

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO II**

EDSON RICARDO SALEME

EDUARDO MILLEO BARACAT

MARIA ROSARIA BARBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme, Eduardo Milleo Baracat, Maria Rosaria Barbato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-309-2

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

O GT - Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II do XXV Congresso CONPEDI - CURITIBA - PR envolveu os respectivos membros em profundo e profícuo debate em torno de temas de alta relevância social, como só acontece no espaço acadêmico.

Os temas, selecionados a partir dos trabalhos aprovados, se concentraram em dois grandes grupos: a tutela individual do trabalhador e as novas perspectivas do direito sindical.

No primeiro grupo, notou-se especial interesse dos debatedores em torno da tutela jurídica da pessoa humana, sobretudo ante as atuais tentativas de alterações legislativas que buscam a flexibilização de algumas regras trabalhistas. O debate em que se evidenciou maior divergência de opiniões envolveu os trabalhos que tratava da terceirização. Com efeito, ocorreu vivo debate em torno da alteração legislativa encaminhada através do PL 4330/2004 que, se aprovado, autorizaria a terceirização de mão-de-obra relacionada à atividade fim do tomador de serviços. Os pontos de vista divergentes centraram-se, de um lado, na terceirização, enquanto importante instrumento para o desenvolvimento produtivo e criação de empregos e, de outro, como mecanismo que vai intensificar a precariedade do trabalho e a exclusão social.

A propósito, também houve relevante debate acerca dos trabalhos que investigaram a flexibilização das leis trabalhistas principalmente enquanto prática que visa à retirar do trabalhador direitos que lhe permitem auferir os meios necessários à sua subsistência com dignidade. Teceu-se severa crítica ao neoliberalismo e a fragilidade do Estado ante às pressões do mercado. No entanto, houve relevantes argumentos em sentido em contrário, ou seja, de que a rigidez das regras trabalhistas desestimula os investimentos privados e, conseqüentemente, limita a criação de postos de trabalho com prejuízos aos próprios trabalhadores.

Ainda no tocante a tutela da pessoa do trabalhador, observou-se relevante foco em relação à pessoa do trabalhador com deficiência e a necessidade de ações afirmativas que busquem sua inserção no mercado de trabalho. Sob esse enfoque, destacaram-se trabalhos que investigaram a atuação do Ministério Público do Trabalho, enquanto importante ator institucional no combate à discriminação, e o dever da empresa de reabilitar e requalificar trabalhadores com deficiência em razão de acidente de trabalho.

No âmbito do combate à discriminação do trabalhador, houve interessante debate sobre o trabalho que pesquisou a questão da idade do indivíduo como fator de discriminação. O autor fez paralelo entre o sistema aplicado no âmbito nacional e aquele aplicável na Justiça europeia. Trouxe casos marcantes que evidenciam a discriminação brasileira de pessoas pertencentes à faixa etária mais avançada.

Também no tocante à discriminação, apresentou-se trabalho sobre a discriminação de pessoa nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. A discussão girou em torno de dados que o empregador obtém do empregado e com eles gerar indesejadas discriminações.

A discriminação dos trabalhadores europeus migrantes na União Europeia foi foco de instigante discussão. As autoras evidenciaram detalhes das dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores que buscam novas oportunidades laborais naquele continente, sem o feedback esperado por seu esforço de integração. Sugeriram formas de reinserção deles na nova realidade social.

A questão do meio ambiente e sustentabilidade, como fórmula essencial para a época que vivemos, foi, igualmente, tema de trabalho apresentado e discutido.. A autora relatou a importância em se manter um ambiente adequado para o desempenho do trabalho de maneira proveitosa e rentável. Relatou que a Convenção 170 da OIT que determina a indicação, pelo empresário, do tipo de substância química a que está submetido o trabalhador e os possíveis riscos a sua saúde.

A responsabilização civil e a doutrina do punitive damages também gerou importante discussão. A autora propôs o debate sobre novos rumos da responsabilidade do empregador por danos morais no ambiente trabalhista.

O papel do CNJ ao fixar metas de produção das unidades judiciárias, sobretudo em relação a atuação do magistrado foi abordado criticamente, na medida em que impõe uma prática de mercado para o serviço público e a atividade jurisdicional em particular. E a discussão travou-se em torno da compatibilidade entre o cumprimento das metas, a saúde do servidor público – inclusive o magistrado – e a qualidade do serviço público prestado.

