

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÉRGIO MENDES BOTREL COUTINHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Luiz Fernando Bellinetti, Sérgio Mendes Botrel Coutinho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-108-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O Grupo de Trabalho de nº 62, do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, intitulado Eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais, contou com a apresentação de 29 trabalhos.

Os temas expostos pelos participantes, e as discussões e debates desenvolvidos, confirmaram que a tensão entre sistema de direito interno e sistema internacional de direitos humanos, esfera pública e esfera privada, assim como os conflitos ideológicos de vertentes de pensamento social e liberal, se intensificam à medida em que a vida em sociedade se torna mais complexa.

Defendeu-se, durante as exposições e discussões, que o modelo de produção capitalista do século XXI, que em alguns setores da economia provoca verdadeira ruptura com o modelo fordista, impõe uma revisão do modo pelo qual o direito do trabalho é produzido e interpretado, a fim de que os direitos fundamentais envolvidos sejam harmonizados e sua proteção efetivamente concretizada.

A investigação dos efeitos das propostas de terceirização da atividade-fim geraram intensa polêmica nos debates. A contraposição de entendimentos sobre o tema resume-se ao fato de que enquanto alguns enxergam na terceirização da atividade-fim uma necessidade para que o País e suas empresas aumentem sua competitividade no mercado internacional, outros vislumbram um verdadeiro retrocesso, sob o argumento de que a vantagem competitiva das empresas estaria sendo alcançada em detrimento de direitos dos trabalhadores.

Destacou-se, também, pesquisa demonstrando que sob a bandeira da sustentabilidade, algumas empresas têm demonstrado preocupação com a reinserção de idosos no mercado de trabalho. De fato, existem linhas de financiamento destinadas para empreendimentos econômicos com impacto social. A reinserção de idosos no mercado de trabalho parece se enquadrar neste contexto. Haveria, nesse caso, uma natural adequação das práticas do mercado com a ordem constitucional?

A importação do instituto norte-americano dos punitive damages e sua adequação à ordenamento pátrio, com enfoque no direito do trabalho, foi objeto de apresentação em que se sustentou que referido instituto pode servir à efetivação dos direitos sociais trabalhistas. Resta-nos aguardar para constatar de que forma os tribunais pátrios se posicionarão sobre esse tema.

No âmbito do direito do consumidor, foi apresentado trabalho em que se propôs uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional dos direitos fundamentais do consumidor.

A rigor, uma análise holística dos trabalhos apresentados demonstra que, em linha com a ementa do GT 62, as diversas vertentes de abordagem utilizaram o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como elemento de legitimação das mais distintas propostas e conclusões.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais essa obra coletiva, que representa o resultado do trabalho do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática da eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

O CONCEITO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES E SUA RELAÇÃO COM AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO

THE CONCEPT OF JUSTICE IN ARISTOTLE AND ITS RELATION TO AFFIRMATIVE ACTION IN LABOR LAW

**Raquel Ribeiro Mayrink
Leandro de Assis Moreira**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a legitimidade das ações afirmativas existentes no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que tange ao mercado de trabalho. Assim sendo, inicialmente são estudadas as diversas acepções de justiça presentes na filosofia de Aristóteles, verificando-se que o cerne da questão permeia a noção de justa medida. Neste sentido, são abordados os princípios da igualdade e da não discriminação, os quais visam implementar a efetiva igualdade e coibir diferenciações injustas e indevidas. Neste contexto, é realizada a distinção das práticas discriminatórias lícitas daquelas ilícitas. Em seguida, são analisados aspectos conceituais e teóricos que permeiam das ações afirmativas. Após, são apontadas as principais formas de discriminações ilegais mais comumente encontradas contexto laboral, bem como as ações afirmativas atinentes ao direito do trabalho. Por fim, chega-se à conclusão de que as ações afirmativas são políticas legítimas e indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, que visam, em última instância, a garantia da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Justiça, Discriminação, Igualdade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the legitimacy of existing affirmative action in Brazilian legal system, especially with regard to the labor market. Thus, initially are study the different meanings of justice present in the philosophy of Aristotle, verifying that the crux of the question permeates the notion of fair measure. In this sense, the principles of equality and non-discrimination are approach, which aim to implement effective equality and repress unfair and undue differentiations. In this context it realized the distinction of lawful discriminatory practices of those illicit. Then are analyzed conceptual and theoretical aspects that involve affirmative action. After are pointed the main forms of illegal discrimination most commonly found working context, as well as affirmative action pertaining to labor law. Finally, arrives at the conclusion that affirmative action are politics legitimate and indispensable to the Democratic State of Law, which aim, ultimately, the guarantee of human dignity, the guiding principle of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Discrimination, Equality

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo investigar a legitimidade das ações afirmativas existentes no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que tange ao mercado de trabalho. Assim sendo, parte-se da hipótese de que as ações afirmativas são legítimas, pois se traduzem numa estratégia de política social e institucional que visam equilibrar, na esfera jurídica, o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos.

Deste modo, o tema foi investigado através de uma análise conjunta da Filosofia com o Direito, utilizando-se, como marco teórico, o conceito de justiça proposto por Aristóteles. Verifica-se, assim, que a problemática da justiça na filosofia aristotélica permeia a noção virtude mediana, apontando-se, assim, as diversas acepções existentes sobre o que venha a ser justiça.

Em seguida, foram abordados aspectos atinentes ao princípio da igualdade e da não discriminação, princípios estes que gozam de proteção Constitucional. Há, assim, a coexistência de duas perspectivas, uma negativa, que coíbe a existência de diferenciações injustas e indevidas, e outra positiva, que tende a igualar as vantagens, benefícios e oportunidades entre as pessoas.

