

# **FORMAS DE PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NA RELAÇÃO DE EMPREGO DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

## **WAYS OF PROTECTION AGAINST DISMISSAL WITH THE EMPLOYMENT DISCRIMINATION ACCORDING TO CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER**

Margarete de Cássia LOPES<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tratou sobre a proteção dos empregados diante da rescisão do contrato de trabalho, quando ocorre de forma comprovada a dispensa discriminatória. Buscou fazer a releitura do instituto da dispensa e os instrumentos de proteção, levando-se em conta a prevalência dos Direitos Humanos e os princípios da ordem econômica, tendo em vista a aplicação na relação de direito privado, em especial na relação de emprego. Foram estudados os meios de proteção previstos na legislação ordinária voltada ao tema, o instituto da reintegração ao emprego, as formas de indenização compensatórias e a criminalização do ato do empregador, levando-se em conta as tutelas específicas para cada uma das situações expostas. Foi dada relevância a Ação Civil Pública, enquanto um dos instrumentos de proteção, sob o enfoque da tutela coletiva, nas formas preventiva e inibitória. Por último, foram considerados para as mesmas defesas os atores Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos, levando-se em conta as suas potencialidades, atribuições e as vantagens existentes na atuação enquanto representantes ou assistentes processuais. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Dispensa discriminatória; proteção da relação de emprego; tutela coletiva

### **ABSTRACT**

This paper discussed about the protection of employees on the termination of the employment contract, when it occurs so proven discriminatory dismissal. Pursue to reread the Institute of layoff and hedging instruments, taking into account the prevalence of human rights and the principles of economic policy, with a view to application in respect of private law, in particular in the employment relationship. The safeguards provided for in ordinary legislation geared to the theme were studied, the institute's reinstatement to employment, forms of compensatory damages and the criminalization of the act of the employer, taking into account the specific guardianships for each of the situations described. Importance was given to Civil Action, as one of the instruments of protection, with a focus on collective protection, the preventive and inhibitory forms. Finally we considered the same defenses actors Ministry of Labor and Unions, considering their potential and existing advantages in

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Londrina; Docente da Rede Gonzaga de Ensino Superior – Unidade de Dracena/SP ; Presidente da 49ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Dracena/SP; Advogada em Dracena-SP.

its action as procedural representatives. We adopted the deductive method, with bibliographical and jurisprudential research.

Key words: Fundamental human rights, discriminatory dismissal, Legal Instruments of protection, Specific guardianships and Collective

## **INTRODUÇÃO**

Buscou-se com o presente trabalho trazer uma releitura da dispensa discriminatória e dos institutos de proteção do empregado levando-se em conta a proteção dos Direitos Fundamentais que fundamentam de forma direta e indireta os princípios do Direito do Trabalho, valendo citar em especial, a proteção da relação de emprego sob o prisma da dignidade do trabalho humano e sob a ótica dos princípios da ordem econômica.

Normas e entendimentos anteriormente consolidados passam a ser objetos de releitura por parte do legislador, da jurisprudência, de acadêmicos e demais operadores do direito, com vistas a coaduná-los com novos paradigmas a partir do status de Direito Fundamental alcançado pelos direitos trabalhistas na Constituição Federal, de forma a compatibilizá-los com as bases da República Federativa do Brasil e por sua vez com o Estado Democrático de Direito.

Sob o imperativo maior de proteção à dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, visa este artigo trazer para a discussão acadêmica os instrumentos jurídicos de proteção do trabalhador quando se depara com situações de dispensa discriminatória. Com a busca da concretização da doutrina constitucional dos Direitos Fundamentais, surgem decisões emanadas dos tribunais superiores buscando expurgar a conduta discriminatória praticada pelo empregador, não se permitindo que este ofenda Direitos Fundamentais durante a relação de emprego.

O valor trabalho é fundamental para o desenvolvimento do ser humano sob diversas óticas: física, psicológica, social e financeira, fazendo-se indispensável para o crescimento pessoal. Os cidadãos inseridos no mercado de trabalho dedicam grande parte do dia ao trabalho razão pela qual, no local da prestação do serviço deva prevalecer a urbanidade e o respeito entre as pessoas com constante busca da harmonia na convivência diária. O trabalho não é somente um instrumento de concretização da dignidade humana, condição de

subsistência, é também meio de construção da vida digna do homem, tornando-o principalmente em uma das formas de revelação da potencialidade humana.

A atividade econômica, empresarial, somente se justifica se resultar na valorização do trabalho humano de forma a propiciar vida digna, contribuindo para o bem-estar e distribuição de justiça social, com a prevalência os Direitos Humanos e os princípios que norteiam a ordem econômica.

Dada a relevância e atualidade do tema, a questão que se pretende examinar no presente trabalho reside na verificação da efetividade dos instrumentos jurídicos de proteção contra a dispensa discriminatória, tutelas específicas como reintegração, indenização e criminalização, bem como a utilização de tutelas coletivas preventivas e inibitórias como concretização das garantias constitucionais, no curso da relação de emprego e da atividade empresarial.

Por meio do método dedutivo, e com a utilização da pesquisa bibliográfica, pretende-se elaborar um estudo interdisciplinar, levando em conta a dispensa discriminatória sobre os mais diversos ângulos, estando os estudos sempre pautados nos Direitos Fundamentais, no caso específico, sob o ângulo da proteção do trabalho digno.

