

O DIREITO HUMANO À IGUALDADE, O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

LUCIANA CAPLAN*

Resumo: O princípio da igualdade, em tempos de globalização neoliberal, demanda novas reflexões. Se a igualdade formal prestou-se inicialmente aos interesses dos burgueses, a demanda atual não é suprida por seu conceito excludente, desatento às diferentes identidades humanas. A concepção da igualdade material como garantia concreta de condições idênticas de viver as diferenças é uma conquista histórica que não pode ser sacrificada em prol dos interesses do mercado. O princípio da igualdade deve ser tomado a partir daí, em especial no que pertine ao direito do trabalho, afeto a grupos sociais vulneráveis, de forma que o direito assumira postura emancipatória.

Sumário: 1 Introdução; 2 O Direito Humano à Igualdade; 2.1 A Igualdade e a Identidade; 2.1.1 A Igualdade Formal e seu Impacto nas Relações Sociais; 2.1.2 A Igualdade Material: um Desafio; 2.2 Os Direitos Humanos e a Igualdade Material; 2.3 Os Direitos Humanos e o Mercado Auto-regulado: empecilhos à Igualdade Material; 3 O Direito do Trabalho e o Princípio da Igualdade; 3.1 O Direito à Igualdade ou o Direito à Diferença? 3.2 O Direito do Trabalho: um Campo de Possibilidades ou uma Armadilha Ideológica? Limites e Possibilidades; 4 A Título de Conclusão.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Igualdade Formal, Igualdade Material, Direito do Trabalho, Princípio da Igualdade, Direito à Diferença, Identidade.

*Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região, Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP) e Doutoranda em Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha - Espanha).

1 INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade e sua aplicabilidade no direito do trabalho, na atualidade, demandam novas reflexões, dado o processo de globalização operado no contexto de acumulação financeira do capital.

O presente estudo não tem a pretensão de entabular análises acerca da natureza jurídica dos princípios e sua aplicabilidade no direito cotidianamente. Diversos estudos já foram elaborados neste sentido e, por certo, muitos mais serão ainda realizados.

A análise levada a termo diz respeito a que se refere o princípio da igualdade: qual o conteúdo de referido princípio e de que igualdade falamos. Afinal, a igualdade formal defendida pelos modernos teve grande impacto nas relações sociais, muitas vezes de forma negativa. Se é bem verdade que, em fins da década de 40 do século passado, a defesa da igualdade fazia-se fundamental diante das atrocidades cometidas pelos nazistas em nome das diferenças, não é mais neste cenário mundial que vivemos.

Ao contrário, atualmente, a propalada igualdade formal acaba por desrespeitar os seres humanos exatamente nos aspectos em que distintamente são construídas suas identidades. Passa-se a pensar, assim, num conceito de igualdade material e no que consiste, bem como em estabelecer relações deste conceito com os direitos humanos, desde um ponto de vista concreto, contextualizado, real, imanente – quiçá, mundano.

Construídas as bases acerca do conceito de igualdade material, faz-se necessário estabelecer sua relação com o direito do trabalho no contexto de globalização hegemônica depredadora e genocida em que

vivemos, no qual, mais que nunca, o ser humano coloca-se a serviço dos interesses do capital. O princípio da igualdade, neste prisma, pode prestar-se à reprodução de relações de dominação vitimizadoras ou à criação de condições emancipatórias e de dignidade.

A matéria é densa e demanda grande aprofundamento. Não se pretende exauri-la, mas apenas iniciar a reflexão acerca de tema tão importante.

2 O DIREITO HUMANO À IGUALDADE

2.1 A Igualdade e a Identidade

Nosso refletir sobre o tema tem por início a questão da categoria “igualdade”. A que nos referimos quando invocamos a igualdade? A questão toma relevância diante da evidência de ausência de igualdade efetiva entre os seres humanos, tão díspares e construtores de identidades ímpares, de forma que não se pode encontrar uma pessoa que seja igual à outra, nada obstante contarem com inúmeras semelhanças. Afinal, parafraseando as palavras unívocas de Herrera Flores e Sabariego Gómez, o ser não é o que é, mas o que o difere¹.

O conceito de igualdade universal, como o temos hoje, é produto da modernidade, tendo sido apresentado como grande idéia a partir da qual o mundo era possível, diante da razão, comum aos seres humanos e guia de seu pensamento². Rousseau, em seu “*Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens*” ao tratar da desigualdade, já apresentava dois tipos: a **desigualdade natural ou física**, estabelecida pela natureza “(...) y que consiste en la diferencia de

“A análise levada a termo diz respeito a que se refere o princípio da igualdade: qual o conteúdo de referido princípio e de que igualdade falamos.”

¹HERRERA FLORES, Joaquín. “Introducción General”. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. pág. 39.

²VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Barcelona: Crítica, 1993. pág. 10.

