

DIREITO AO TRABALHO COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL: PROIBIÇÃO DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA E DISCRIMINATÓRIA

RIGHT TO WORK AS A FACTOR OF SOCIAL INCLUSION: PROHIBITION OF ARBITRARY AND DISCRIMINATORY DISMISSAL

JUNIO BARRETO DOS REIS

Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná -UENP. Pós-Graduado em Direito do Estado pelo PROJURIS/FIO. Bolsista da CAPES

ILTON GARCIA DA COSTA

Professor do Mestrado e da Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Anchieta – SBC – Grupo Anhanguera Educacional. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP. Membro da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Membro do Instituto Jaques Maritain – Brasil. Advogado Militante. Matemático.

RESUMO

A Constituição da República, em seu art. 7, inc. I, conferiu aos trabalhadores a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que fixará uma indenização compensatória, dentre outros direitos. Considera-se que, apesar da presente norma deixar à lei complementar em estipular indenização compensatória e outros direitos, ela tem aplicação imediata, isto é, proíbe o empregador de dispensar o trabalhador de forma discriminatória, seja por raça, cor, sexo, etnia, gênero, doença etc. Do mesmo modo a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho, veda qualquer tipo de discriminação em relação ao empregado. Todavia, ocorrendo a dispensa discriminatória do empregado, este tem o direito de pleitear a sua reintegração com ressarcimento

integral de todo o período de afastamento ou recusando a reintegração ao posto de trabalho, este fará jus a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, de acordo com a Lei nº 9.029/1995, além do direito em pleitear indenização por danos morais, em razão de ter sofrido afronta à sua dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Dispensa Arbitrária e Discriminatória; Proibição.

ABSTRACT

The Republic Constitution, in its art. 7, inc. I, gave workers the protection against arbitrary dismissal or without just cause, in terms of supplementary law which shall determine compensatory damages, among other rights. It is considered that, in spite of this standard let the complement law in stipulate compensatory damages and other rights, it has immediate application, that means, prohibits the employer to dismiss the employee in a discriminatory manner, whether by race, color, sex, ethnicity, gender, disease etc. In the same way, the Convention No. 111 of the International Labour Organization prohibits any type of discrimination in relation to the employee. However, occurring the discriminatory dismissal of the employee, this one has the right to demand his reinstatement with full compensation for the entire period of leave or refusing reinstatement to the workplace, this one will be entitled perception, in double compensation for the period of removal, according to Law No. 9.029/1995 plus the right to claim compensation for moral damages by reason of having undergone affront to his dignity.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Arbitrary dismissal and Discriminatory; Prohibition.

INTRODUÇÃO

O tema apresenta em seu bojo uma reflexão jurídica e política importante. Diante dos avanços tecnológicos e da competitividade que se instala no cenário empresarial, tem-se observado uma constante rotatividade de mão de obra humana entre os trabalhadores que se encontram com alguma limitação física ou mental, e

ainda, torna-se mais remotas as chances de continuar em seus postos de trabalhos àquelas pessoas que pertencem a grupos socialmente minoritários, vítimas de discriminação.

Com a crescente taxa de desemprego desses grupos vulneráveis, conseqüentemente aumentam-se as desigualdades sociais e econômicas, gerando a exclusão dessas famílias, que ficam sem uma garantia de subsistência material. O resultado dessa exclusão social são as elevações dos índices de violência e de miséria nas comunidades. Dentro dessa ótica social, é de extrema importância que o trabalhador, independentemente de sua classe econômica ou social, tenha seu emprego garantido para a concretização de sua dignidade como ser humano.