Em seguida, foram analisados aspectos conceituais atinentes às ações afirmativas, bem como foram avaliadas, de forma específica, as ações afirmativas atinentes ao direito do trabalho. Ao final, conclui-se que tais políticas detêm legitimidade, pois, através da equidade, visam coibir todas as formas de discriminação infundada, abusiva e arbitrária, promovendo, por conseguinte, o equilíbrio desejável na relação entre capital e trabalho.

Assim sendo, através de um método dialético no qual se discute a legitimidade, bem como a necessidade de aplicações de ações afirmativas, pretende-se demonstrar que tais políticas positivas visam combater todas as formas de discriminação injusta, sendo, portanto, indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, e visam, em última instância, a garantia da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2. O CONCEITO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Aristóteles, filósofo grego, dedicou-se intensamente ao estudo em torno das virtudes e da justiça como forma de orientar as atividades da *pólis*¹, aspectos essenciais para a consecução do bem comum. Assim sendo, é possível verificar, em Aristóteles, uma forte preocupação com questões éticas e políticas.

Neste sentido, cita-se:

[...] é neste ponto mesmo que se deposita toda a excelência do estudo ético, perquirição em torno do fim da ação humana, pois este também é o objeto da investigação política, a mais importante das ciências práticas; é sua a tarefa de traçar as normas suficientes e adequadas para orientar as atividades da *pólis*, e dos sujeitos que a compõem, para a realização palpável do Bem Comum. (BITTAR, 1999, p. 75).

Nesta toada, há que se ressaltar, inicialmente que, para Aristóteles, a justiça é uma virtude que se adquire não pela faculdade ou pela paixão, mas sim pelo hábito, ou seja, pela reiteração de ações em um determinado sentido. Ademais, é preciso frisar que a justiça encontra-se no justo meio, sendo que esta justa medida não se trata de uma simples medição algébrica, mas sim de uma adaptação da abstração concebida à esfera particular e específica de cada um, de forma a alcançar o ponto de equitativo e adequado da conduta ética (BITTAR, 1999, p. 77).

Deste modo, Aristóteles aborda a questão da justiça subdividindo-a em várias espécies, de forma a abarcar todos os significados a ela inerentes. Deste modo tem-se que:

As categorias filosóficas aristotélicas, em torno da questão da justiça e da injustiça, se alinham, minimamente, da seguinte forma: 1. justo total (*díkaion nomimón*); 2. justo particular (*díkaion íson*); 2.1. justo distributivo (*díkaion dianemtikón*); 2.2. justo corretivo (*diorthótikon díkaion*); 2.2.1. justo comutativo; 2.2.2. justo nas relações não voluntárias; 3. justo político (*díkaion politikón*); 3.1. justo legal (*díkaion nómikón*); 3.2. justo natural (*díkaion physikón*); 4. justo doméstico (*oikonomikón díkaion*); 4.1 justo despótico (*despotikòn díkaion*); 4.2. justo conjugal (*gamikòn díkaion*); 4.3. justo paternal (*patrikòn díkaion*). (BITTAR, 1999, p. 137).

A primeira delas refere-se à justiça total, também chamada de justiça universal ou integral, vez que a abrangência de sua aplicação é a mais extensa possível. Na esteira deste raciocínio, cita-se:

¹ *pólis*: cidade-estado, comunidade política resultante da organização racional humana em sociedade (BITTAR, 1999, p. 144).

Assim, essa forma de justiça é a virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo. Por isso, a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e “nem Vésper nem a estrela-d’alva são tão maravilhosas”; e proverbialmente, “na justiça se resumem todas as virtudes”. Com efeito, a justiça é a virtude mais completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo. (ARISTÓTELES, 2012, p. 96).

Assim sendo, o justo total se traduz na observância norma ou lei que é legítima, elaborada dentro da cidade-estado, a qual visa o bem da comunidade. O homem justo, portanto, não transgride as regras convencionais, preservando, de modo geral, a ordem que beneficia todo o corpo social (BITTAR, 1999, p. 81).

Destaca-se, por conseguinte, a noção de alteridade, essencial para a adequação da justiça total. Isto porque, conforme se verá, a justiça universal ocorre tanto por meio de ações comissivas, quanto pela omissão. Neste sentido, tem-se que:

A noção de alteridade, para a conformação do *dikaion nominón*, parece ser essencial. Não só é essencial, como também a afetação da alteridade por meio da prática desta forma de justiça se dá de duas formas, uma omissiva, outra comissiva. Explique-se. Ao se violarem as prescrições vigentes na *kroinonía* está-se a atingir não só este ou aquele de seus membros especificamente, mas todos de uma só vez, visto que a lei é a garantia e a sustentação do corpo social não em partes, e sim como um todo. Esta é a lesão pela comissão. Ao se abster da prática de qualquer violação à lei, está-se, omissivamente, praticando a justiça, nesta acepção do termo. Da mesma forma, se o ato comissivo se relacionar a uma conduta permitida em lei ou não proibida por esta, estar-se-á a praticar de maneira ativa a justiça, bem como se aquele a quem incumbe um dever qualquer legal deixar de executar-lhe o ato correspondente, omissivamente estará a realizar a injustiça nos exatos limites da acepção ora em apreço. A afetação, portanto, da alteridade faz-se em acordo ou em desacordo com a lei, de maneira que o justo ou o injusto são provocados pelas atitudes omissiva ou comissiva frente às prescrições ditadas pelo legislador. Seja por ação, seja por omissão, a violação da lei em si, com ou sem a provocação de uma lesão direta a este ou àquele indivíduo, indiretamente, representa a afetação da comunidade em função da qual as leis são destinadas. (BITTAR, 1999, p. 82-83).