*edades, de salud, de las fuerzas del cuerpo y las cualidades del espíritu o del alma*³” e a **desigualdade moral ou política**, que dependeria de uma convenção e estaria autorizada pelo consentimento dos homens (!), consistindo nos “(...) *diferentes privilegios de los que gozan unos en detrimento de los otros, como el ser más ricos, más honrados, más poderosos que ellos o, incluso, hacerse obedecer*”⁴.

A partir desta classificação da desigualdade, cremos que se pode questionar qual igualdade teria sido proposta pelos modernos. Quiçá assista razão a Valcárcel quando afirma que os seres humanos são iguais ao nascer e ao morrer, em razão do que chama de “(...) *común destino de finitud tan patente que nadie se ha atrevido a negarla*”⁵. Ainda assim, devem ser consideradas as distintas formas com que são tratados os seres humanos em razão da hierarquia estabelecida na divisão social do trabalho já que até mesmo a valoração da finitude humana e o combate com ela travado acabam sendo distintos. Afinal, poder-se-ia dizer que a finitude humana é a mesma para os que têm acesso, por exemplo, a medicamentos de alto custo para tratamento de doenças e aqueles que não têm? Ou a finitude, em alguns casos, é passível de maior “flexibilidade”, enquanto em outros impõe-se como inexorável?

Ao final, a igualdade moderna coloca-se apenas como valor, como “dever ser” e, como tal, seu exercício acaba por decorrer de sua simples afirmação, não dependendo de concretização⁶. Faz-se necessária a busca de outro sentido – que não o moderno – a esta categoria.

Afinal, não há dúvidas de que o discurso da igualdade não pode estar pretendendo uma formatação idêntica a todos os seres humanos que elimine as diferenças concretas, responsáveis pela construção das identidades individuais dos sujeitos, à maneira

do filme “*Matrix*”, ou seja, mediante a equivocada compreensão de que à igualdade corresponde a ausência de diferença: “(n) *hay ningún modo de hacer de la humanidad un todo idéntico si no es a la baja, deshumanizándola*”⁷. Não é crível ser este o objetivo diante de sua impossibilidade concreta e real de atingimento. Os seres humanos jamais serão idênticos entre si. Este não pode, pois, ser o critério de igualdade.

Aceitamos, por consequência, a proposta de Valcárcel de que a igualdade adquire condição de factibilidade quando se refere a relações simétricas, deixando de ser vista como relação natural⁸. Discordamos de seu intento de vê-la como relação pactuada, no entanto, diante da conflitividade latente na sociedade, motivo pelo qual optamos por lhe atribuir caráter político.

A partir deste ponto de vista, toma relevância a construção individual e coletiva de identidade pelos sujeitos. Como bem assinala Sabariego Gómez, a partir da década de 80 do século passado, construiu-se uma perspectiva de concepção da identidade como algo processual e dinâmico, que influi e é influenciado pelos contextos em que se insere⁹. Daí que a identidade pode ser entendida como

(...) la experiencia del sujeto en torno a su ser y su existir y la identificación (entendida como interrelación) de esa existencia con los contextos en los que se desarrolla. El sujeto es en cada momento de su vida todo su pasado, su presente y su futuro – las proyecciones y deseos, las potencialidades – vividas en su tiempo y espacio respectivos, es decir, el sujeto es su hacer en el mundo. Esto categoriza a la identidad como heterogénea, ya que, como vemos, contiene elementos descriptivos, interpretativos y elementos sin elaborar (...)

³ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. 4ª ed. 2ª reimp. Madri: Tecnos, 2002. pág. 118.

⁴Idem.

⁵VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Pág. 11.

⁶Idem.

⁷Ibidem, pág. 13.

⁸Ibidem, pág. 13.

⁹SABARIEGO GÓMEZ, Manuel Jesús. “La Globalización de las relaciones entre cultura y política: una nueva ecología social de la identificación”. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. pág. 124.

Construída, reconhecida e respeitada a identidade de cada sujeito, por si e inserido na coletividade, torna-se possível o estabelecimento de relações igualitárias, obtendo-se, desta maneira, num plano concreto, o que se convencionou chamar de igualdade material.

2.1.1 A igualdade formal e seu impacto nas relações sociais.

Historicamente, constata-se o discurso idealista da igualdade – um dos pilares da construção da democracia a partir dos ideais burgueses do século XVIII – apresentou-se como universal, mas o que se verificou, na prática, foi a construção de uma ordem jurídica que acabou por assegurar concretamente esta igualdade de condições de exercício de direitos tão somente aos homens, ocidentais, brancos e proprietários. Estes, pois, os iguais; todos e todas as demais, por motivos de etnia, gênero, origem territorial, classe social, etc., diferentes. É a “*reducción de la condición de ser humano al occidental, blanco, varón y rico, que sería por tanto el verdadero y único sujeto del Derecho, de los derechos redundantemente humanos*”¹⁰. A compreensão deste fato é fundamental na superação de eventuais preconceitos existentes, em especial no tocante à discriminação em razão da origem de classe, bem como de opressões sofridas por trabalhadoras e trabalhadores negros ou de outras etnias igualmente discriminadas, por exemplo.