## **1 DA DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

Arendt coloca que a atividade humana pode ser estudada em várias concepções: “*Labor* é a atividade que atende às condições vitais do homem, envolvendo o consumo para seu crescimento espontâneo, metabolismo e declínio têm a ver com as necessidades de subsistência”. O trabalho já se volta à produção de mundo artificial de coisas que o homem erige para si, individualmente, diferente do mundo natural. Não se confunde com o Labor, voltado para o consumo. Por fim, a ação é a atividade que diz respeito à condição humana da pluralidade, diretamente entre os homens, sem relação com bens materiais. É a relação dos homens entre homens, tão somente, para partilha do mundo entre si, com caráter essencialmente político. (ARENDR, 1981, pp. 15-20)

Desta forma, os contratos de trabalho, como todos os outros, extinguem-se em razão de um fato que lhes põe fim. No ordenamento jurídico nacional localiza-se a rescisão, a resolução, a revogação, a rescisão e a força maior como causas de dissolução do contrato de trabalho.

A rescisão do contrato de trabalho ocorre, em vias normais, por acordo entre as partes em por fim ao contrato. No contrato de trabalho por prazo indeterminado, a rescisão espécie de dispensa própria dos contratos sucessivos e sem prazo, reflete-se de forma diversa, onde a possibilidade de distrato vem atribuída a ambas as partes por declaração unilateral.

Veja-se o conceito de dispensa extraído da obra de Amauri Mascaro Nascimento: “dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado” (NASCIMENTO, 2012, p. 1169).

E ainda segundo a obra “Instituições de Direito do Trabalho” defendida pelos autores Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segados Viana e Lima Teixeira:

“a rescisão unilateral configura um direito potestativo. A declaração de vontade traduz o exercício desse direito tem caráter receptício e, de regra não está subordinado a requisito de forma. Pela natureza receptícia a declaração, ela se dirige ao destinatário determinado, considerando-se o ato perfeito, independente de aceitação deste.” (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANA; TEIXEIRA, 2005, p. 562/563)

Assim, a dispensa discriminatória se encontra dentre as espécies de dispensas arbitrárias, classificada por Sérgio Pinto Martins, espécie de dispensa quanto aos motivos:

“motivos: imotivadas ou arbitrária, em que não há motivo específico para dispensa do trabalhador; motivada ou sem justa causa em que o trabalhador é dispensado por motivos de capacidade, tecnológicos, econômicos, financeiros; com justa causa, em razão de ato grave praticado pelo empregado. Tem fundamento no art. 482 da CLT; e discriminatória, conforme previsão da Lei nº 9.029/95;” (MARTINS, 2008, p. 346)

No conceito semântico do vocábulo tem-se conforme dicionário Houaiss da Língua Portuguesa:

“s.f ação ou efeito de discriminar ou diferenciar; capacidade de distinguir ou estabelecer diferenças; discernimento. Ação de afastar, segregar ou apartar; designação da ação de marginalizar ou tratar de maneira diferente ou parcial, devido a diferenças sexuais, raciais, religiosas”.

O conceito jurídico diz-se como ato que quebra o princípio constitucional da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas.

A Convenção 111 da OIT – Organização Internacional do Trabalho - possui dispositivo que muito contribui para compreensão do conceito dentro da relação de emprego:

“artigo 1º: Para fins desta Convenção, o termo discriminação inclui: “ a) toda distinção, exclusão ou preferência, feita com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha efeito de anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação. B) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou tratamento no emprego ou na ocupação, conforme pode ser definido pelo Membro em questão, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos convenientes”.

Para Delgado dispensa discriminatória traduz-se:

“a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação jurídica concreta por ela vivenciada. Esclarece que a causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou seguimento mais amplo de indivíduos cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc).” (DELGADO, 2002, p. 752)

Ressalta-se a conceituação proposta pelos juristas espanhóis, Manoel Alonso Olea e Maria Emília Casas Baamonde, segundo a qual é aquela caracterizada pela presença de “motivaciones determinantes de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento” (OLEA e BAAMONDE, 2000, p. 456).

Discriminação, portanto, seria uma forma diferenciada de tratamento dada a determinado indivíduo ou grupos de indivíduos, para situações iguais podendo-se dizer que se trata de valorização de estereótipos, em regra negativos, que ocorrem em relação à estética física, à doença mental ou incapacitante, à opção sexual e à etnia.

Segundo Olmos,

”Conclui-se, portanto, que a discriminação está intimamente ligada à diferenciação feita entre pessoas, em determinada situação, em razão de determinada característica, que, por si só, não interfere no bom andamento do trabalho, ou, ainda, que não possui qualquer relação com a atividade desenvolvida.” (OLMOS, 2008, p. 27)

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o indivíduo e o interesse social quando elegera dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, e este último, o valor do trabalho humano, como fundamento da Ordem Econômica, respectivamente artigo 1º incisos e art. 170 da CF. Somados a estes dispositivos tem-se o fundamento da proibição da discriminação no Estado Brasileiro, qual seja, o princípio da igualdade, (art. 5º “caput”) o seu conteúdo quando

empregado como proteção, inibe, coíbe ou não permite nenhuma forma de discriminação pessoal.