Neste contexto, para Aristóteles, somente a justiça é o “bem de um outro”, pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade (ARISTÓTELES, 2012, p. 96).

Além dessa concepção de justiça total, Aristóteles também aponta a existência da justiça particular. Destarte, enquanto a justiça total aplica-se a noção de alteridade de forma ampla, dirigindo-se à comunidade como um todo, a justiça particular refere-se à singularidade existente no relacionamento direto entre as partes. Depreende-se, por conseguinte, o justo total é gênero, do qual a justiça particular é espécie. (BITTAR, 1999, p. 85).

A justiça particular, de igual modo, se subdivide em justiça distributiva e justiça corretiva. Neste sentido, tem-se a seguinte passagem:

O justo particular, por sua vez, divide-se em justo distributivo (*dikaion dianemtikón*) e justo corretivo (*dikaion diorthotikón*). A primeira acepção do justo particular relaciona-se com todo tipo de distribuição levada a efeito na *politéia*, seja de dinheiro, seja de honras, de cargos, ou quaisquer outros bens passíveis de serem participados aos governados. Em suma, refere-se às repartições. A segunda acepção consiste no estabelecimento e aplicação de um juízo corretivo nas transações entre indivíduos. Trata-se de uma justiça apta a produzir a reparação nas relações (*synallágmasi diorthotikón*). Em síntese, está a presidir a igualdade nas trocas e demais relações bilaterais. (BITTAR, 1999, p. 86).

Tem-se, portanto, que o justo distributivo visa ao implemento de repartições, perfazendo-se em relações de natureza público-privadas. Pressupõe-se, assim, relação de subordinação entre as partes. Ademais, é imperioso ressaltar o caráter de mediania presente na justiça distributiva, eis que sua igualdade tem caráter proporcional, estabelecido de acordo com critério de estimação dos sujeitos analisados. Veja-se:

Tem-se que a justiça distributiva consiste numa mediania a ser estabelecida entre quatro termos de uma relação, sendo dois destes sujeitos que se relacionam comparativamente, e os outros dois, os objetos. A distribuição, portanto, atingirá o seu justo objetivo se proporcionar a cada qual aquilo que lhe é devido, dentro de uma razão de proporcionalidade participativa, pela sociedade, evitando-se, assim, qualquer um dos extremos que representam o excesso (*tò pléon*) e a falta (*tò élatton*). De fato, a injustiça na distribuição recai em um dos pólos ou quando pessoas desiguais recebem a mesma quantia de encargos e de benefícios, ou quando pessoas iguais recebem quantias desiguais de benefícios e encargos. Em ambas as possibilidades, têm-se uma falta e um excesso relativamente a cada sujeito comparado. Entre o mais e o menos, o justo aqui reside no meio (*mésos*), e, destarte, representa o igual (*íson*). (BITTAR, 1999, p. 87).

É nítido, deste modo, que a justiça distributiva objetiva a manutenção de um equilíbrio, sendo que a igualdade nela estabelecida é do tipo geométrico, ou seja, distribuída de acordo com a avaliação dos sujeitos envolvidos.

No que tange à justiça corretiva, tem-se que ela visa à reparação a ser estabelecida entre indivíduos que se encontram em situação de coordenação, ocorrendo tanto nas transações voluntárias como nas involuntárias (ARISTÓTELES, 2012, p. 101).

Assim sendo, nas interações voluntárias, tem-se a justiça comutativa, a qual envolve a noção de reciprocidade proporcional que deve ser estabelecida nas relações de trocas da complexa malha social. Já as relações involuntárias, por sua vez, permeia a ideia de uma igualdade que foi corrompida ou pela clandestinidade, ou pela violência.

Neste contexto, lança-se mão do seguinte ensinamento:

Deve-se ter presente, pois, que o justo corretivo ainda biparte-se para abranger tanto as relações baseadas na *voluntariedade* do vínculo intersubjetivo (compra e venda, locação, mútuo, garantia, comodato, pagamento, depósito...), constituídas pelo elemento estrutural sinalagmático, tipo de justo que não recebe nome em especial grego; como as relações estabelecidas *involuntariamente*, surgidas como consequência de uma clandestinidade ou violência, que atingem uma ou ambas as partes (roubo, adultério, prostituição, falso testemunho, homicídio doloso, sequestro, furto, difamação, injúria, lesão física...), esta acepção denominada *apanorthotikón*. (BITTAR, 1999, p. 86).

Faz-se necessário ressaltar que a acepção de justiça aqui presente remete à ideia de igualdade perfeita ou absoluta, vez que é irrelevante a análise subjetiva dos indivíduos envolvidos. Via de consequência, tem-se a impessoalidade da lei. Ademais, frisa-se que, no justo corretivo, a igualdade estabelecida é do tipo aritmética, na qual se tem uma perfeita equidistância das partes em relação ao centro, onde se situa o justo meio. (BITTAR, 1999, p. 90).

A título ilustrativo, cita-se o seguinte trecho:

[...] Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade, todavia não de acordo com a espécie de proporção que citamos, e sim de acordo com uma proporção aritmética. Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete o adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. Sendo, então, esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu um ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor. (ARISTÓTELES, 2012, p. 101).

Vale destacar que, para Aristóteles, o juiz é o mediador da justiça corretiva, cabendo a ele colocar as partes do conflito em uma situação de paridade, de acordo com o *status quo ante*. Assim sendo, caberá ao juiz retirar daquele que se apropriou de uma maior porção do que é bom, restituindo-a ao outro. Ademais, indiferentemente do mérito subjetivo dos indivíduos envolvidos, aplicar-se-á a lei, a fim de que obtenha uma igualdade aritmética. (BITTAR, 1999, p. 92).