Se hoje pensamos que a escravidão humana não se justifica em nenhuma hipótese, nem sempre foi este o pensamento da humanidade ocidental. Também sustentamos a igualdade, ao menos formal, entre homens

e mulheres. No entanto, não apenas esta igualdade não é constatada na vida cotidiana como, há pouco tempo, sequer era reconhecida no plano ideológico. A história dos direitos humanos, portanto, “*(...) ha sido la historia de la lucha por alcanzar ese reconocimiento, por extender la noción de seres humanos más allá del cliché inicial*”¹¹. Não estamos diante de direitos prontos, rígidos, acabados que esperam apenas ser descobertos pela razão humana. Estamos diante de produtos culturais resultantes de processos culturais contínuos e, até o presente, “*(...) igualdad y libertad han tenido caminos escabrosos*”¹².

Diante do reconhecimento concreto da igualdade exclusivamente entre os homens proprietários, também os trabalhadores e trabalhadoras restaram excluídos, nada obstante a maior parte dos seres humanos enquadrarem-se como tal, deixando de ser considerados verdadeira e integralmente sujeitos de direito, dada sua necessidade de vender a força de trabalho como condição de sobrevivência¹³. E os direitos sociais por eles arduamente conquistados vêm sendo tratados, hoje, como custos de mercado a serem eliminados, pretendendo-se um retorno à situação anterior de maior discriminação dos obreiros e obreiras. Tudo isso como se fosse natural, ao final, a defesa de apenas alguns poucos seres humanos, que teriam tudo garantido, ao lado de muitos outros, que nenhuma garantia teriam. A condição humana de alguns privilegiados seria, assim, oriunda do que Javier de Lucas chamou de “*loteria del nacimiento*”, ou seja, critério de sorte pelo nascimento em uma condição (humana) ou outra (vista como não humana, desumana, ou de exclusão)¹⁴.

“Se hoje pensamos que a escravidão humana não se justifica em nenhuma hipótese, nem sempre foi este o pensamento da humanidade ocidental.”

¹⁰LUCAS, Javier de. *Blade Runner: el derecho, guardián de la diferencia*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003. pág. 32.

¹¹in: ibidem, pág. 38.

¹²VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. pág. 10.

¹³LUCAS, Javier de. *Blade Runner...* pág. 38.

¹⁴Ibidem, pág. 53.

Embora a igualdade formal moderna tenha construído um arranjo de poder diverso do pré-moderno, a discriminação permaneceu, sob um discurso igualitarista cínico. Abolidos os privilégios estamentais da nobreza e do clero, a origem social e territorial, bem como outras características do ser humano que o acompanham no nascimento passaram a ditar as condições de sua existência. É verdade que o capitalismo sustenta a tese da mobilidade social a partir do potencial individual. Também é certo que, de tempos em tempos, surge algum exemplo de que efetivamente esta hipótese é viável na prática. No entanto, não há dúvidas de que a discriminação permanece forte, mesmo em alguns desses casos (veja-se a forte questão racial nos Estados Unidos, por exemplo, onde muitos negros ascendem socialmente bem como o racismo brasileiro, muitas vezes dissimulado diante daqueles que “sabem permanecer em seu lugar”, dada a quase ausência de oportunidade de melhores condições de vida digna). Não se trata, pois, de simples estruturas sociais desiguais que forjariam indivíduos “iguais”, eis que estes já apresentam características excludentes em razão dos preconceitos existentes em face de cor de pele, origem social, gênero, etc. e que não são construídos *a posteriori*, mas determinados no momento de vinda ao mundo. Neste aspecto, as condições da pré-modernidade foram alteradas em favor do homem burguês mas, diante da ausência de igualdade material, não foram suprimidas de todo, escondidas sob o manto de uma condição humana pertencente apenas a um grupo de homens.

2.1.2 A Igualdade material: um desafio.

No entanto

(...) la condición humana no es *natural*, no nos viene de la naturaleza, precisamente porque el humano lo es por apartarse de ella. El desarrollo del ser humano es lo que le humaniza, lo

que le confiere esa condición, de forma que hay humanos que se deshumanizan y otros que se hacen más seres humanos¹⁵. (...) hacerme humano es un proceso largo, en el que puedo fracasar o engrandecerme¹⁶.

Paulo Freire é muito elucidativo neste aspecto. Para ele, os homens e mulheres são compreendidos como seres inconclusos, assim como os demais animais¹⁷. Porém, é identificada a distinção entre uns e outros na consciência de inconclusão que os primeiros têm e pelo fato de – ao contrário dos demais animais – terem transformado a vida em existência¹⁸.

Nesta inconclusão e na possibilidade de consciência de sua condição, com a conseqüente atuação no mundo, é que reside a igualdade humana. Portanto, daí a necessidade da igualdade enquanto instância política, de permitir a todos e a todas seu fazer no mundo, asseguradas condições materiais e imateriais para tanto, mediante garantias – não apenas, mas também – jurídicas.