O fato dos referidos valores serem fundamentos da República Federativa do Brasil e esta constituir-se em Estado Democrático de Direito, significa que o Estado atrai para si a tutela dos mesmos, tornando-se guardião social impõe-se a imprescindibilidade de ações de proteção com a edição de leis, ações afirmativas com a instituição de políticas públicas, buscando a não ocorrência de qualquer dispensa discriminatória, e em ocorrendo a punição exemplar ao empregador que mantém atividade econômica em desacordo com os princípios constitucionais que norteiam todas as relações dos cidadãos brasileiros que vivem sob a égide deste Estado.

Constata-se que o constituinte, objetivando concretização dos fundamentos do Estado Brasileiro, inseriu no art.7º elementos essenciais da proteção da relação de emprego contra qualquer forma de discriminação, aplicando os princípios da igualdade, da liberdade e da isonomia, incisos XVIII, XIX, XX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV, todos da Constituição Federal.

Tratando-se de princípios constitucionais que garantem Direitos Fundamentais, os mesmos orientam toda a ordem jurídica infraconstitucional, aplicando-se na atuação dos particulares ao firmarem os contratos, no encaminhamento de espécies legislativas que possuam conteúdo discriminatório de forma negativa. E mais, obrigando o Estado a desenvolver discriminações positivas, quais sejam, regras ou leis que visam a proteger grupos socialmente segregados, atribuindo determinadas proteções e direitos específicos aos grupos que com frequência são vítimas de posturas discriminatórias.

Tem-se na relação de emprego que o empregador abusa de seu direito de comando em razão da situação de maior poder diretivo e financeiro, agindo com absoluto desrespeito em relação à dignidade da pessoa de seu empregado.

A obrigação de não discriminar equivale à restrição da liberdade do empregador e à limitação de seu poder diretivo em favor do empregado. Trata-se de limitação e se encontra em perfeita harmonia com o direito moderno, uma vez que a ordem jurídica nacional privilegia a função social da empresa e limita o poder do empregador, que não mais se admite absoluto, orientado a não mais preocupar-se exclusivamente com os interesses da própria empresa, mas ao desenvolver sua atividade econômica valorizar o trabalho humano, respeitando-o em primeiro lugar.

Vale dizer que, mesmo tendo pleno poder de direção de seu negócio, por ele respondendo em todos os aspectos (art. 2ª CLT), não pode o empregador agir de maneira exacerbada ou abusiva no exercício desses direitos.

O empregador, como todo cidadão brasileiro, é obrigado a tratar todos, principalmente seus empregados, com igualdade, quando em situação idêntica e na contratação e na demissão, ou seja, no início e fim da relação de emprego. Ainda, há que se respeitar o aspecto contratual da relação de emprego, sendo que estes devem seguir sempre os mesmos critérios gerais aplicados a todo e qualquer contrato, previstos no art. 422 do Código Civil, no que tange a boa-fé que obrigatoriamente deve orientar todas as fases do contrato de trabalho – pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Assim, ao firmar o contrato de trabalho muito cuidado deve existir, pois neste se encontra a condição ideal à discriminação, o fato de que no momento da contratação existe a sujeição de um homem pelo outro, decorrente das necessidades do primeiro de trabalhar para garantir sua sobrevivência e de sua família.

O empregador, por sua função de comando, pode agir em diversas situações de forma discriminatória, onde coloca o empregado em situação de humilhação e inferioridade. Quando a discriminação é direta, é de fácil percepção e ocorre por uma ação do empregador, ignorando quaisquer princípios ou dispositivos legais – sujeito ativo agredindo claramente o direito à igualdade - e ocorre quando este adota medidas ou políticas de gerenciamento em cuja finalidade se identifica atitudes discriminatórias contra uma pessoa ou um grupo de pessoas.

Na forma direta, o ato discriminatório é explícito, pois plenamente verificado a partir da simples análise de seu conteúdo, tais como exigência de idade (art. 7º XXX da CF), crença religiosa (art. 5º, VIII), situação familiar ou estado civil (existência de filhos como obstáculo à admissão de mulheres), filiação ou parentesco, convicção filosófica ou política, opção sexual, procedência e nacionalidade, estado de saúde, patrimônio genético, exercício de direitos.

A discriminação indireta, também advém de uma ação do empregador, aparentemente neutra, mas que, por via oblíqua, tem efeitos proibidos, discriminatórios e prejudiciais ao trabalhador ou a um determinado grupo de trabalhadores. Tem-se que o ato ilícito acoberta-se pelo manto da legalidade, mas na realidade, descumpra os direitos fundamentais do empregado, tornando-se mais difícil sua identificação e punição. Tem uma aparência de igualdade, mas na realidade consubstancia-se em uma situação de desigualdade.

Nas discriminações ocultas, o ato discricionário reveste-se de má-fé, porém este se dá de forma velada, não declarada e de difícil identificação, sendo disfarçado pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando a real intenção efetivamente discriminatória.

Mas em todas as situações é necessário coibi-las e buscar a responsabilização do empregador. No próximo tópico será estudada a dispensa discriminatória e suas formas de proteção, tendo como âncora os princípios constitucionais da ordem econômica.