Além destas acepções, Aristóteles aponta, ainda, a existência da justiça política e da justiça doméstica. Neste sentido, o justo político consiste na aplicação da justiça na cidade (*pólis*), a qual organiza o modo de vida das pessoas que partilham um mesmo espaço, de forma que cada um seja capaz de desenvolver suas aptidões, visando ao bem comum e

formando uma comunidade que tenha por finalidade a consecução da *eudaimonía* (BITTAR, 1999, p. 114).

Neste contexto, Aristóteles aponta que a justiça política é formada pelo justo legal e pelo justo natural. Assim sendo, o justo legal constitui as disposições vigentes que têm fundamento de imperatividade na vontade do legislador, ou seja, são normas e convenções positivadas, as quais contêm conteúdo de relatividade no espaço e no tempo. O justo natural, por sua vez, referem-se aos princípios comuns compartilhados pelos povos, de forma incondicional, os quais têm fundamento na natureza racional do homem.

Em outras palavras, Aristóteles afirma que:

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas), e as prescrições dos decretos. (ARISTÓTELES, 2012, p. 108).

Deste modo, pode-se afirmar que é a justiça natural o princípio e causa de todo movimento realizado pela justiça legal. (BITTAR, 1999, p. 123). Via de consequência, não há, entre elas, uma contradição, mas sim um liame. Veja-se:

Sublime-se que não há no pensamento aristotélico uma oposição dicotômica entre justiça natural e legal, estando ambas ligadas ao justo político, participando conjuntamente na racionalização do meio cidadão. Não obstante, o justo legal, que tem o seu princípio no justo natural, pode deste nascer eivado ou não de vícios, ou erros humanos, conforme esteja de acordo com a natureza ou destine-se ao benefício exclusivo dos exercentes do poder de governo da *pólis*. Com isso, nem sempre o justo político está de acordo com a natureza, figurando corrompido nas formas de governo em que a Constituição é apenas instrumento de manipulação de poder ou de aquisição de benefícios por parte de um único homem (tirania), de alguns (oligarquia), ou de muitos (democracia ou demagogia). (BITTAR, 1999, p. 125).

A justiça doméstica, por sua vez, é aquela que ocorre no âmbito familiar, sendo que Aristóteles aponta três subespécies existentes, quais sejam, a justiça de um amo para com seu escravo (*despotikòn díkaion*), a de um pai para com seu filho (*patrikòn díkaion*) e aquela aplicável à mulher (*gamikòn díkaion*). (ARISTÓTELES, 2012, p. 107-108).

Destarte, para Aristóteles, em que pese a justiça doméstica seja distinta do justo político, é natural que, para o viver familiar, se apliquem também regras de convívio a fim de se obter uma unidade estável e organizada, pacífica e racional (BITTAR, 1999, p. 116).

Por fim, é preciso apontar a relação existente entre justiça e equidade realizada por Aristóteles. Neste sentido, a justiça e a equidade não são absolutamente idênticas, nem especificamente diferentes (ARISTÓTELES, 2012, p. 115).

Assim sendo, a equidade surge como uma espécie de correção da justiça legal, haja vista que a aplicação da lei universal ao caso particular, em determinadas situações, por não levar em conta as circunstâncias e as nuances individuais, pode implicar uma injustiça. Veja-se:

O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. (ARISTÓTELES, 2012, p. 115-16).

Tem-se, portanto, que a equidade é melhor que a justiça, vez que é a medida corretiva da justiça legal quando esta causa a injustiça pela generalidade da aplicação dos preceitos normativos. Em outras palavras, pode-se afirmar que o justo legal é estanque, enquanto que a realidade prática é, por essência, dinâmica. Logo, deve-se lançar mão da equidade como forma de combater eventuais injustiças (BITTAR, 1999, p. 129).

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Inicialmente há que se ressaltar que o princípio da igualdade e da não discriminação tem amparo Constitucional no ordenamento jurídico pátrio, vez o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal de 1988 preceitua ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, urge ressaltar que os princípios jurídicos trazem as diretrizes gerais e centrais de todo o sistema jurídico. Na esteira deste entendimento, lança-se mão da seguinte passagem preceituada pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípio:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (BANDEIRA, 2008, p. 96).

Do mesmo modo, Maurício Godinho Delgado, em sua obra “Princípios de direito individual e coletivo do trabalho”, afirma que:

Os princípios gerais do Direito são diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito. Sua abrangência é ampla, tendendo a atingir todos os segmentos da árvore jurídica, independentemente das particularidades diferenciadoras de cada ramo. (DELGADO, 2013, p. 22).

Tem-se, portanto, que os princípios integram o direito, desempenhando funções diferenciadas e combinadas, contribuindo, assim, para o processo de apreensão, compreensão e aplicação do direito.

Neste sentido, tem-se que as funções desempenhadas pelos princípios possuem natureza informadora, normativa e interpretativa. Além disso, verifica-se que os princípios atuam em duas fases do fenômeno jurídico, sendo a primeira durante a construção da norma, e a segunda, no momento de sua realização e aplicação social.

Para exemplificar este raciocínio, tem-se que:

A fase de construção da regra – fase pré-jurídica, de natureza essencialmente política – corresponde ao estágio histórico de elaboração das regras de Direito. Aqui, os princípios já existentes no próprio universo jurídico agem por influência teórico-ideológica, no processo de construção das novas regras. A fase jurídica típica, surgida desde que consumada a elaboração da regra, corresponde ao estágio histórico em que ela irá reger as organizações e condutas sociais. Certamente será aqui, nesta fase, que os princípios cumprirão seu papel mais relevante. (DELGADO, 2013, p. 15).