Trata-se do empoderamento dos seres humanos, desde uma perspectiva de integração, em oposição às práticas hegemônicas de exclusão, para assegurar-lhes a dignidade, conforme a concebe a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores: como substrato sobre o qual descansa a condição humana mundana de contar com atitude – aquisição de tendência a fazer mais – e aptidão para tanto – estar apto, habilitado, poder fazer¹⁹.

Portanto, a igualdade material não é uma redução dos seres humanos a uma condição idêntica, mas a garantia concreta de condições idênticas de viver suas diferenças.

2.2 Os direitos humanos e a igualdade material.

Neste aspecto, os direitos humanos podem ser tidos como garantias jurídicas de

¹⁵Ibidem, pág. 33.

¹⁶Ibidem, pág. 36.

¹⁷FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 36ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003. Pág. 73.

¹⁸FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002. Pág. 98.

¹⁹HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri: Catarata, 2005. pág. 28.

empoderamento do ser humano para sua atuação no mundo, compreendidos a partir da teoria crítica formulada, entre outros, por Joaquín Herrera Flores²⁰. Para ele, os direitos humanos são produtos culturais oriundos da reação do ser humano diante dos entornos de relação consigo mesmo, com os outros e com a natureza. Como produtos culturais, surgem num contexto definido, não havendo fundamentos anteriores a eles a justificá-los.

Como tal, os direitos humanos não são fruto de privilegiados juristas que os descobriram através da investigação transcendental da razão humana ou de princípios religiosos que se encontram mais além da compreensão do ser humano mediano. Eles têm sua origem nos movimentos sociais e sua luta contra a distribuição desigual de bens materiais e imateriais.

Como resultado dessas lutas, vislumbra-se a assunção de compromissos e o estabelecimento de deveres que acabam por redundar em garantias políticas, sociais, econômicas e também jurídicas. Não são deveres impostos por uma instância transcendental, mas resultado de lutas emancipatórias, seja dos cidadãos burgueses contra os privilégios estamentais medievais da nobreza e do clero, seja das mulheres, em busca do direito ao voto, seja dos negros, pela liberdade ou dos trabalhadores e trabalhadoras por condições adequadas de trabalho e por vida digna a ser assegurada por justa remuneração, seja pelo respeito ao meio ambiente, condição de vida e de sobrevivência dos seres humanos, entre outras que podem ser mencionadas.

Como produtos culturais, os direitos humanos são sempre o resultado provisório dos processos culturais, crescendo às

conquistas mais e mais garantias, num procedimento dialético e histórico, mas sempre com a manutenção da unicidade da categoria. Os direitos humanos não podem ser entendidos e nem concretizados separadamente.

Assim, o uso da teoria das gerações de direitos humanos pode ser interessante do ponto de vista didático, porém é muito perigoso, eis que sugere uma visão unilinear da história, podendo levar à conclusão equivocada de que cada geração superou a geração anterior ou que a geração anterior já se encontra devidamente assegurada e não reclama maiores preocupações, prejudicando a necessidade de compreensão da unicidade dos direitos humanos.

Por esta razão, Herrera Flores propõe, a partir da concepção de que a luta pela dignidade tem um caráter global, a complementação da teoria das gerações – que conta com o mérito de desvelar a historicidade dos direitos humanos – com uma teoria de análise do que chama de gerações de problemas e lutas que obrigaram a adaptação de anseios e necessidades a novas problemáticas sociais²¹.

A divisão entre os direitos humanos civis e políticos, considerados de “primeira geração” e que têm origem na liberdade, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de “segunda geração”, que se fundam na igualdade, demonstra a primeira armadilha de tal procedimento que permite a compreensão da manipulação da teoria para assegurar a concepção de igualdade formal para todos e igualdade material apenas para os homens brancos, ocidentais e proprietários.

Embora o termo “direitos humanos” tenha surgido apenas em 1948, no início da Guerra Fria²², podemos reconhecê-los em

²⁰A construção deste raciocínio encontra respaldo nas obras de Joaquín Herrera Flores citadas na bibliografia. A contextualização necessária dos direitos humanos pode ser melhor compreendida a partir das obras *El Vuelo de Anteo* e *Los derechos humanos: una visión crítica*. Os processos culturais e o circuito de reação cultural estão analisados com profundidade em *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Por fim, os direitos humanos são analisados como produtos culturais e é construída a concepção de dignidade humana a partir do binômio aptidão-atitude em *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*.

²¹HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos: una visión crítica*. In: <http://www.fiadh.org/inicio.htm>, acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. pág. 56.

²²HERRERA FLORES, Joaquín. “Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”. SANCHEZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Pág. 80.

momentos anteriores da história da humanidade, no mundo ocidental. A Declaração francesa de 1789 estabelecia a igualdade como pilar da revolução. No entanto, é vista como fonte de direitos civis e políticos: “(...) não era previsto qualquer direito de natureza social e nem mesmo se pensava no valor da igualdade sob a perspectiva material e substantiva²³”.