No presente estudo, iniciou-se uma abordagem sobre a conceituação de despedida arbitrária com caráter discriminatório e a sem justa causa, a fim de demonstrar que as suas conseqüências jurídicas são diferentes. Discorreu-se sobre a proteção do emprego na Constituição Federal, principalmente a análise do inciso I, do art. 7º, que apesar da falta de lei complementar para regulamentá-lo, entende-se que o constituinte protegeu o trabalhador contra a dispensa arbitrária e discriminatória. Discorrerá no presente artigo sobre a possibilidade de aplicação imediata do citado inciso e principalmente a função da lei complementar, caso venha a ser editada.

Por fim, será estudada a proibição de despedida arbitrária e discriminatória do trabalhador, analisando sob a ótica de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, além de outros direitos que o trabalhador deve pleitear caso venha a ser dispensado de maneira discriminatória.

1. CONCEITO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA (DISCRIMINATÓRIA) E SEM JUSTA CAUSA

A despedida arbitrária ou sem justa causa corresponde a uma espécie de rescisão unilateral do contrato, no qual o empregador, por sua exclusiva vontade, põe término à relação de trabalho.

A despedida arbitrária é conceituada pela Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 165, como sendo aquela em que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Entende-se por motivo disciplinar a violação de uma norma da empresa por parte do empregado. Motivo técnico refere-se ao encerramento das

atividades da empresa, seja ele total ou apenas de um setor, também a substituição da mão de obra por máquinas, ou até o mau aproveitamento do empregado. Por motivo financeiro entende-se como a falta de recursos para a manutenção da estrutura empresarial. Motivo econômico está ligado à crise econômica que pode assolar o Brasil ou o mundo. (MARTINS, 2005, p. 371)

Nesse diapasão, ensina Gilberto Augusto Martins citado por Silva e Saladini:

Não se baseando a dispensa em mau aproveitamento do empregado (motivo técnico), em comportamento inadequado (motivo disciplinar) ou se não vier fundamentada em questões de ordem estrutural da própria empresa (motivo econômico ou financeiro), restaria caracterizada a dispensa arbitrária. (2010, p. 246)

O artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho elenca os motivos que considera lícitos para a dispensa do empregado e de outro lado, o legislador, por meio da Lei 9.029/95, tratou de enumerar os motivos que não considera válidos para justificar a dispensa do trabalhador, considerados como arbitrários e discriminatórios, que são as dispensas por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ou seja, dispensas que afrontam os direitos fundamentais do cidadão. Assim, em razão da despedida arbitrária violar direitos fundamentais ela é considerada também discriminatória.

Já a despedida sem justa causa é aquela cuja efetivação ocorreu sem a presença de um (ou mais de um) dos requisitos caracterizadores da justa causa, elencados no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho ou a que a dispensa esteja fundada em algum motivo técnico, econômico ou financeiro. (TEIXEIRA, 1998, p. 151)

Não é por acaso que a Constituição Federal em seu art. 7º inc. I tratou expressamente da despedida arbitrária (discriminatória) e a sem justa causa. A intenção do constituinte foi a de dar tratamento diferenciado aos efeitos às duas modalidades de dispensas.

Assim, será dado ênfase na despedida arbitrária e discriminatória, já que a despedida sem justa causa é permitida pela Constituição Federal, desde que o empregador pague os 40% do FGTS ao empregado, conforme determina o inc. I, do Art.10 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

2. PROTEÇÃO DO EMPREGO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Face à extrema importância do trabalho, a Constituição Federal de 1988 deu-lhe a devida atenção: no artigo 1º, destaca que a República Federativa do Brasil se fundamenta nos valores sociais do trabalho na livre iniciativa; no artigo 170 e em seu inciso III, reafirma que a ordem econômica se fundamenta na valorização do trabalho, tendo como princípio a busca do pleno emprego; no artigo 193, enfatiza que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

No mesmo contexto de proteção, a Constituição Federal em seu artigo 7º, inc. I, estabeleceu que a relação de emprego está protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Porém, deixou à lei complementar prever indenização compensatória, dentre outros direitos. Mas passados 25 anos da promulgação da Constituição Federal, não foi editada a referida lei.