Isto posto, passa-se a análise dos princípios da igualdade e não discriminação. Destarte, inicialmente, é importante ressaltar que ambos os princípios têm, por fundamento constitucional, doutrinário e internacional, a própria dignidade do ser humano (Plá Rodrigues, 2000, p. 440).

Neste sentido, há que se apontar a diferença existente entre as práticas discriminatórias, haja vista que estas podem ser lícitas ou ilícitas. Assim sendo, são tidas como lícitas as ações que permitem a inclusão social, sendo, conseqüentemente, válidas; ao passo que as ilícitas, são aquelas ações juridicamente intoleráveis, vez que desacatam direitos fundamentais e propiciam a exclusão injustificada.

Na esteira deste entendimento, cita-se o seguinte trecho:

As práticas discriminatórias podem ser lícitas ou ilícitas, ou seja, validadas ou não pela ordem jurídica, também podem ser positivas ou negativas, “validas” aquelas que visam melhorar a qualidade de vida, trabalho, saúde, educação, etc. de um grupo, categoria ou classe de pessoas vulneráveis e “ilícitas” as que visam piorar a qualidade de vida, trabalho, saúde, educação, etc. de um grupo, categoria ou classe de pessoas. (LORENTZ, MIRANDA, 2104, p. 39)².

Neste contexto, destaca-se a existência duas direções, uma positiva e outra negativa. Assim sendo, enquanto o princípio da igualdade impõe o dever de agir de forma a igualizar o tratamento jurídico às pessoas, o princípio da não-discriminação se traduz em uma obrigação de não fazer, ou seja, um comando proibitivo de conduta de forma a impedir a incidência de diferenciações injustas e indevidas.

Neste sentido, tem-se que:

O princípio da não-discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. Ela ultrapassa, sem dúvida, a mera não-discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si.. (DELGADO, 2013, p. 162).

Faz-se necessário ressaltar, ainda, que, quanto ao conteúdo, o princípio da igualdade não significa uma completa igualação. Neste sentido é imperioso realizar uma concepção valorativa da igualdade, haja vista a proibição não incide sobre todas as diferenças, mas tão somente naquelas que são injustificadas.

Desta forma, segundo preceitua Américo Plá Rodriguez,

[...] os seres humanos devem ser tratados de uma forma igualitária, desde que se encontrem em situações semelhantes, mas não quando se encontram em situações diferentes. É tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares. (RODRIGUEZ, 2000, p. 441)

Logo, tem-se que a igualdade não pode ser absoluta, sendo imprescindível ponderar. Assim sendo, verifica-se que o princípio da igualdade traz, em seu bojo, a ideia da equiparação, pois o direito não proíbe todas as diferenças, mas somente aquelas que são arbitrárias e injustificadas.

² Aprofundamentos teóricos sobre as discriminações positivas e negativas, lícitas e ilícitas no ordenamento jurídico podem ser encontradas na obra de LORENTZ, Lutiana Nacur e MIRANDA, Wagner, intitulada como “A discriminação nas relações laborais pré contratuais, contratuais e pós contratuais através das listas sujas”. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 34-52.

Nesta toada, com fulcro na dignidade da pessoa humana, preceituada pelo inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, tem-se que é imperioso aplicar os princípios da igualdade e da não-discriminação às questões atinentes ao mercado de trabalho, mediante ações afirmativas.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS

Antes de se adentrar no conceito de ação afirmativa propriamente dita, se faz necessário destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput e inciso I, preceitua a aplicação de duas acepções de igualdade, quais sejam, igualdade formal e igualdade material. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Deste modo, nota-se que a igualdade formal é extraída do caput, vez que todos são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer prática discriminatória. O preceito, por conseguinte, aplica-se de forma impessoal, aplicando-se a todos indistintamente, sendo irrelevante aspectos subjetivos. Já o inciso I do referido artigo, por sua vez, remete à ideia de igualdade material, a qual continua a se desenrolar ao longo de toda a Constituição, haja vista que cabe ao Estado promover políticas públicas de forma a minimizar as diferenças individuais existentes, promovendo, assim, a justiça e a equidade.

Neste sentido, tem-se que:

Desde a nova concepção de igualdade, passou-se a exigir do Estado, além da igualdade formal, a igualdade material. Essas posições, aparentemente antagônicas, não se excluem, mas se complementam, na medida em que é dever do Estado, além de coibir tratamento diferenciado, implementar medidas que atenuem ou eliminem as desigualdades. A inércia do Estado, limitando-se a proibir determinadas condutas, não logrou êxito, pois a discriminação assumiu proporções alarmantes, provocando a exclusão de milhares de pessoas, agrupadas por origem, raça, sexo, cor, idade e demais formas de discriminação, determinando a existência de minorias sociais. A resposta do Estado a este desnivelamento social, vem por meio de ações afirmativas, também conhecidas como discriminação positiva, cujo objetivo é o resgate e a inclusão social das classes menos favorecidas. (CECCHIN, 2006, p. 328).

Há, assim, o estabelecimento de ações afirmativas, que são conceituadas como políticas públicas e privadas que objetivam combater quaisquer formas de discriminação, bem como promover a inclusão social, de forma a promover uma efetiva igualdade de oportunidades a todos.

Na esteira deste raciocínio, cita-se:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetividade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (GOMES, 2001, p. 40-41).

Observa-se, portanto, que as ações afirmativas possuem natureza multifacetária, vez que visam tanto à neutralização das práticas discriminatórias arbitrárias quanto à implementação de mecanismos de inclusão, atuando em caráter preventivo e reparatório, estando devidamente legitimadas pelo princípio constitucional da igualdade material.