E não havia necessidade de previsão dos direitos econômicos, sociais e culturais à época da construção do Estado liberal para que fosse garantida a igualdade entre os homens. Afinal, a igualdade restava assegurada pelos próprios direitos civis e políticos: eram garantias ao homem burguês. O discurso da igualdade universal caiu por terra quanto aos demais, pelas práticas burguesas de aplicação dessas garantias na vida prática, seja com a repressão do levante dos escravos do Haiti e com a execução pública de Olympe de Gouges. Tanto os negros haitianos quanto a escritora francesa pretendiam o reconhecimento jurídico e a concessão do estatuto de igualdade racial e de gênero. Não foram bem sucedidos²⁴.

A Declaração Universal de 1948 assegura direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 22, a todos, enquanto membros da sociedade²⁵. Esta redação também pode ser vista como uma armadilha, diante da exclusão a que estão submetidos quatro quintos da humanidade. Se não são membros da sociedade, uma vez que não reconhecidos como tal, não são, por certo, detentores de direitos econômicos, sociais e culturais.

Emerge a limitação da possibilidade de utilização dos direitos humanos como instrumento de libertação. Por outro lado, surge o desafio de se pensar o papel do direito numa prática verdadeiramente libertadora. Simultaneamente, a pequenez e a grandeza do Direito, objeto de reflexão a partir de suas possibilidades concretas.

É verdade que nem os tratados internacionais nem as legislações nacionais, por si só, bastam para garantir a inclusão social e a atenção à concretização de políticas de atenção à dignidade humana enquanto empoderamento de todos e todas. O Direito não é a panacéia para os vitimizados e vitimizadas pelo sistema-mundo. Há necessidade de práticas sociais de inclusão que assegurem garantias políticas, econômicas, sociais, culturais, etc. além das garantias jurídicas para tanto. No entanto, também há necessidade e possibilidade de funcionalização da garantia jurídica, ou seja, há necessidade de se atribuir à garantia jurídica – ao Direito, portanto – um papel concreto, efetivo e ativo de superação das exclusões, mediante a repressão das ações discriminatórias, mas também pela construção de uma práxis de inclusão.

2.3 Os direitos humanos e o mercado auto-regulado: empecilhos à igualdade material.

Já foi visto que a juridicização dos direitos humanos, inclusive o da igualdade, destinou-se originariamente apenas à burguesia que ascendia ao poder, nada obstante o discurso universalista. O que se pretendeu foi, na verdade, assegurar a igualdade entre os contratantes no mercado auto-regulado e não entre os seres humanos.

Ocorre que não apenas a universalidade, mas os próprios direitos humanos são incompatíveis com a lógica desse mercado auto-regulado burguês. Isto porque se depreende com facilidade da análise dos chamados teóricos do mercado, entre os quais, podemos citar Smith e Hayek, o rechaço a qualquer regramento que não se destine a assegurar ou obstaculize a acumulação sem restrições – morais, políticas, sociais ou culturais – do capital²⁶. Essa resistência se estende “(...) a cualquier norma, regla o procedimiento que intente regular la

²³PIOVESAN, Flavia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “Implementação do Direito à Igualdade”. In: PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. pág. 193.

²⁴HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Pág. 82-3.

²⁵BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. Saint-Paul: West Publishing Co., 1988. pág. 27..

²⁶HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 85.

*desigual y jerarquizada relación entre el capital y el trabajo (el cual es siempre el creador del valor social)*²⁷”.

O capital, ao apropriar-se absoluta e totalmente do mercado, fez desaparecer todas as normas mínimas que regulavam os intercâmbios de bens a partir do valor de uso destes, passando a considerar apenas o valor de troca, responsável por sustentar o processo de acumulação contínuo, global e irrestrito. Como tal, o ser humano e suas necessidades corporais são irrelevantes na atuação desta “mão invisível” e os reclames por dignidade são veementemente rejeitados diante da incompatibilidade com os procedimentos de acumulação irrestrita mencionados. Apenas os direitos humanos compatíveis com a lógica do mercado são observados (o direito de propriedade intelectual, por exemplo). Os demais, ainda que assegurados por inúmeros instrumentos internacionais, acabam sendo desconsiderados, na prática, pelos países signatários dos tratados.

Assim ocorreu também no tocante à igualdade. Historicamente, veio assegurada formalmente. As alterações que vieram ocorrendo são oriundas de lutas dos grupos vitimizados pela discriminação e preconceito ou pela inserção social em decorrência das necessidades do capital globalizado. Assim, a mulher vê-se, hoje, inserida no mercado de trabalho, inclusive com o eventual exercício de cargos de chefia. O mesmo ocorre com os discriminados em razão de origem racial. Tais alterações, no entanto, não atingem aos trabalhadores, em sua totalidade. A exclusão sofrida por estes é idêntica e a igualdade material está longe de ser alcançada pelos obreiros e obreiras, em qualquer lugar do mundo. Ao contrário, a grande mobilidade do capital vem aumentando a desigualdade e dificultando – em alguns casos,

impedindo – a organização de movimentos sociais de trabalhadores e trabalhadoras por condições dignas de trabalho e de vida.