Santin discorre que “O Direito ao trabalho é um direito fundamental do cidadão, para lhe permitir ganhar os meios de sustento pessoal e familiar”. (2007, p.131)

A Constituição Federal de 1988 não apenas garantiu o livre acesso ao trabalho, mas também a efetiva permanência do trabalhador no emprego, protegendo contra a despedida arbitrária e sem justa causa (art. 7, inc. I, Constituição Federal), nesta última, a dispensa é tolerada.

Porém, a leitura do dispositivo Constitucional do art. 7º, inc. I tem sido realizado de forma isolacionista e literalista, esterilizando suas potencialidades significativas coerentes com o sistema. (WANDELLI, 2004, p.480)

Apesar da proteção da relação do emprego os trabalhadores ainda são dispensados de forma arbitrária e discriminatória. Essa facilidade na dispensa tem levado a um quadro de descrédito à pessoa do trabalhador, infringindo sua dignidade. (BORTOLON, 2010, p.61)

É em razão dessa facilidade de descarte de mão de obra, notadamente dos trabalhadores que demonstrem alguma incapacidade relativa física ou mental nas dispensas por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o aplicador do direito tem de buscar alternativas que garantam o respeito ao trabalhador. Não se prega a estabilidade absoluta do trabalhador no emprego,

mas quando ocorrer a dispensa, que se respeite e garanta todos direitos fundamentais, como concretização da dignidade da pessoa humana. (BORTOLON, 2010, p. 60)

A dispensa discriminatória é recorrente no meio da classe trabalhadora e nunca é dada a devida atenção a esse fato que causa reflexo tanto psicológico quanto social ao trabalhador. Em muitas dispensas, o empregador, na ânsia de obtenção de lucro, despede um empregado e, logo após, contrata outro com salário menor.

Exemplo corriqueiro de descarte de mão de obra humana por parte dos empregadores se refere àqueles trabalhadores que sofreram acidente de trabalho ou são acometidos por doenças graves em que sua produtividade é diminuída.

Observa-se que, diante dessa disparidade entre o empregador e empregado há uma grande exclusão social. Deve-se avaliar que os referidos trabalhadores passam por várias etapas de exclusão, sejam pelos empregadores que não cumpriram seu papel como determina a Constituição Federal, ou seja através do Poder Público, que deixa de ampará-los adequadamente, não disponibilizando um sistema de saúde de qualidade, uma moradia digna, um sistema educacional e um sistema de assistência social que ao menos supram as necessidades básicas do cidadão desempregado. Salienta-se em razão dessa exclusão social que, conseqüentemente aumenta-se a pobreza e a violência social.

3. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ARTIGO 7º INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inegavelmente a Constituição Federal em seu art. 7º inc. I instituiu a proteção do emprego como direito fundamental do trabalhador.

Nesse sentido, segundo o art. 7º inciso I, da CF, fica “a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Todavia, muito se discute sobre a eficácia da citada norma em razão de ter expressamente em seu corpo textual a menção da necessidade de elaboração de lei complementar.

Primeiramente, há de ressaltar que apesar da norma constitucional fazer menção de edição de uma lei para complementá-la, é inadmissível que a Carta

Magna fique refém da vontade do legislador para efetivá-la, se for assim, a lei torna-se suprema diante da Constituição.

Esse é o pensamento de Saladini e Silva:

[...] a Constituição tem força normativa, é superior à norma comum e, por consequência, não necessita de uma norma inferior para lhe dar validade ou garantir sua eficácia. As normas hierarquicamente inferiores devem ser interpretadas nos estritos limites de suas atribuições de complementação, ordenação ou regulação, e não como instrumento sem o qual a Constituição fica inerte. (2010, p. 247)

Nessa mesma toada, a Constituição Federal, no §1º do Art. 5º, dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Mas a citada norma causa discussões na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que se argumenta que nem todas as normas constitucionais estão aptas a gerar os efeitos desejados, frente a falta de um mandamento final, necessitando que o legislador a complemente.