Neste sentido, há que se ressaltar que as minorias sociais, não são determinadas pela sua quantidade numérica, mas sim pela sua condição jurídica. Isto porque, não raro, determinados grupos sociais, mesmo que numericamente superiores em um determinado país, são considerados minorias, vez que possuem uma inferioridade social e jurídica sobre os demais, devido a fatores históricos, econômicos e culturais (GOMES, 2001, p. 328-329).

Ademais, frise-se que as ações afirmativas também influenciam de forma benéfica, mudanças ideológicas enraizadas em uma sociedade. Na esteira deste raciocínio, tem-se que:

As ações afirmativas, além de implementarem a igualdade material, têm a função de mudar a concepção ideológica discriminativa, disseminada e enraizada no mundo todo, por muitos e muitos anos. Essas discriminações foram causando, no decorrer dos tempos, efeitos no mundo jurídico, provocando a formação de minorias jurídicas e, conseqüentemente, a exclusão desses grupos. Para resgatar essas pessoas, que vivem à margem da sociedade, as ações afirmativas mostram-se eficientes. Na verdade, são políticas públicas e privadas, de responsabilidade de todos, em especial do Estado, que visam o bem comum. Nada mais são do que discriminações positivas

autorizadas pelo Estado, contrapondo-se às discriminações negativas, perpetradas pela conduta omissiva ou comissiva do ser humano, com o intuito de desfavorecimento pessoal de indivíduo que considera inferior. (CECCHIN, 2006, p. 331-332).

Neste contexto, pode-se realizar um paralelo entre a legitimidade das ações afirmativas e os conceitos de justiça compensatória e distributiva traçados por Aristóteles. Assim sendo, no que tange a justiça compensatória, pode-se afirmar que é nítido o seu caráter reparatório, vez que está voltada a correção de erros praticados no passado que continuam a repercutir, de forma negativa, em minorias.

Nesta toada, tem-se que:

Com base nestes fundamentos é que se diz que as ações afirmativas visam corrigir distorções do passado, reparando as atrocidades cometidas por grupos dominantes, em prejuízo dos dominados. Os descendentes desses grupos sociais dominantes estão, hoje, em larga vantagem sobre os descendentes dos grupos excluídos. Para corrigir estas distorções é preciso que os grupos sociais beneficiados indenizem os grupos sociais prejudicados. Vale lembrar que o mero pedido de desculpas ou perdão não exime a culpa. Aliás, todo e qualquer pedido de perdão deve vir acompanhado da devida reparação (CECCHIN, 2006, p. 337).

Assim sendo, parte-se do pressuposto de que a discriminação presente em gerações passadas tende a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em injusto ônus social, econômico e cultural a ser suportado (GOMES, 2001, p. 62).

Há, no entanto, que se apontar o maior problema de se adotar tal raciocínio, qual seja, o questionamento que reside acerca da legitimidade ativa e passiva das partes. Assim sendo, tem-se que:

Com efeito, em matéria de reparação de danos, o raciocínio jurídico tradicional opera com categorias rígidas tais como ilicitude, dano e remédio compensatório, estreitamente vinculados uns aos outros em relação de causa e efeito. Em regra, somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação. Por outro lado, essa compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que causou o dano. Tais incongruências, exacerbadas pelo dogmatismo *outrancier* típico da práxis jurídica ortodoxa, findam por enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das ações afirmativas. (GOMES, 2001, p. 65).

Deste modo, tem-se que a legitimidade das ações afirmativas se justifica de modo mais convincente à luz dos princípios da justiça distributiva, quando comparados aos atinentes à justiça compensatória (GOMES, 2001, p. 66).

Neste contexto, tem-se que:

A noção de justiça distributiva, que também remonta a Aristóteles, diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. Tal redistribuição teria o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. (GOMES, 2001, p. 66).

Assim sendo, enquanto que a justiça compensatória baseia-se na reparação, a distributiva funda-se na justa redistribuição. Neste sentido, afirma-se que a ideia de justiça distributiva está amparada pelo pressuposto de que a um indivíduo devem ser garantidas as mesmas oportunidades caso as condições sociais fossem efetivas e naturalmente justas (GOMES, 2001, p. 66).

Ressalta-se, neste sentido, que uma das vertentes que embasam a teoria da justiça distributiva parte da premissa básica da ideia de “igualdade ao nascer”, vez que as pessoas, pelo simples fato de serem humanas, são iguais, devendo, pois, terem as mesmas vantagens, benefícios ou oportunidades. Veja-se:

Este seria o ponto de partida de toda e qualquer consideração que se pretenda séria no campo do direito à igualdade, pois no momento do nascimento inexistem fatores relevantes de distinção entre as pessoas, a não ser aqueles de ordem natural, inerentes à raça e sexo, os quais, por sua própria natureza não se revestem de maior importância para efeito de aferição de futura inteligência ou capacitação. As diferenças vão surgir ao longo da vida, e são impostas pela sociedade, pelos valores nela prevalentes. Assim, pessoas que vieram ao mundo num dado momento e que portanto ao longo de suas vidas teriam tudo para obter idêntica evolução cultural e social, passam, por meio de artifícios injustificáveis que lhe são impostos pela sociedade, a ter trajetórias distintas, uns usufruindo plenamente de todas as vantagens, benefícios e oportunidades que se lhes apresentam, e outros sendo aberta ou dissimuladamente subtraídos do usufruto de tais benefícios. Portanto racismo e sexismo constituem explicações plausíveis para esse desvio de rota. Para mitigá-lo, a tese distributiva propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. (GOMES, 2001, p. 67-68).

Ademais, outra tese que embasa a teoria distributiva é aquela que tem amparo utilitarista, vez que a redistribuição de chances objetiva, em última análise, o bem comum para toda a sociedade. Na esteira deste raciocínio, tem-se que:

[...] entre os partidários da tese distributiva, há os que nela vislumbram um substrato utilitarista. Para esses, a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade tem o inegável efeito de promover o bem-estar-geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do auto-respeito decorrente da desigualdade econômica. (GOMES, 2001, p. 68).