3 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3.1 O direito à igualdade ou o direito à diferença?

Uma vez constatada a relação paradoxal entre o mercado e os direitos humanos e considerando as garantias dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais – dentre eles, o direito ao trabalho e os que com ele se relacionam –, a questão demanda a abordagem em dois aspectos: num primeiro, do ponto de vista da discriminação dos trabalhadores e trabalhadoras em razão das diferenças; num segundo momento, a exclusão decorrente de sua condição de trabalhadores.

Faz-se necessário, portanto, por um instante e num primeiro momento, pensar não mais a igualdade, mas a diferença. É bem verdade que esse pensar a diferença causou mal-estar na esfera internacional, no período posterior à Segunda Grande Guerra, eis que Hitler a usara como argumento para o extermínio e a destruição. Fazia-se neces-

sário, naquele momento, uma proteção geral, genérica e abstrata. No entanto, mais tarde, passou-se a reconhecer a necessidade de proteção especial e particular a determinados grupos, em razão de sua vulnerabilidade²⁸.

Isto porque da proteção genérica, abstrata e geral decorre o que Joaquín Herrera Flores chama de mal-estar da emancipação. Ou seja, este tipo de proteção levou à preponderância das teorias formais ou procedimentais de justiça, com o aspecto jurídico-cultural sobrepondo-se a igualdade à diferença. Aquilo ele descreve como: “(e)/

“...o ser humano e suas necessidades corporais são irrelevantes na atuação desta “mão invisível” e os reclames por dignidade são veementemente rejeitados diante da incompatibilidade com os procedimentos de acumulação irrestrita mencionados.”

²⁷Ibidem, pág. 86.

²⁸PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “Implementação do Direito à Igualdade”. Pág. 195.

*afán homogeneizador ha primado sobre el de la pluralidad y diversidad*²⁹. A conquista da igualdade de direitos não se apoiou nem impulsionou o reconhecimento e o respeito pelas diferenças. O sujeito de direito, por consequência, ficou “generalizado”, desvinculado dos contextos onde vive, de maneira que as situações de conflito desaparecem diante da igualdade formal, diante da aparência de justiça dos procedimentos. Desta forma, a discriminação e privilégios passaram a originar-se, de maneira invertida, da erradicação do gênero, do étnico, do racial, etc. do debate político.

Daí decorre a necessidade de se repensar o valor da igualdade, com o respeito e observância das especificidades e diferenças: “*Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva*³⁰”.

3.2 O Direito do Trabalho: um campo de possibilidades ou uma armadilha ideológica? Limites e possibilidades.

Embora marcado pelas relações sociais hegemônicas, o Direito configura-se como um campo de luta pela dignidade humana, onde é possível o estabelecimento de garantias de cumprimento dos deveres e obrigações assumidos como resultado das lutas emancipatórias travadas pelos grupos excluídos do acesso a bens materiais e/ou imateriais³¹.

Do ponto de vista jurídico, tem-se consolidado, no direito nacional e no direito internacional, o valor da igualdade – substantiva e real e não meramente formal –, com respeito à diferença e à diversidade. Neste sentido, Flávia Piovesan aponta o artigo 7º, inciso XX, da Constituição da República do Brasil que protege o mercado de

trabalho da mulher e que dá fundamento à Lei nº 9.799/99, bem como o artigo 37, inciso VII que prevê a reserva percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências³².

Na contra-mão destas disposições, há um reclame atual neoliberal no sentido de que sejam desconsideradas as questões atinentes à vulnerabilidade de alguns grupos sociais, a fim de que seja retomada a igualdade formal dos contratantes, nos moldes do Direito Civil do século XVIII.

A título exemplificativo, veja-se o estudo estatístico que restou conhecido como “Relatório Castelar”³³. Trata-se de análise de levantamento realizado junto a juízes e juízas dos diversos ramos do Poder Judiciário no Brasil, em 2002. Uma das preocupações do autor do relatório, comprometido com a eficiência e produtividade econômica do Poder Judiciário, reside na contraposição da imagem dos juízes e juízas brasileiros à visão tradicional da *civil law* que demandaria uma atuação jurisdicional limitada ao que Castelar chama de “correta aplicação da lei”³⁴. O Poder Judiciário brasileiro, segundo ele, estaria sacrificando a certeza jurídica em nome da justiça social, ocorrendo uma politização do Poder Judiciário mediante o que chamou de “[...] tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores”³⁵. E, neste sentido, constatou que 73,1% dos juízes e juízas optariam por decisões que violassem os contratos, em prol da justiça social³⁶.

O relatório ignora, neste caso, as previsões legais constantes da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código de Defesa do Consumidor, bem como os princípios que regem estes ramos do Direito, e que estabelecem a busca da compensação da desi-

²⁹HERRERA FLORES, Joaquín. “*Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización...*” pág. 72.