## **2 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A proteção constitucional do emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista no inciso I do art.7º, não menciona expressamente a dispensa discriminatória que está inserida nos referidos conceitos e vem protegida por princípios e garantias fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, mas também pelos princípios que informam a Ordem Econômica do Estado Brasileiro, existindo inclusive proteção via legislação infraconstitucional conforme se verifica, por exemplo, através da Lei nº 9.029/95.

A interpretação majoritária do conteúdo do Inciso I do art.7º, não pode ser interpretado somente o sentido gramatical. Necessário alterar esta postura, estendendo a eficácia do conteúdo da norma, também sob a ótica da legislação internacional, como por exemplo, as convenções internacionais de Direito do Trabalho, impondo-se avaliação, discussão da mesma sobre o abuso de direito do empregador.

Quanto ao poder de contratar e dispensar, analisando-a sob a ótica da constitucionalização do princípio da continuidade da relação empregatícia e exigindo-se que a aplicação da mesma seja realizada considerando-se a hermenêutica constitucional do máximo de efetividade das normas da constituição, com a conseguinte ampliação da eficácia da norma prevista no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, reconhecendo-a como direito fundamental ao trabalho por ela tutelado.

O Direito Fundamental ao trabalho mediante a norma que protege a relação de emprego contra a dispensa discriminatória, deve levar em conta a intrínseca relação que o trabalho mantém com a dignidade humana.

Robert Alexy, defende que:



“os direitos fundamentais, vistos sob a finalidade do livre desenvolvimento da personalidade humana, ressaltando que o trabalho além de ser instrumento de concretização da dignidade humana, é o meio de construção da vida digna do homem”. (ALEXY, 2008, p. 90.)

O Direito ao Trabalho como essência do dispositivo constitucional que proíbe dispensa imotivada do trabalhador, principalmente a discriminatória, impõe ao Estado a implementação de instrumentos jurídicos para a concretização da proteção, voltando-se para a defesa do emprego, protegendo o trabalhador contra qualquer dispensa discriminatória, buscando a realização da dignidade do trabalhador, por meio de tutelas específicas como a integração e reparação de danos e tutelas coletivas por ação civil pública e outras ações afirmativas.

A dispensa discriminatória de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece o império da lei da oferta e da procura, impõe aos trabalhadores condições subumanas de trabalho, portanto, inadmissível a tolerância de atividade econômica desenvolvida sem a observância dos princípios constitucionais que a orientam.

É certo que atividade econômica empresarial e a propriedade privada são protegidas pela Constituição Federal, onde os proprietários ou sócios têm direito exclusivo de usá-las, usufruí-las desde que respeitando a função social da propriedade objetivando o bem estar da coletividade.

Levando-se em conta que a empresa é uma atividade econômica organizada que gera empregos, tributos, movimentação o mercado de produção com a compra e venda de produtos e prestação de serviços, a mesma, ao desenvolver suas atividades, cumpre a sua função econômica, existindo para gerar riquezas, garantir o trabalho, ou seja, para promover o desenvolvimento econômico.

Porém, de acordo com o previsto no art. 174 da CF, o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O Direito Econômico organiza as relações existentes normatizando a produção, circulação de produtos e serviços buscando o desenvolvimento econômico do país.

Segundo Toledo:

“a concreção ou eficácia das normas constitucionais de natureza econômica deve guardar simetria com as possibilidades respectivas e, sobretudo, com as necessidades reveladas pela dinâmica da economia sem o que, a despeito da força normativa das mesmas, não se alcançarão os objetivos propostos pela constituição formal, especialmente aqueles postos no

art. 3º da Carta Magna (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil) e no art. 170 e incisos”. (TOLEDO, 1999, p. 257)

É certo que a Ordem Econômica definida na Constituição Federal faz opção por um sistema na qual atribui um papel primordial à livre iniciativa o que se deflui dos preceitos veiculados pelos artigos, 1º, 3º e 170 a CF enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e para a sociedade. A livre iniciativa é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Na composição, entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, ou seja, o interesse público primário.

A Ordem Econômica constitucional propõe-se em dois princípios essenciais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que se apresentam como condições que se impõem à atividade econômica que deverá observá-los, consagrando uma economia de mercado com uma ordem econômica que prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais. Essa importância objetiva fixar o caminho a ser seguido pelo Estado quando promove intervenções na economia para a concretização dos valores essenciais do trabalho. O direito à propriedade privada não pode ser exercido egoisticamente, de forma improdutiva e em afronte à dignidade humana, devendo cumprir sua função social.

A livre concorrência é princípio basilar, pois assegura a cada indivíduo a oportunidade de participar da atividade econômica igualmente e colher os frutos produzidos em razão de seus esforços.

Observa-se que os princípios gerais da atividade econômica são direitos fundamentais (propriedade e liberdade), fundamentos da República (soberania, dignidade, valorização do trabalho), objetivos da República (justiça social, redução das desigualdades regionais) e diretrizes da atuação Estatal, de maneira que a sua eficácia está sendo condicionada ao exercício da atividade econômica nos termos da norma contida no art. 170, combinada de forma una e sistemática a todos os demais princípios correlatos.