Todavia, Sarlet leciona que toda norma jurídica vigente sempre será potencialmente aplicável e, por via de consequência, apta (ainda que em tese) a gerar efeitos. (2007, p. 250)

Nessa problemática sobre a eficácia (aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade) das normas constitucionais, José Afonso da Silva entende que algumas das normas constitucionais não possuem plena eficácia, por essa razão, a Constituição conferiu ao legislador ordinário a edição de leis que as complemente. Com isso, o autor elaborou classificações de normas constitucionais segundo o “grau de seus efeitos jurídicos”: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, normas constitucionais de eficácia limitada, com duas subespécies, normas de princípios institutivo e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de eficácia plena começam a produzir efeitos desde o momento de sua promulgação. Sua aplicabilidade é direta, imediata e integral. Direta, pois não dependem de uma norma posterior para produzirem seus efeitos, são autoaplicáveis e autoexecutáveis. Imediata, em razão de possuírem todos os elementos essenciais para sua executoriedade, seus efeitos se iniciam a partir do instante em que entra em vigor. Integral, pois não sofrem restrições para sua aplicabilidade. (SILVA, 2001, p. 101)

Exemplificando, Silva, menciona que as normas de eficácia plena são aquelas que proíbem, estabelecem isenções, prerrogativas ou imunidades, não indicam procedimentos especiais para sua execução, não necessitam que sejam elaboradas outras normas que completem seu sentido e alcance. (2001, p. 101)

As normas constitucionais de eficácia contida têm aplicabilidade imediata e direta, possivelmente não integral. Desde a sua promulgação elas já começam a surtir seus efeitos, porém precisam de atuação do legislador ordinário para restringir seu alcance. Caso não seja elaborada a norma infraconstitucional que restrinjam seus efeitos, ela terá aplicação integral, igualmente as normas de eficácia plena.

Nas palavras de Silva, as normas de eficácia contida:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (2001, p. 101)

Na elaboração do texto constitucional, o constituinte já deixou explícito quando se tratar de norma de eficácia contida. Visualiza-se tal norma quando, em seu conteúdo estiverem as seguintes expressões: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “que a lei estabelecer” – exemplos (Arts. 5º, VIII, 5º, XIII, 37,I, Constituição Federal). A referida norma também poderá ser restringida pelo Poder Público em virtude de seus conceitos vagos, como por exemplo: bons costumes, motivo de ordem pública etc.

As normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando que seja desenvolvida uma lei posterior para sua plena eficácia. Silva divide essas normas em duas subespécies: a) normas de princípio institutivo ou organizativo; b) normas de princípio programático. As primeiras “são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. As segundas são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos (...)”. (2001, p. 101)

Após a análise das classificações das normas constitucionais, vislumbra-se

que o art. 7º inc. I da CF, que prevê a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária e sem justa causa, é norma de eficácia contida, pois à lei complementar caberá realizar a contenção de sua aplicabilidade.

Destarte, desde a promulgação da Constituição Federal o art. 7º, inc. I já passou a ter aplicação imediata. É certo que o constituinte estabeleceu a proteção do trabalhador no emprego, ficando vedada a sua dispensa de forma arbitrária e sem justa causa. A vedação absoluta de dispensa tratada na Constituição se refere a arbitrária e discriminatória, pois a sem justa causa é tolerada, até que venha a lei complementar e disponha de maneira diferente.

Afinal, qual seria a função da lei complementar?

Tem-se, por certo, que a proteção ao emprego já é garantida plenamente pela constituição, à lei complementar caberia determinar os limites de sua aplicabilidade, definir o que seja despedida arbitrária e sem justa causa, e de que forma, quando e como será exercido esse direito do trabalhador quando o empregador necessitar realizar a dispensa, além de regular a indenização compensatória e outros direitos.