³⁰PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “*Implementação do Direito à Igualdade*”. Pág. 193.

³¹HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 92.

³²PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “*Implementação do Direito à Igualdade*”. Págs. 200-1.

³³CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, acessado em 11 de dezembro de 2005, às 12h32min.

³⁴Ibidem, pág. 6.

³⁵Idem.

³⁶Ibidem, pág. 22.

gualdade material verificada, através de inúmeros mecanismos, em especial hermenêuticos. Ao adotar uma visão de igualdade do ponto de vista exclusivamente formal, atribui à pessoa do julgador-julgadora a opção pelo que chama de “favorecimento”.

Ora, constatamos três concepções distintas de igualdade: a **formalista**, que se refere à igualdade de todos perante a lei e que foi importante, historicamente, para a abolição dos privilégios, ainda que do ponto de vista formal; a **material**, originária dos conceitos de justiça social e distributiva e, num momento posterior, uma outra concepção **material**, porém fundada na visão da justiça enquanto instância de reconhecimento de identidades, ou seja, igualdade mas também diversidade: “(...) crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas sobretudo iguais³⁷”. Trata-se de superar a simples tolerância, para construir um verdadeiro reconhecimento, o que demanda a superação do medo da verdadeira liberdade.

A igualdade material que reconhece e respeita a diversidade é uma conquista histórica que não pode ser sacrificada em nome dos interesses do mercado auto-regulado e do processo de globalização depredador que desconsidera o valor da vida humana. O princípio da igualdade deve ser tomado em consideração a partir desta concepção, em especial quando falamos do direito do trabalho, afeto a grupos sociais vulneráveis, muitas vezes por mais de um motivo. A vulnerabilidade dos trabalhadores e trabalhadoras evidencia-se, muito intensamente, na pactuação e execução dos contratos de trabalho, sejam de emprego ou não.

O capital adquiriu grande mobilidade a partir da década de 90 do século passado, com intensificação no processo de internacionalização da produção, distribuição e administração de bens e serviços, proces-

so este que compreendeu três aspectos principais: aumento do investimento estrangeiro direto, papel decisivo dos grupos empresariais multinacionais como produtores na economia global e formação de redes internacionais de produção.

Com isso, o que se constata é que, cada vez mais, a produção de bens e serviços não é realizada por empresas multinacionais, mas por redes transnacionais de produção, compostas também – mas não apenas – por empresas multinacionais. Estas redes transnacionais de produção são compostas por multinacionais, portanto, mas também por empresas pequenas e médias, que se ligam a esses grupos multinacionais, adquirindo, elas próprias, o caráter da transnacionalidade, por meio de acordos internacionais. Exemplo disso são os fabricantes de computadores taiwaneses e israelenses, que ampliaram suas redes até o Vale do Silício.

Segundo Castells³⁸, essas redes de produção têm uma geografia transnacional que não é indiferenciada: “(...) cada função produtiva *encontra local próprio (em termos de recursos, custos, qualidade e acesso ao mercado) e/ou se liga a uma nova empresa da rede que esteja no local apropriado*”.

Ocorre o dismantelamento das organizações de trabalhadores em decorrência desta configuração empresarial. Os grupos de trabalhadores ficam desempoderados diante do grande exército de reserva de mão de obra e da grande mobilidade do capital que, se insatisfeito com as condições de acumulação num determinado lugar do planeta, é recebido de braços abertos em outros lugares, ansiosos por “desenvolvimento”. Neste cenário, é possível, inclusive, visualizar grupos de trabalhadores em duas situações de exclusão: os excluídos que estão dentro do sistema (e, portanto, não gozam de todos os direitos concretamente, mas estão inseridos no sistema produtivo e, como tal, ainda

“...é possível, inclusive, visualizar grupos de trabalhadores em duas situações de exclusão: os excluídos que estão dentro do sistema...”

“...e os excluídos que estão fora do sistema...”

³⁷PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “Implementação do Direito à Igualdade”. Pág. 203.

³⁸CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. atual. São Paulo: Paz e Terra, 2002. pág. 163.

têm algum reconhecimento, embora pequeno) e os excluídos que estão fora do sistema (aqueles totalmente marginalizados, que sequer logram o ingresso no mercado de trabalho, por exemplo).

Pretendendo um estudo contextualizado do princípio da igualdade, temos como necessário considerar, diante da posição que os grupos de trabalhadores adotam no sistema-mundo, o binômio inclusão-exclusão³⁹, como orientador da aplicação prática do princípio da igualdade. O combate à discriminação, inclusive de trabalhadores combativos, não importa em automática inclusão. Na Política, a inclusão depende da prática que coíba as práticas discriminatórias e adote ações afirmativas, de “discriminação positiva”.