Deste modo, tem-se que, independentemente da teoria adotada, se compensatória ou distributiva, destaca-se que as ações afirmativas detêm legitimidade, vez que coíbem toda e

qualquer forma de discriminação infundada, abusiva e arbitrária, elevando o convívio social a um patamar civilizatório mínimo, através de oportunidades e vantagens equitativamente concedidas, visando, em última instância, a consecução da dignidade humana, fundamento primeiro do ordenamento jurídico pátrio.

5. AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO

Inicialmente, há que se ressaltar que o combate à discriminação infundada e injusta no mercado de trabalho é algo necessário nas sociedades democráticas, haja vista que, as relações travadas entre capital e trabalho, impostas pelo modelo neoliberal, tendem a acentuar as desigualdades.

Na esteira deste raciocínio, cita-se:

De fato, o neoliberalismo econômico, que fundamenta a globalização da economia e a flexibilização dos direitos trabalhistas, empobrece e desagrega a classe trabalhadora, acentuando discriminações; basta ver os contrastes entre trabalho formal x trabalho informal, trabalhador com experiência x trabalhador sem experiência, trabalhador jovem x trabalhador envelhecido ou idoso, trabalhador homem x trabalhadora mulher, trabalhador “normal” x trabalhador portador de necessidades especiais. (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 232).

Neste mesmo sentido, tem-se que:

As ações afirmativas têm a incumbência de nivelar as classes e grupos sociais, concedendo vantagens jurídicas quando há desníveis fáticos, ou seja, o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos seria compensado por um desequilíbrio no plano jurídico, tutelado pelo Estado. Em uma simples analogia isso é facilmente perceptível quando se cogita de direitos trabalhistas, pois o legislador, preocupado com submissão do empregado ao império do empregador, editou normas protetivas, juridicamente desiguais, mas que permitem equilibrar o capital/trabalho. (CECCHIN, 2006, p. 330).

Verifica-se, por conseguinte, a necessidade de se implementar normas protetivas, por meio de ações afirmativas, que visam equilibrar a relação entre capital e trabalho. Ademais, o próprio Ministério do Trabalho e Emprego constatou a legitimidade de tais ações. Veja-se:

Segundo o glossário do Ministério do Trabalho e Emprego, ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada a alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios como ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 236).

Neste contexto, faz-se necessário destacar que a própria Constituição Federal, no art. 7º, por meio dos incisos XXX e XXXI³, evidencia a existência de diversas formas de discriminação, a saber: por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência. Urge ressaltar, no entanto, que este rol deve ser interpretado de forma exemplificativa, eis que, nos termos do inciso IV do art. 3º da Carta Magna, é proibida qualquer forma de discriminação arbitrária.

Neste sentido, serão abordadas as formas de discriminações ilegais mais comumente encontradas contexto laboral, sendo imperioso ressaltar, no entanto, que tal análise não objetiva esgotar o assunto, mas tão somente exemplificar a legitimidade das ações afirmativas existentes no direito do trabalho.

A primeira delas, diz respeito à discriminação por motivos de sexo, à qual visa implementar políticas de proteção quanto ao trabalho da mulher. Assim sendo, o inciso XX do art. 7º da Constituição preceitua que constitui um direito social “*a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”.

Deste modo, à luz dos ditames da Constituição, a Lei n. 9.029/95 objetiva o combate à discriminação da mulher trabalhadora, vez que, dentre outros parâmetros antidiscriminatórios, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho. Veja-se:

Com respeito especificamente à mulher, considera, também, práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou instigamento ao controle de natalidade; porém, não considera como tal “o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS” (art. 2º, Lei n. 9.029/95). (RENAULT, VIANA e CANTELLI, 2010, p. 113)

Posteriormente, a Lei n. 9.799/99 insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, nos termos do art. 373-A, o qual assim dispõe:

³ A propósito, o art. 7º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos XXX e XXXI, assim dispõe:
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (BRASIL, 1943).

Outra espécie de discriminação ocorre quanto à idade. Assim sendo, no que tange ao menor trabalhador, a Constituição instituiu um tratamento jurídico diferenciado, estabelecendo o contrato de aprendizagem, nos termos do art. 7º, XXXIII e art. 227, §3º, inciso I, ambos da CR/88 (RENAULT, VIANA e CANTELLI, 2010, p. 114). Neste mesmo sentido, a Lei n. 11.692/2008, instituiu o programa Projovem Trabalhador, o qual visa preparar o jovem trabalhador para o mercado de trabalho e ocupações alternativas geradoras de renda.

Nesta mesma linha de raciocínio, faz-se necessário mencionar que o art. 442-A da CLT proíbe exigência de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade, a fim de facilitar o ingresso do jovem no mercado de trabalho (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 241).

No que diz respeito à discriminação etária, não se pode olvidar, ainda, da discriminação existente ao trabalhador idoso, que, não raro, é despedido por não acompanhar o avanço tecnológico. Neste sentido, tem-se que:

No tocante aos trabalhadores envelhecidos, os mesmos são atingidos pelos efeitos da flexibilização, impostos pelo avanço tecnológico e pela globalização da economia. Assim, ditos empregados são considerados “velhos” e precocemente despedidos, sob o argumento de que possuem altos salários e não são suficientemente flexíveis para assimilar as novas tecnologias. (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 241).

Assim sendo, a Constituição Federal, nos termos do inciso XXVII do art. 7º, prevê a proteção em face da automação, na forma da lei. Do mesmo modo, a Lei n. 10.741/2003, também conhecida como Estatuto do Idoso, através dos artigos 26, 27 e 28, garante ao idoso condições ao exercício de atividade profissional, vedando discriminações por motivos de idade.