A Constituição Federal consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, pois a livre iniciativa revela a adoção de política da forma de produção capitalista como o meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais no direito brasileiro, ou seja, os indivíduos que, por meio da atividade social útil a que se dedicam livremente, devem procurar a realização da justiça social, e portanto do bem-estar social. Somente através da aproximação da economia ao Direito do Trabalho ter-se-á a humanização das relações econômicas e, como ensinava John Maynard Keynes, na “Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro” por Carlos Araújo (ARAÚJO, 1995, p. 50.) “Histórias do Pensamento

Econômico – Uma Abordagem Introdutória”: “... o desenvolvimento econômico só se justifica se ao mesmo tempo tivermos o desenvolvimento social”.

Segundo GRAU em sua obra “A Ordem na Constituição de 1988”:

“... o empresário/empreendedor tem a liberdade de escolher a combinação dos fatores produtivos, isto é, dose a quantificação dos fatores segundo o próprio critério de conveniência, ampliando ou restringindo a produção segundo esse mesmo critério, não se pode pensar em restrições à despedida pura e simples de trabalhadores, e muito menos a discriminatória, pois só se justifica a atividade econômica respeitando a dignidade da pessoa humana”.( GRAU, 2011, p 262.)

Assim, os condicionamentos à liberdade de iniciativa na atividade econômica surgem exatamente na proporção em que se verifica a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. A liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão somente a liberdade de desenvolvimento dessa atividade nos moldes fixados pelo Ordenamento Jurídico, dentro dos limites normalmente impostos a essa liberdade.

Ocorre que, os maiores problemas do mercado de trabalho reside na baixa qualidade dos empregos gerados e na grande instabilidade da relação empregatícia, fazendo surgir facilmente situações de dispensa discriminatória.

Jorge Souto Maior destaca o seguinte ensinamento de Karl Larentz, quando este autor analisa a relações jurídicas sob o aspecto da teoria geral do direito:

“a vinculação em uma dada relação jurídica não retira da parte seu direito subjetivo fundamental, que é direito da personalidade, que se insere no contexto da proteção da dignidade humana, e que pode ser exercido em face de qualquer pessoa, logo o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o preveem, encontra, naturalmente, seus limites na noção de abuso de direito e no princípio da boa-fé.” (KEYNES, 1983, p. 101)

Os direitos da personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo agressões, ofensas claras a esses direitos, a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que se perde o meio de sua subsistência, em razão de sua cor, opção sexual, portador de doença contagiosa, dentre inúmeras outras situações de dispensa discriminatória.

Atualmente, é importante a compreensão que as atividades econômicas devem ser realizadas em observância aos princípios constitucionais que a informam e que, portanto a empresa possui função social, a qual deve ser concretizada em todas as suas ações. Destaca-se a o conceito de compromisso social publicado em recente obra de autoria de David Grayson e

Adrian Hodges, defendem os autores que uma empresa socialmente irresponsável é economicamente inviável (GRAYSON e HODGES, 2002, p. 29).

A Constituição da Republica Federativa, com a adoção dos princípios que orientam as atividades econômicas busca efetivação destes e impõem um alcance social nas suas relações com os trabalhadores, consumidores e meio ambiente, objetivando o fomento do desenvolvimento sustentável em todas as suas acepções.

O direito, em sua função de regular a vida social, atua com regras de caráter positivo e negativo. As regras positivas, que imputam vantagens jurídicas em favor de seus titulares ou incentivam atos socialmente valorizados. As regras negativas, que inviabilizam a prática de condutas agressoras sobre o patrimônio moral e material dos indivíduos.

É necessário que a ordem jurídica nacional avance no combate à discriminação, pois somente com a consolidação da democracia ter-se-á campo fértil para a sua eliminação. Todos se tornam iguais no plano da participação política. Como destaca Luigi Ferrajoli: “a igualdade, sob a forma de universalismo dos direitos a todos é conferidos, é também constitutiva da unidade política das pessoas entre as quais se manifesta”. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social. (GRAYSON e HODGES, 2002, p. 29).

Consequentemente tem-se que a não discriminação nas relações de trabalho e a proteção ao emprego, o que significa a proibição de rescisões contratuais na forma desmotivada, por contrariar frontalmente os princípios basilares da ordem econômica constitucional, o que por sua vez implica dizer que a proteção ao trabalho humano acha-se mais potencializada na parte referente à ordem econômica em comparação com os dispositivos constitucionais específicos referentes aos Direitos Sociais.

### **3 MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 9.029/1995 – TUTELAS ESPECÍFICAS: INTEGRAÇÃO, REPARAÇÃO DE DANOS E CRIMINALIZAÇÃO**

Para o ato ser considerado discriminatório em relação ao empregado, o mesmo deve produzir algum tipo de prejuízo a ele, quer moral ou material. É certo que o ato ilícito discriminatório sempre produzirá prejuízo moral que, por sua natureza, fere a dignidade, a intimidade e muitas vezes a própria hombridade do ser humano.

Assim, uma vez constatada a existência de prejuízo em razão do ato ilícito provocado ou tolerado pelo empregado, que possua conteúdo discriminatório, pode o trabalhador requerer a reparação moral e material dele decorrente.

Nesse sentido, a Lei nº 9.029/95, constitui-se um progresso da nossa legislação, uma vez que fixa penalidades que se referem tanto em pagamento de multas pecuniárias, quanto em obrigação de fazer, destacando-se o art. 1º da Lei referida:

“Art.1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Conclui-se da análise do referido dispositivo legal que é vedado/proibido ao empregador, quando da contratação, desde a fase pré-contratual, emitir anúncios que determinem algum tipo de identificação, e também não pode adotar quaisquer práticas que possuam natureza discriminatória durante a relação de emprego ou após o término dela.