E, no Direito, que caminhos podem ser trilhados, considerando que os “(...) *molinos del Derecho ya son como los de la historia: demasiado lentos, demasiado monótonos*”⁴⁰? Qual o papel que ainda resta ao direito, em especial ao direito do trabalho, no tocante à igualdade entre os seres humanos, em tempos de globalização, quando o ritmo da vida social passa a tê-lo como um estorvo, como algo a ser superado, numa era de descodificação⁴¹? Haverá instrumentalidade emancipadora para o Direito que, segundo Javier de Luca, é o guardião do tempo anterior, da sobrevivência do *status quo*, fechando o futuro em razão de sua atuação⁴²? Será o Direito o guardião da diferença enquanto estigmatizador, como carrasco do que nos é alheio (e que, justamente por isso, nos permite definirmo-nos como nós mesmos)⁴³?

O Direito, enquanto produto cultural, está inserido num determinado contexto. Portanto, pensá-lo enquanto instrumento emancipador à disposição do processo de humanização dos seres humanos importa em aceitar a proposta formulada por Javier de

Lucas: olhar mais além da atual fronteira do humano – “(...) *que no es un postulado irrefutable, un dato irrefutable, sino un momento de la historia de la humanidad*”⁴⁴- e estarmos dispostos a dar vários passos para estender o reconhecimento jurídico próprio do humano.

O Direito vem administrando o caos que não pode eliminar, aceitando a existência do outro que se limita à sua condição de ferramenta, mantendo-se num mundo invisível para os humanos de verdade, mas tem como presença inaceitável a do outro que leva a sério sua vocação de ser igual⁴⁵. O ataque à possibilidade de resistência obreira em face do desmantelamento do direito laboral, levado a termo de diversas formas pelas grandes transnacionais, é uma ação semelhante ao racismo, eis que nega ao trabalhador e à trabalhadora a condição humana e, desta forma, permite a discriminação, a perseguição, a eliminação ou segregação e a conversão em meros instrumentos (a reificação)⁴⁶.

A superação desta postura demanda o rechaço ao cinismo que acompanha o mito da exclusão justa, a exclusão “inevitável”, exigida pelas regras de racionalidade econômica⁴⁷.

4 A TÍTULO DE CONCLUSÃO

O discurso moderno da igualdade formal levou a grandes e, em nome da ausência de discriminação, a um outro tipo de exclusão: a decorrente da desconsideração das características que levam à construção de identidades. No atual momento de globalização do processo de acumulação financeira do capital, faz-se necessária a construção de um conceito de igualdade material que seja funcional aos processos de luta pela dignidade humana, ou seja, pelo empoderamento dos seres humanos de for-

³⁹PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “Implementação do Direito à Igualdade”. Pág. 199.

⁴⁰LUCAS, Javier de. *Blade Runner*... pág. 24.

⁴¹Ibidem, pág. 28.

⁴²Ibidem, pág. 25.

⁴³Ibidem, pág. 28.

⁴⁴Ibidem, pág. 36.

⁴⁵Ibidem, pág. 46.

⁴⁶Ibidem, pág. 49.

⁴⁷Ibidem, pág. 53.

ma a que lhe sejam asseguradas condições materiais e imateriais para que desenvolvessem atitudes e aptidões.

No campo do direito do trabalho, esta demanda é ainda mais forte, dado o processo de constante vitimização dos trabalhadores, incrementado pela mobilidade adquirida pelo capital e pelo desmantelamento das organizações obreiras, seja pela ausência de adequação dos sindicatos aos novos tempos, seja pelo grande exército de mão-de-obra de reserva que deixa os trabalhadores sem possibilidade de negociação.

Deve o Direito, assim, buscar novos rumos de atuação, a fim de esquivar-se de cumprir função de reprodução da razão econômica neoliberal cínica, trilhando caminhos emancipatórios e de humanismo concreto.

BIBLIOGRAFIA

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. Saint-Paul: West Publishing Co., 1988. págs. 24-61.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. atual. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Tradução de Roneide Venâncio Majer.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, acessado em 11 de dezembro de 2005, às 12h32min. 49 págs.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 36ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003. 184 págs.

_____. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002. 245 págs. Notas de Ana Maria Araújo Freire.

HERRERA FLORES, Joaquín. “Los Derechos Humanos en el Contexto de la

Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”. In: SANCHÉZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. Págs. 21-101.

_____. *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. 373 págs.

_____. *Los derechos humanos: una visión crítica*. In: <http://www.fiadh.org/inicio.htm>, acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. 168 págs.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005. 296 págs.

_____. “Introducción General”. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. págs. 17-45.

LUCAS, Javier de. *Blade Runner: el derecho, guardián de la diferencia*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003. 68 págs.

PIOVESAN, Flavia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. “Implementação do Direito à Igualdade”. In: PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. 447 págs.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. 4ª ed. 2ª reimp. Madri: Tecnos, 2002. Tradução de Antonio Pintor Ramos. 265 págs.

SABARIEGO GÓMEZ, Manuel Jesús. “La Globalización de las Relaciones entre Cultura y Política: una nueva ecología social de la identificación”. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. págs. 109-149.

VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Barcelona: Crítica, 1993. 205 págs.