foco os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.

Com efeito, de acordo com o princípio da instrumentalidade, o processo nada mais é do que um instrumento criado pela cultura humana para viabilizar a aplicação do Direito a um dado caso concreto, com justiça e adequação à realidade social.²³

Diante disso, atentando-se à realidade brasileira, marcada por desigualdades sociais e por uma imensa maioria de pobres e excluídos, não se podem mais conceber instrumentos que contenham solenidades e formalismos exagerados, de linguagem técnica e de difícil compreensão. Tal ritualística apenas procrastina a solução do processo, além de se apresentar, por sua complexidade, muitas vezes ininteligível para a parte que procura, no Judiciário, a solução do seu problema.

Logo, o princípio da instrumentalidade deseja um processo simples e ágil, que viabilize a aplicação do Direito de forma mais pronta e clara ao cidadão, pacificando as relações sociais com realização de justiça social.

De outra parte, de acordo com o princípio da efetividade, a jurisdição só atinge o seu objetivo se realiza, com presteza e adequação, a justiça ao caso concreto.

Vale dizer, a jurisdição tem de fazer corresponder o Direito às necessidades e aos anseios sociais, visto que, do contrário, não será efetiva, já que entregará uma solução anacrônica ou distante daquilo que necessita e deseja a

²³ De acordo com Dinamarco (1994, p. 23):

A instrumentalidade é o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do Juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

sociedade.²⁴

Necessita-se, nessa esteira de entendimento, de uma nova concepção de jurisdição, pró-ativa, positiva, ágil e efetiva, que exerça uma atividade transformadora, aproximando o Direito aos reais anseios e necessidades da sociedade.

Não se quer com isso dizer que o Poder Judiciário possa agir sem quaisquer limites. Não é disso que se trata. O que se quer dizer é que a jurisdição deve efetivamente cumprir a sua missão constitucional, que é aplicar, com justiça, o Direito ao caso concreto.

Só que, para atingir esse objetivo, tendo em vista a injustiça social que marca o nosso país, a jurisdição tem de se libertar das amarras do formalismo ainda exagerado que as normas processuais impõem, para ficar mais próxima do povo e, aí então, promover as mudanças que este almeja e espera.

Os limites da jurisdição estão estampados na própria Constituição. De fato, a Constituição determina que as decisões tomadas pelo Judiciário devam ser fundamentadas²⁵, justamente para se poder aquilatar se ditas decisões são justas ou não.

Além disso, também como controle, a Constituição prevê o duplo grau de jurisdição²⁶, para que as decisões possam passar por uma revisão de justiça de um órgão jurisdicional superior, figurando o Supremo Tribunal Federal, em última instância, como órgão que avalia a constitucionalidade ou não da decisão tomada.

A Constituição, além de estabelecer limites à jurisdição, em verdade, legitima-a a sair de sua inércia conceitual para ser mais pronta e efetiva na redução das desigualdades e injustiças sociais.

²⁴ A respeito, Norberto Bobbio (2004, p. 45) assevera

que o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los.

Daí por que, de acordo com o referido autor,

não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

²⁵ O inciso IX do art. 93 da Constituição assim dispõe:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁶ A propósito, o inciso LV do art. 5º da Constituição estabelece:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

É que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e instrumentaliza todas as suas normas constitucionais para dar efetividade a esse fundamento. Vale dizer, a jurisdição está legitimada, por força da própria Constituição, para agir (leia-se: decidir) de forma concreta e efetiva, não só para proteger, mas também para promover a dignidade da pessoa humana.

Mas não se trata apenas de legitimação, já que a Constituição determina que a jurisdição paute suas ações na afirmação da dignidade da pessoa humana, já que tal é o fundamento, a razão de existir da própria jurisdição.

Isso tudo demonstra que a proteção e a promoção da dignidade humana não só autorizam como legitimam toda uma nova concepção de jurisdição, mais ativa e mais efetiva, voltada à promoção da justiça social, emitindo decisões que reduzam as desigualdades sociais, protegendo e promovendo os direitos sociais, nomeadamente em face dos efeitos precarizantes do fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas.²⁷

E, para cumprir tal missão constitucional, não basta apenas alterar as normas processuais para criar um instrumento mais claro, rápido e efetivo; é necessário também exercer o que aqui se denomina de “hermenêutica responsável”. Trata-se da interpretação do Direito adequada aos reais anseios e desejos sociais. Constitui-se numa interpretação transformadora do Direito, que o liberta dos seus rigorismos conceituais.

Em última análise, a hermenêutica responsável é aquela que pretende aproximar a Constituição formal da Constituição real, ou seja, que instrumentalize a Constituição formal para atingir as reais necessidades do povo.