Ainda que alguns autores diverjam, a maioria entende ser necessário considerar que as situações descritas na referida lei são exemplificativas, podendo-se aplicar as penalidades, por analogia, a qualquer situação discriminatória que cause prejuízo ao indivíduo, nos termos do artigo. 4º, da Consolidação das Leis Trabalho, como também do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A citada lei, objetivando ressaltar a proteção do bem jurídico constitucionalmente garantido, a igualdade, no seu artigo 2º, criminaliza as situações ali descritas, veja-se:

“Art. 2º. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:  
I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou o estado de gravidez;  
II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:  
a) Indução ou instigamento à esterilização genética;  
b) Promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento de planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).  
Pena: detenção de um a dois anos e multa;

A criminalização objetiva a concretização dos valores fundamentais do trabalho, pois a imputação de pena de detenção, além da pena administrativa e pecuniária, comprova a relevância da proteção quanto ao direito à igualdade. Porém na prática referida

medida punitiva não trouxe o resultado pretendido, não conseguindo assim impedir as práticas discriminatórias na relação de emprego.

As previsões legislativas se encontram na seara individual do trabalhador e ainda são propostas individualmente dentro da reclamação trabalhista, após a rescisão do contrato de trabalho.

É necessário o fomento de instrumentos de proteção preventiva como por exemplo, utilizando-se de tutelas coletivas, que produzirão resultados de caráter geral buscando a eliminação da discriminação e não somente a indenização dos danos após o ocorrido.

Constata-se que o legislador ordinário buscou regulamentar, enunciando hipóteses em que se verifica a dispensa discriminatória, objetivando assegurar a concretização dos princípios constitucionais da igualdade e da proibição absoluta de qualquer forma de discriminação bem como a punição de tais práticas.

Conforme vem sendo tratado no presente artigo, a Constituição Brasileira dispõe sobre os direitos e garantias individuais no artigo 5º, sendo estes auto-aplicáveis. A Carta Política brasileira está fundamentada na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sob o Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a V).

Destaca-se a considerações de Trindade quanto trata da “construção da moderna cidadania se insere assim dentre outros direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atuação especial ao atendimento das necessidades básicas da população a começar pela superação da pobreza extrema e a construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos”. (TRINDADE, 1998, p. 88-89)

Assim, constata-se que os princípios constitucionais ampliam os Direitos Fundamentais e conduzem as ações dos Poderes da República para a garantia a esses direitos. Porém, uma das maiores preocupações dos estudiosos se volta para a efetividade destas previsões constitucionais.

Observam-se no ordenamento jurídico nacional legislações trabalhistas que protegem minimamente os Direitos Humanos, focando referida proteção apenas e tão somente no momento posterior à ocorrência da discriminação. Verifica-se ainda que existam legislações que, ao fomentar a instalação de atividades econômicas e comercialização de seus produtos com menor custo, buscando maior competitividade, produzem consequências sérias de desrespeito aos Direitos Fundamentais do trabalhador.

No sistema de prestação jurisdicional brasileiro, predomina o acesso à justiça individualmente, o que se traduz em grande dificuldade de concretização dos Direitos Humanos, pois na ausência de uma prestação jurisdicional que atenda às reclamações dos trabalhadores por tutelas coletivas pode resultar na própria impunidade aos ilícitos praticados em face da preocupação do trabalhador em se expor individualmente.

O modelo brasileiro de busca pelo efetivo cumprimento da legislação trabalhista, concretização do direito do reclamante, na grande maioria das vezes se realiza por tutela individual e, em regra, após a rescisão do contrato de trabalho, ou seja, depois que o dano ocorreu.

Discute-se na atualidade novas formas de solução de conflitos, pois embora o acesso a justiça seja garantia constitucional (art. 5º), para que se realize as partes devem ser atendidas em suas expectativas e necessidades, o que não vem sendo realizado, em especial na forma preventiva.

Sabe-se que a máquina estatal se revela incapaz e estafada na prestação de serviços ao cidadão. Os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo estão cada vez mais desacreditados pela morosidade, aumento de gastos, falta de planejamento que não atendem às demandas atuais.

Desta maneira faz-se imprescindível a mudança na legislação para tornar o sistema processual brasileiro efetivo para que atenda às necessidades dos cidadãos. Nesse sentido surgem a busca de direitos por tutelas coletivas efetivas, objetivando o impedimento do ato ilícito, no caso, da prática de qualquer discriminação na relação de emprego.

Para Dinamarco: “A ação coletiva possui grande relevo no que atina ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, diante da vocação inata de proteger um número elevado de pessoas mediante um único processo.” (DINAMARCO, 2001, p. 268/273)

A Consolidação das Leis do Trabalho traz dispositivos com conteúdos coletivos, como por exemplo, quando trata da ação de dissídios coletivos. Somente em 1990, com a Lei 8.078 de 11 de setembro, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, e que nos incisos do art. 81 define os conceitos de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos, têm-se um contorno da abrangência das tutelas coletivas.