Nesse sentido é o entendimento de Silva

Protege-se a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar*. O que é que fica dependendo da lei complementar: a definição da proteção à relação de emprego ou a definição do que seja despedida arbitrária ou sem justa causa? Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. (2001, p. 293)

O enunciado nº 2, inc. I, aprovado na 1ª jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho TST, ocorrido em Brasília no dia 23/11/2007, também conjuga no sentido de se proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

Portanto, em razão do art. 7º, inc. I Constituição Federal, ser de aplicação direta e imediata, a falta de lei complementar não pode ser invocada para afastar a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária e discriminatória.

A edição da lei complementar não poderá suprimir direitos já garantidos na Constituição Federal e nas Leis Trabalhistas, tal como substituir a continuidade do trabalhador no emprego pela indenização compensatória. Nesse caso, invoca-se o princípio da proibição do retrocesso social, no qual a Constituição veda a supressão e redução de direitos fundamentais já alcançados e garantidos aos cidadãos.

4. PROIBIÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO

A doutrina e a jurisprudência consideram a ocorrência da dispensa arbitrária com conteúdo discriminatório quando houver violação de direitos fundamentais atinentes ao trabalhador.

Para Souza, “A discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros”. (2011, p. 29)

No âmbito internacional a definição de discriminação é tratada pelo art. 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho:

Art. 1. Para os fins da presente convenção o termo 'discriminação' compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

A Convenção nº 158 da OIT, apesar da divergência quanto a sua eficácia no território brasileiro, veda, também, em seu art. 5º, a dispensa do trabalhador por seguintes motivos: raça, cor, sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social. Proíbe ainda a dispensa do empregado caso ele apresente uma queixa ou participe de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de

leis ou regulamentos.

No âmbito nacional, a Constituição, em seu art. 3º, inc. IV, constituiu como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E ainda, o constituinte garantiu isonomia e proibição de discriminação na relação de trabalho, especificamente no art. 7º, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); proíbe qualquer distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII); assim como estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (inciso XXXIV).

Observa-se que, tanto nas legislações no âmbito internacional quanto nacional, o objetivo é erradicar toda a forma de discriminação, com objetivo de promover a igualdade material entre as pessoas.

E é na relação de trabalho que mais surgem casos de discriminações ilícitas, seja no momento da contratação, na relação de emprego ou na dispensa do empregado, tudo isso em razão do poder diretivo do empregador. No entanto, no presente trabalho, estuda-se a discriminação no momento da dispensa do trabalhador.

Brito Filho entende que “[...] discriminar, em matéria de trabalho, é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção do emprego, pela criação de desigualdades entre pessoas”. (2002, p. 43)

A despedida arbitrária e discriminatória está caracterizada no contrato de trabalho quando o empregador exclui ou faz distinção do trabalhador em razão da raça, cor, opção sexual, religião, origem social, deficiência física e mental, ou qualquer outro fator não razoável de *discrímen* que tenha por objetivo desigualar o trabalhador perante os outros colegas de trabalho. De maneira geral, a discriminação ilícita está caracterizada quando são violados os direitos fundamentais do trabalhador, e principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia todo o ordenamento jurídico.

Sarlet ensina que

Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc.(2007, p. 110)

Na esfera infraconstitucional, a Lei nº 9.029/1995, também veio reforçar a proteção do trabalhador na relação de emprego, inadmitindo qualquer tipo de prática discriminatória por parte do empregador.

De início o artigo 1º da lei 9029/1995 estabelece que

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou a 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.

Argumenta-se que era desnecessária a edição da referida lei, já que a Constituição Federal tratou de maneira bem detalhada as formas proibitivas de discriminações ilícitas. Mas, não se pode desprezar totalmente a referida lei já que ela trouxe sanções ao agente que pratica a discriminação ilícita, assunto que será tratado no próximo tópico.