Nas palavras de Ronald Dworkin (1999, p. 492):

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor,

²⁷ Para ilustrar a ideia que aqui se defende, cita-se o teor do Enunciado n. 12, aprovado pela 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, Escola Nacional de Magistrados do Trabalho - ENAMAT, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA e Conselho de Escolas de Magistratura Trabalhista - CONEMATRA, ocorrida nos dias 21, 22 e 23 de novembro de 2007, disponível em www.anamatra.org.br (acesso em 06.02.2008):

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfere o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.

mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

Se necessário for, o Judiciário deve fazer o uso alternativo do Direito, fazendo prevalecer a justiça no caso concreto, em detrimento do texto frio das leis, das súmulas ou dos instrumentos coletivos, num exercício de resistência e de responsabilidade social para com o país e o seu povo.²⁸

O juiz deve se empenhar na fundamentação de suas sentenças, para criar fonte jurídica sólida, que dê subsídios para a proteção e o aprimoramento dos direitos trabalhistas, através da afirmação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.²⁹

Nada mais justo e claro do que isso, já que é o povo quem dá legitimidade à Constituição, não podendo essa voltar-se contra as pessoas que lhe deram existência e sentido.³⁰

²⁸ Nessa linha, são as lições do professor Carvalho (2003, p. 41, 75 respectivamente):

1- Diz-se, pois, que o Juiz é neutro como se isso possível fosse. A única forma de uma pessoa ser neutra é estar fora do mundo, como se as coisas acontecessem abaixo dela. Na verdade ninguém, nem mesmo o cientista, pode ser neutro. Já se disse antes que o ato sentencial é fruto da ideologia do julgador (mesmo o da lavra dos positivistas - Dennis Lloyd, *op. cit.*, p. 183) e todos sabemos que a visão de mundo que temos é comprometida com a nossa história. Ao decidir, ou se está aplicando uma lei que não é neutra, ou se está aplicando uma justiça que também não o é.

2- O jurista, desde que orgânico, contribuirá para o avanço social. Sua missão fundamental é buscar utopicamente uma sociedade dirigida à solução dos problemas da maioria (ou seja, mais justa). Seu instrumento de trabalho (o direito) é arma para consagrar conquistas populares e para instrumentalizar conquistas futuras. Então, o direito não é necessariamente conservador. Só o será, como mero instrumento que é, se a ideologia-fim do jurista que com ele manipule for conservadora.

²⁹ A respeito, Santos OFM (2007, p. 113) assevera:

Decisões judiciais mais humanas e com visão aberta são capazes de impulsionar políticas públicas. Como exemplo, podemos citar que, graças a juízes corajosos e justos, milhares de jovens estão estudando em universidades públicas e particulares, favorecidos pela isenção de taxa do vestibular e do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM -, que garante vaga para o ProUni.

³⁰ Cabe, aqui, a lição de Chaïm Perelman (1996, p. 84/85):

[...] nos campos jurídico, político, filosófico os valores intervêm como base de argumentação ao longo de todo o desenvolvimento. Recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas, de modo que se tornem aceitáveis e aprovados por outrem.

Reitera-se que, assim agindo, a jurisdição não atuará de forma arbitrária ou insurgente, muito pelo contrário, atuará de forma legítima, controlada pela própria Constituição, pelos mesmos mecanismos antes mencionados (fundamentação das decisões e duplo grau de jurisdição).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação de alguns segmentos de trabalhadores perante o mercado de trabalho é um problema sério que precisa ser esclarecido e combatido.

A Constituição garante o direito à igualdade formal e material, na esteira do desejo da generalidade da população brasileira, devendo, por isso mesmo, ser observada e cumprida.

O princípio da proporcionalidade auxilia a operacionalização do princípio da igualdade, ajudando a estabelecer até que ponto as partes são iguais ou desiguais, bem como a proporção da medida a ser aplicada para nivelar, o mais possível, as partes envolvidas no caso concreto.

A própria Constituição indica, pelo menos, cinco modalidades de discriminação, que ocorrem por motivo do sexo, da idade, da cor/raça, do estado civil e do estado físico/psíquico da pessoa. A Carta proíbe todas elas, mas, no plano prático, continuam acontecendo pelos motivos mais variados.

Para combater ditas modalidades de discriminação ilícitas, vem sendo implantada a figura da discriminação positiva, também conhecida como ações afirmativas. Tal modalidade de discriminação, que é lícita, tem por escopo criar condições de parificação da pessoa discriminada em relação à pessoa dita não discriminada.

Essa parificação pode ocorrer de várias maneiras, a saber: incentivos para contratação, facilitação de acesso à educação com programas para pessoas de baixa renda, criação de cotas em universidades, criação de cotas para portadores de necessidades especiais, regras para impedir ou punir discriminações, etc.

A jurisdição, nesse contexto, assume papel de relevo, visto que lhe compete, para além da interpretação e aplicação responsável do direito, agir de forma pró-ativa, tomando medidas jurídicas para coibir as condutas discriminatórias e para minimizar a discriminação em si, zelando pelo fiel cumprimento da Constituição, que pugna pela construção de uma sociedade livre, igual, justa e solidária.

9 REFERÊNCIAS

- ASIMOV, Isaac. *O homem bicentenário*. Tradução de Milton Person. Porto Alegre: L&PM, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução da edição tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madri: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 6. ed., Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.
- GOMES, Renata Raup P. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: A constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OFM, Frei David Santos. Ações afirmativas e o judiciário o papel da magistratura nas demandas sociais. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Ano II, n. 3. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed., rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.