Outra forma de discriminação é aquela ocorrida em função do trabalhador deficiente. Por isso, a Constituição Federal, através do inciso XXXI do art. 7º, proíbe de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Neste sentido, a Lei n. 8213/2001, no seu art. 93, obriga as empresas com 100 ou mais empregados a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Ademais, vale ressaltar que, por ingerência do art. 471 da CLT, também são vedadas práticas discriminatórias com relação a trabalhadores com graves doenças crônicas, como por exemplo câncer ou AIDS.

Nesta toada, lança-se mão da seguinte passagem:

A jurisprudência tem desenvolvido reflexões significativas nesta área temática. Assim, já existem decisões (pioneiras, é bem verdade) que consideram discriminatórias e, via de consequência, inválidas dispensas de trabalhadores com doenças crônicas de suma gravidade, como câncer ou AIDS. É que a doença crônica de elevada gravidade torna o trabalhador deficiente físico (ou mental) permanente, favorecido por uma proteção especial da ordem jurídica (art. 7º, XXXI, CF/88; art. 471, CLT). (RENAULT, VIANA e CANTELLI, 2010, p. 116).

Também não se pode deixar de abordar a discriminação por motivos de cor e/ou raça. Assim sendo, em que pese não haver ainda nenhuma lei voltada exclusivamente ao campo trabalhista, nos termos art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, deve-se propiciar igualdades de oportunidades desses trabalhadores.

Nesta linha de raciocínio, cita-se:

No campo trabalhista, propriamente, não se vislumbra a existência de lei que crie incentivos ou facilidades para a contratação dessa parcela da classe trabalhadora que é discriminada, principalmente em face de empregos que exigem formação técnica ou superior. Todavia, no campo da educação, o poder público vem implementando ações afirmativas, ampliando o acesso ao ensino público fundamental e médio e criando cotas para acesso de negros, mulatos e índios no ensino público superior. (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 243).

Por fim, faz-se necessário frisar que tais apontamentos não objetivam caracterizar um rol exaustivo, vez que toda e qualquer forma de discriminação infundada, abusiva e arbitrária é proibida no ordenamento jurídico pátrio (art. 3º, inciso IV, da CR/88). Via de consequência tem-se que as ações afirmativas encontram-se devidamente amparadas na Constituição Federal de 1988, sendo uma forma de política legítima que visa a concretização do ideal de igualdade e à promoção da dignidade humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, inciso III, da CR/88).

6. CONCLUSÃO

A partir do conceito de justiça proposto por Aristóteles, verifica-se a importância da noção de virtude mediana, vez que, através da justa medida, consegue-se adaptar às singularidades dos casos concretos, de forma a alcançar a equidade.

Assim sendo, analisando os conceitos advindos da filosofia aristotélica, pode-se realizar um paralelo entre a justiça distributiva com a igualdade material e justiça corretiva com a igualdade formal. Isso porque a justiça distributiva objetiva a manutenção de um equilíbrio, sendo que nela a igualdade tem caráter proporcional, ao passo que, na justiça corretiva, a ideia de igualdade é perfeita e absoluta, sendo, por conseguinte, impessoal.

Isto posto, para se atingir o efetivo ideal de igualdade, deve-se distinguir as práticas discriminatórias ilícitas, que são arbitrárias e injustificadas, daquelas lícitas, que visam a inclusão social. Deste modo, é necessário ressaltar a importância do princípio da igualdade, que traz uma determinação positiva de forma a igualizar o tratamento jurídico às pessoas, e do princípio da não-discriminação, o qual tem uma acepção negativa, proibindo distinções injustas e indevidas.

Neste contexto, surge a necessidade de se implementar ações afirmativas, as quais possuem natureza multifacetária, que visam tanto proibir práticas discriminatórias quanto implementar mecanismos de inclusão, tendo, por conseguinte, caráter preventivo e reparatório.

Logo, verifica-se a legitimidade das ações afirmativas, que são políticas públicas e privadas, concebidas com vistas ao combate de quaisquer formas de discriminação, bem como

à promoção da inclusão social, de forma a promover uma efetiva igualdade de oportunidades a todos.

No que tange ao direito do trabalho, tais ações afirmativas se mostram imprescindíveis, vez que as relações travadas entre capital e trabalho tendem a acentuar ainda mais as desigualdades. Assim sendo, as ações afirmativas surgem como uma forma legítima de opor resistência às discriminações ocorridas no mercado de trabalho, elevando as relações laborais a um patamar civilizatório mínimo, através de oportunidades e vantagens equitativamente concedidas, de forma a garantir o fundamento basilar do Estado Democrático Brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999**. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9799.htm> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 2001**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 11.692, de 10 de junho de 2008.** Dispõe sobre o Programa Nacional de Inclusão de Jovens. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11692.htm#art24> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CECCHIN, A. J. **Acções afirmativas: inclusão social das minorias.** Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: Aide, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2013

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Discriminação no mercado de trabalho: consciência e ações de resistência.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 231-252, jul./dez. 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho: reserva de cargos em empresas: emprego apoiado.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: LTr, 2006.

LORENTZ, Lutiana Nacur; MIRANDA, Wagner. **A discriminação nas relações laborais pré contratuais, contratuais e pós contratuais através das listas sujas.** Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 34-52.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares coord. ; VIANA, Márcio Túlio coord. ; CANTELLI, Paula Oliveira coord. **Discriminação.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito.** Curitiba: Juruá, 2010.

RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

VIANA, Márcio Túlio coord.; RENAULT, Luiz Otávio Linhares coord. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.