No Direito do Trabalho, verifica-se grande inovação quanto à tutela coletiva no âmbito da Justiça do Trabalho, com a promulgação da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que introduziu o artigo 83, inciso III, à Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Em síntese, seguindo os ensinamentos de Leite. “Código de Processo Coletivo” está constituído por: “aplicação direta e simultânea das normas da CF (art.129, III e IX, 8, III e 114) da LOMPU (Lei Complementar n. 75/93, art.83, iii, 84, caput) da LACP (Lei 73/47/85) e pelo Título III do CDC (Lei n. 8.078/90), restando à CLT e ao CPC o papel de diploma legais subsidiários”. (LEITE, 2009, p. 137).

Necessário destacar algumas das vantagens na busca pela concretização de Direitos Humanos do trabalhador por instrumentos de proteção de tutela coletiva: a) o pedido sendo coletivo, o risco de retaliação do empregador fica muito reduzido; b) a decisão alcança a todos que se encontram na mesma situação, produzindo a eliminação do fator discriminatório dentro da relação de emprego, na categoria; c) a verdadeira prestação jurisdicional, pois efetiva e útil, concretizando o acesso à justiça; d) a busca por tutela jurisdicional no curso da relação de emprego, pois, ao final do contrato, a pretensão do trabalhador, muitas vezes, tem sido atingida pela prescrição, dentre outras.

Da análise das legislações pertinentes, consta-se que, atualmente, são legitimados para promover por tutela coletiva a defesa dos trabalhadores, o Ministério Público e os Sindicatos.

O Ministério Público, por força de destinação institucional, deve voltar atenção para a tutela coletiva contra todas as formas de discriminação (BRASIL 2009, p. 69-87). E ainda, segundo ensina Mazzilli:

“já deve o Ministério Público zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos dos idosos assegurados na CF; dessa forma, deve cobrar, até em juízo, a observância de normas constitucionais e ordinárias que dispõem sobre a proteção à pessoa idosa incluindo a fiscalização de asilos, casas e clínicas de repouso e ajuizamento de ações que exijam o cumprimento de garantias e direitos constitucionais da categoria”. (MAZZILLI, 2001, p. 471)

Referidos ensinamentos se aplicam analogicamente aos interesses coletivos de natureza trabalhista, a quaisquer lesões genéricas e potenciais, a toda coletividade de empregados de uma determinada empresa, em relação a qualquer dos direitos constitucionalmente garantidos pela CF, art.º 7º, LC 75/93, art. 83, inciso III.

A Ação Civil Pública no Direito do Trabalho, a Lei 7347/85, confere legitimidade aos entes públicos: 1) Ministério Público do Trabalho, para defender a ordem jurídica protetiva, a atuação do órgão ministerial está relacionada à matéria tratada, já que o ajuizamento objetiva a defesa de interesse público através de interesses “ que não sejam meramente coletivos, mas que transcendam os limites de uma categoria para se tornar



pretensão de toda sociedade”; 2) Sindicatos, para defender os trabalhadores protegidos pelo ordenamento jurídico laboral; Normalmente, a Ação Civil Pública é precedida de inquérito civil com a finalidade de tentativa de composição administrativas de litígios – termo de ajuste de condutas - evitando a propositura de ação e também para colheita de provas. As decisões obtidas nas Ações Cíveis Públicas possuem natureza cominatória (art. 3º, a imposição de obrigação de fazer ou não fazer, com cominação de multa) ou condenatória genérica (art. 13º - Fundo Genérico de Reparação) I; ressalte-se que a legitimidade é concorrente para propor ação civil pública trabalhista, ou seja, tanto é do Ministério Público do Trabalho (CF, art. 129, III) quanto dos Sindicatos (art.129,§1º, art.8,III da CF); (NASCIMENTO, 2002, p. 475)

Além disso, por proteger os direitos metaindividuais de ordem trabalhista, o Ministério Público do Trabalho realiza papel fundamental na sociedade atual, em que as lesões aos direitos e interesses, na grande maioria das vezes, possuem conotação coletiva ou transindividual.

O Ministério Público do Trabalho é a instituição permanente, essencial à Justiça, promovendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF/1988), a atuação do Parquet do trabalho apresenta relevância diferenciada para o bem comum, justamente por defender os Direitos Humanos Fundamentais de ordem social, pertinentes às relações de trabalho, concretizando o fundamento constitucional do Estado Brasileiro de dignidade da pessoa humana (arts. 1º, II,III e IV; 3º, I, III w IV; 5º; 6º; 7º; 8º; e 9º; da CF/1988).

Desta forma, a Ação Civil Pública surge como instrumento adequado e efetivo para proteger interesses metaindividuais, como a ofensa aos direitos de classes de trabalhadores, minorias discriminadas na relação de emprego, de grupos ou categorias com problemas intrínsecos, protegendo inclusive o dano moral coletivo, que vem definido por Xisto:

“Em síntese, o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta imprimida a determinados interesses não materiais, sem equipotência econômica, porém concebidos como bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (por exemplo o bem-estar, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano(abrangendo todas as áreas de extensão de sua dignidade) podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas” (XISTO, 2004, p. 54/55)

Trata-se a Ação Civil Pública de instrumento jurídico eficiente na proteção do empregado preventivamente contra atos discriminatórios, em especial no momento da extinção do contrato de trabalho, não podendo suprimir o seu emprego antes ou durante o contrato de trabalho.