Para reforçar a proteção do emprego contra da dispensa arbitrária e discriminatória o Tribunal Superior do Trabalho tem se pronunciado da seguinte maneira, *in verbis*:

NULIDADE DO ATO DEMISSIONAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE - NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1.Não se reconhece ofensa aos artigos 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de empregado portador de doença grave - neoplasia nodular epitelióide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder a dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame.2. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e a não discriminação, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República,

além da previsão contida nos artigos 5º, cabeça e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. **3.** Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968). **4.** Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). **5.** Recurso de revista de que não se conhece. TST RR – 119500-97.2002.5.09.0007 - 1ª T Ministro Lelio Bentes Corrêa. DJU 23/03/2012(grifei)

Após várias decisões do TST que abominaram as práticas discriminatórias existentes nas relações de trabalho, no tocante aos trabalhadores portadores de doenças graves, editou-se, em setembro de 2012, a Súmula 443, *in verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em análise dos vários julgados existentes no Tribunal Superior do Trabalho, verificou-se que os Ministros estão combatendo qualquer tipo de dispensa arbitrária e discriminatória, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação ilícita. Com isso, percebe-se a importância da força normativa da Constituição Federal e das Convenções da Organização Internacional do Trabalho que reiteradamente vem sendo invocadas pelos Tribunais com intuito de proteger o trabalhador, a parte hipossuficiente na relação de trabalho.

4.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NAS HIPÓTESES DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA E DISCRIMINATÓRIA E SUAS RESPONSABILIDADES

Estudou-se que a Constituição Federal, no art. 7º, inc. I previu outra forma de dispensa, qual seja, a sem justa causa. Nessa modalidade o legislador constituinte tolerou a dispensa do trabalhador ao prever a obrigatoriedade do empregador ao pagamento da multa de 40% sobre os depósitos fundiários previsto no inc. I do art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mas o foco do presente estudo refere-se às consequências que tem o

empregador ao dispensar o trabalhador de maneira arbitrária e discriminatória, desrespeitando os direitos fundamentais que protege a parte mais fraca na relação laboral. Dispensa essa que é proibida constitucionalmente.

Em razão da falta de lei complementar para regular o art. 7º, inc. I da CF, tem-se entendido que não importa de que maneira a dispensa tenha se efetivado, basta apenas o empregador efetivar os pagamentos das verbas trabalhistas e da multa de 40% sobre os depósitos fundiários.

Todavia, esse entendimento não deve ser aceito. O trabalhador que é dispensado de maneira discriminatória não pode ter o mesmo tratamento daquele que foi dispensado, por exemplo, em razão de dificuldade financeira da empresa. Na primeira dispensa, há um desrespeito total com a dignidade do trabalhador, tendo em vista que ele foi tratado de maneira desigual, ilicitamente, perante os outros trabalhadores, seja por motivo de seu sexo, raça, religião ou a existência de alguma deficiência física ou mental etc.

Primeiramente, as consequências jurídicas previstas na legislação brasileira no caso de despedida arbitrária de caráter discriminatório são a reintegração e pagamento de indenização ao trabalhador.

Toda dispensa arbitrária de caráter discriminatório, em razão do dano que causa ao trabalhador, configura um ato ilícito praticado pelo empregador, dessa forma, subsidiariamente, aplica-se o art. 927 do Código civil, que prevê que aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, (art. 186 CC).

No mesmo modo, dispõe o art. 166 do Código Civil que se torna nulo o negócio jurídico em que for ilícito o seu objeto, bem como sua causa determinante. Na dispensa, se ficar demonstrado que o contrato de trabalho foi interrompido por ato discriminatório do empregador, que configura ilícito, conseqüentemente tal ato é nulo de pleno direito, fazendo jus o trabalhador à reintegração ao seu posto de trabalho ou indenização. (LIMA, 2009, p. 145)

Na reintegração, em razão do art. 7, inc. I da Constituição Federal, não prever o conceito de despedida arbitrária e nem de suas consequências, a doutrina e a jurisprudência, vêm aplicando analogicamente o parágrafo único do artigo 165 da CLT, e além da Lei nº 9.029/1995, especificamente seu art. 4º que determina a reintegração do trabalhador, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas.