Na verdade, o que se pretende é ver demonstrada a mudança de paradigmas, se comparado ao modelo atual. Em síntese, deixar em parte a proteção individual, primando pela coletiva e adotar o modelo da prevenção do dano em lugar da sua reparação..

## **CONCLUSÃO**

Buscou-se no presente artigo analisar a dispensa discriminatória e os meios de proteção existentes no ordenamento jurídico nacional sob a ótica dos princípios da ordem econômica, que se encontram contidos em especial no artigo 170 da Constituição Federal. De acordo com os princípios da ordem econômica, todas as formas de relação de trabalho, em especial a relação de emprego, devem resultar na valorização do trabalho humano de forma a propiciar condições de vida digna, contribuindo para o bem-estar e distribuição de justiça social (art.193 da Constituição Federal), reconhecendo-se também que deve prevalecer nas relações privadas a observância dos Direitos Fundamentais, especialmente no contrato de trabalho, exatamente pela diferença de forças entre os sujeitos - o empregador, mais forte, impor sua vontade sobre o empregado, mais fraco - e em razão do objeto estar diretamente ligado à sobrevivência digna e pela enorme relevância do valor dos Direitos Humanos no atual universo jurídico

Verificou-se que as medidas de proteção previstas na Lei nº 9.029/95 não conseguem ser efetivas na forma de prevenção, pois dispõem sobre situações ocorridas, ou seja, após a efetivação da dispensa, contendo instrumentos de proteção com previsão de tutelas específicas de reparação integral, como a reintegração, indenização, ou seja, tudo se resolve em perdas e danos e ainda quanto a previsão de criminalização sequer foi encontrada aplicação às situações concretas.

Quanto ao instrumento de proteção preventivo coletivo, realizado através da Ação Civil Pública, tendo como legitimados o Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos em defesa dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores conclui-se ser o instrumento de proteção mais efetivo, com as seguintes vantagens: 1) da promoção de defesa dos trabalhadores sem a necessidade de nominá-los, identificá-los, trazendo pedido coletivo reduz-se o risco de retaliação; 2) trabalha com a tutela preventiva ou inibitória impedindo a

ocorrência de danos que, na maioria das vezes, são irreversíveis, sendo a prevenção a verdadeira forma de eliminação dos conflitos e ofensas aos Direitos Fundamentais e 3) a sentença na Ação Civil Pública tem efeito “erga omnes”, evitando multiplicidades de ações que seriam propostas nas Varas do Trabalho, ou seja, contribuem para o acesso à Justiça.

Concluindo, a dispensa discriminatória de trabalhadores, no cenário atual de elevados índices de desemprego, favorece ainda mais a prevalência da lei oferta e da procura, impondo aos trabalhadores condições de trabalho com redução de salários e demais vantagens, ferindo textualmente a dignidade do trabalhador, o que justifica cada vez mais a adoção de medidas de proteção, políticas públicas, ações afirmativas, objetivando a eliminação de práticas discriminatórias da relação de emprego.

Ficou demonstrado que a prestação jurisdicional na forma de tutela individual para a reparação de danos já ocorridos não é a melhor maneira de efetivação dos Direitos Fundamentais. Também, restou demonstrada que a tutela coletiva é atualmente a maneira mais adequada, juridicamente falando, de alcançar a melhor proteção.

Não é possível permanecer indiferente a estas situações tão injustas, em pleno Século XXI. Devem ser aperfeiçoados os instrumentos de proteção sociais, até porque uma sociedade somente pode se construída com base em uma normatividade jurídica caso esta forneça a efetiva segurança jurídica, através da adoção de medidas de proteção eficazes para que as injustiças não se legitimem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

ARAÚJO, Carlos. *Histórias do Pensamento Econômico – Uma Abordagem Introdutória*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 50.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Florense Universitária, 1981, pp. 15-20.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. 5 ed., São Paulo : Saraiva, 2009, pp 69-87.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2002, p. 752.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p 268/273.

Ferrajoli, Luigi. La igualdad y sus garantías. In: SARLO, Oscar & BLANCO, Andrés, *El principio de igualdad. En la teoría del derecho y la dogmática jurídica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp 7/9.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15.ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 262.

GRAYSON, David e HODGES, Adman. *Compromisso Social e Gestão Empresaria*. São Paulo:

KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*. São Paulo: Abril Cultura, 1983, p. 101.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 7ª Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 137.

MARTINS Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 346.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 471.

NASCIMENTO Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Ed., 2012, p. 1169.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 21 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 475.

OLEA, Manuel Alonso, e BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho Del Trabajo*. 18ª ed. Revisa. Madrid. Espanha: Civitas, 2000, p. 456. Em tradução livre “(...) presença de motivações determinantes da vontade de dispensar opostas a princípios essenciais do ordenamento.”

OLMOS, Cristina Paranhos, *Discriminação na relação de emprego e proteção contra dispensa discriminatória*. São Paulo: Editora LTR, 2008, p. 27.

Publifolha, 2002, p. 29.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed, Vol. 1, São Paulo: Editora LTR, 2005, p. 562/563.

TOLEDO, Gastão Alves de. Aspectos do Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural celebrado com a Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 07, n. 28, jul/set. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 257.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998, p. 88-89.

XISTO, Tiago Medeiros Neto: *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: Editora LTr, 2004, p. 54/55.