Reforça-se que a Constituição Federal protege a continuidade do trabalhador no emprego, assim, ocorrendo a dispensa discriminatória, o Judiciário deve imediatamente decretar a reintegração do trabalhador, que apenas determinará uma indenização reparatória, caso fique impossível o retorno do trabalhador ao emprego ou este recusar, em razão da amplitude do dano sofrido.

Recusando o empregado a reintegração ao emprego, ele fará jus à percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. Essa indenização reparatória prevista no inc. II, do art. 4, da Lei nº 9.029/1995, refere-se apenas à reparação ao dano material sofrido.

Além da indenização reparatória do inc. II, do art. 4, da Lei nº 9.029/1995, o empregado terá direito também à indenização compensatória, prevista no art. 7, inc I da CF, que corresponde ao pagamento de quarenta por cento do montante de todos os depósitos do FGTS realizados na conta vinculada do empregado, prevista no inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, até que venha a lei complementar e regule de maneira diversa o assunto. (ALMEIDA, 2011, p. 157)

Porém, tem-se por certo que a simples reintegração do empregado ao seu posto de trabalho com o pagamento dos salários do período de afastamento ou, no caso de recusa de reintegração, a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento não é suficiente para amenizar a dor e sofrimento do trabalhador pelo dano sofrido. Ocorrendo a dispensa por discriminação, o trabalhador também tem a prerrogativa de pleitear indenização por dano moral.

Vale destacar o entendimento de Ana Lima Coelho, a qual descreve que nas ações judiciais que envolvem o pedido de indenização devido a discriminação devem ser observadas três dimensões temáticas no momento do julgamento: primeira dimensão (dimensão dos direitos vigentes): Realizar uma avaliação da correção normativa do comportamento das partes no processo; segunda Dimensão (dimensão dos interesses): Avaliação dos danos materiais provocados pelo descumprimento a direitos do trabalhador e atribuição de indenização; terceira dimensão (dimensão dos reconhecimentos): por meio da qual os litigantes querem ver seus direitos tratados com respeito e consideração, sancionados pelo Estado, garantindo o resgate da integração moral de suas identidades. (LIMA, 2011, p. 124)

No que se refere à terceira dimensão, quanto ao resgate da integração moral da vítima, a Constituição Federal, no inc. X, do art. 5º, dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A indenização por dano moral decorre da forma repugnante em que o trabalhador é dispensado, em que são desrespeitados todos os direitos humanos e fundamentais, causando-lhe dor na alma e no espírito, em razão das humilhações e a sua desqualificação como ser humano.

Por fim, a indenização por dano moral tem intuito de punir o infrator e compensar a vítima pelo dano sofrido, porém essa indenização apenas atenuará o mal sofrido pela vítima. O que se deve buscar nas relações de trabalho é conscientizar os empregadores da importância de manter a dignidade do trabalhador, o que se evitará, assim, atitudes discriminatórias que desqualifiquem o trabalhador; mas se tais atitudes ocorrerem, o Poder Judiciário deve estar de prontidão para coibir as práticas discriminatórias ilícitas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, diante dessa disparidade entre o empregador e empregado, há uma grande exclusão social. Deve-se avaliar que os referidos trabalhadores, após serem dispensados, passam por várias etapas de exclusão, sejam pelos empregadores que não cumpriram seu papel como determina a Constituição Federal ou seja através do Poder Público que deixa de ampará-los adequadamente, não disponibilizando um sistema de saúde de qualidade, uma moradia digna, um sistema educacional e um sistema de assistência social que ao menos supra as necessidades básicas do cidadão desempregado. Salienta-se em razão dessa exclusão social, há o aumento da pobreza e da violência social.

Insta salientar que o trabalho tem por objetivo trazer grandes benefícios para a discussão do tema acerca das causas do grande desemprego no país, notadamente nos casos de discriminação. Além disso, poderá auxiliar Juízes Trabalhistas, Procuradores do Trabalho, operadores do direito, classes representantes dos trabalhadores, integrantes da rede de proteção ao trabalhador na busca pela efetivação dos direitos do trabalhador encartados na Constituição

Federal, como também propor novas medidas para conscientizar os empregadores da importância da permanência do trabalhador em seu posto de trabalho, como maneira de combater a realidade hoje existente de desprezo à dignidade do trabalhador.

A Constituição Federal, em seu inc. I do art.7 tratou da despedida arbitrária ou sem justa causa, porém deixou de conceituá-las. Para a doutrina, a despedida arbitrária é conceituada na Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 165, como sendo aquela em que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, ou seja, motivos lícitos para a dispensa do empregado. De outro lado a Lei 9.029/95, tratou de enumerar os motivos ilícitos que impedem a dispensa do trabalhador, considerados como arbitrários e discriminatórios, são as dispensas por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade etc. Já, a despedida sem justa causa é aquela cuja efetivação ocorreu sem a presença de um (ou mais de um) dos requisitos caracterizadores da justa causa, elencados no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou a despedida estar fundada em algum motivo técnico, econômico ou financeiro.

A dispensa sem justa causa é tolerada pela Constituição Federal, desde que o empregado pague os 40% do FGTS ao empregado, conforme determina o inc. I, do Art.10 do ADCT, até que venha lei complementar e regulamente de forma diversa. Já a despedida arbitrária e discriminatória foi proibida, uma vez que atinge diretamente a dignidade do trabalhador.

Ressalta-se que o legislador constituinte não apenas garantiu o acesso ao trabalho, mas também a permanência do trabalhador no emprego. Ressalta-se que o inc. I do art. 7 da CF é de eficácia contida, ou seja, tem eficácia plena, mas quando da edição da lei complementar, esta apenas virá conter a sua aplicabilidade, definindo os elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego.

Não apenas a Constituição Federal vedou qualquer tipo de discriminação no momento da despedida do trabalhador, mas também a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, especificamente em seu artigo 1º, que proibiu qualquer tipo de distinção exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por

efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. No mesmo enfoque a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, apesar da divergência quanto a sua vigência no território brasileiro, também trata sobre a proteção do trabalhador no emprego.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.029/1995, também veio reforçar a proteção do trabalhador na relação de emprego, inadmitindo qualquer tipo de prática discriminatória por parte do empregador.

Verificou-se que a jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho é uníssona no sentido de combater qualquer tipo de dispensa arbitrária e discriminatória, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

Havendo a despedida arbitrária e discriminatória do trabalhador, este tem o direito de pleitear a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou recusando o empregado a reintegração ao posto de trabalho, ele fará jus à percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Além das indenizações já referidas, o empregado que for despedido de forma discriminatória, terá direito também de pleitear indenização por dano moral, em razão da humilhação e da desqualificação de ser humano que o trabalhador teve que suportar. Essa indenização por dano moral também visa punir o infrator, para que não venha acontecer com outros trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. **Proteção contra a despedida arbitrária** ou sem justa causa. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 75, n. 2, p. 156-158, fev. 2011.

BORTOLON, Mariana Cavarra. **A proteção contra a dispensa arbitrária como direito fundamental**. Curitiba: Editora CRV, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Laffer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LIMA, Ana Lúcia Coelho de. **Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. **Migração e discriminação do Trabalhador**. Revista Argumenta. Jacarezinho/PR. n. 7. p. 131-139, 2007.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Da limitação do poder de despedir a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais**. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 2, p. 242-250, fev. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.