As controvérsias acerca do trabalho escravo foi igualmente enfrentado pelo Grupo. Com efeito, ainda são encontrados em determinadas regiões brasileiras pessoas sujeitas à condição análoga à da escravidão. A discussão sobre o tema se impõe visto que a Emenda à

Constituição que alterou o artigo 243 da Constituição Federal deve ser regulamentada de maneira a viabilizar a plena justiça, sem se olvidar dos rurícolas existentes nas propriedades.

No âmbito do direito sindical, as discussões se centraram em torno dos trabalhos que investigaram a liberdade sindical e a democracia. O tema é extremamente atual e enfoca a necessidade de uma dimensão clara, por parte dos indivíduos sindicalizados, em determinadas decisões. Indica que devem estar a par das necessidades econômicas e laboras e estabelecem decisões que possam viabilizar a continuidade das categorias.

Também na seara sindical, abordaram-se as novas perspectivas dos sindicatos como atores sociais, sobretudo diante desta fase de luta pela justiça social. Travou-se discussão no tocante à conexão entre diversas fases históricas da humanidade, tecendo-se análise comparativa do direito brasileiro com o direito italiano.

Não obstante esse avanço legislativo, observa-se a possibilidade de retrocesso em face das conquistas laborais, sobretudo com a possibilidade de terceirização e quarteirização da mão-de-obra, de forma a gerar notável impacto nos direitos até então obtidos. Nesse sentido o GT teve marcante produção e relevantes estudos.

Estima-se boa e atenta leitura aos trabalhos apresentados no Grupo.

Prof.Dr. Edson Ricardo Saleme - UNISANTOS

Prof. Dr. Eduardo Milleo Baracat - UNICURITIBA

Profa. Dra. Maria Rosaria Barbato - UFMG

O ESTADO COMO PROMOTOR DE DISCRIMINAÇÃO POR IDADE: ANÁLISE DE CASOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO BRASIL.

THE STATE AS PROMOTER OF AGE DISCRIMINATION: CASE STUDIES IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE SUPERIOR COURT OF WORK IN BRAZIL.

João Adolfo Maciel Monteiro ¹

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar a idade como fator de discriminação quando o agente discriminador é o próprio Estado. A idade como fator de discriminação é um dos principais temas debatidos na União Europeia, tornando-se assunto recorrente no Tribunal Europeu. No Brasil o tema ainda não tem a devida proporção que exige, e por isso deve ser analisado, para que não nos deparemos com uma sociedade mais velha desprotegida de seus direitos. Analisaremos alguns julgamentos dos Tribunais Superiores como forma de comparar o direito e compreendermos melhor as formas de proteção à pessoa idosa nos ordenamentos jurídicos estudados.

Palavras-chave: Idade, Discriminação, Inclusão, Desenvolvimento

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze age as a discrimination factor when the discriminator agent is the state. Age as a discrimination factor is one of the main topics discussed in the European Union, becoming recurring theme in the European Court. In Brazil the subject does not have the proper proportions which requires, and should therefore be analyzed, lest we encounter with an older society unprotected from their rights. We will review some judgments of the High Courts as a way to compare the right and better understand the forms of protection to the elderly in the studied legal systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Age, Discrimination, Inclusion, Development

¹ Mestrando em Direito Laboral pela Universidade de Coimbra

1 - Introdução e Perspectiva Sócio-Jurídico-Económico

Garantir direitos e efectivar as legislações vigentes é papel fundamental de qualquer Estado democrático moderno. No entanto, em decorrência de suas atividades administrativas os Estados acabam por privilegiar interesses da administração em detrimento de determinadas minorias, podemos perceber isso claramente nas políticas de reforma obrigatórias para determinadas faixas-etárias. Essa é uma prática que não tem fronteiras, como veremos nos casos europeus e brasileiros analisados mais adiante. Em decorrência desse tipo de discriminação os tribunais têm sido acionados no intuito de delimitar quais práticas discriminatórias são ou não aceitáveis. Portanto, esse trabalho pretende analisar os casos discriminatórios mais recentes para entender as decisões dos tribunais e suas relações com uma aplicação mais ampla ou mais restrita das leis de proteção contra atos discriminatórios.

Inicialmente devemos delimitar que os atos de discriminação são muito ligados a factores que são intrínsecos as características individuais das pessoas como sexo, idade, etnia, factores de exclusão que são completamente alheios à vontade do indivíduo em si, e que cerceiam seu livre desenvolvimento como pessoa. Nesse sentido, devemos levar em consideração que os atos de discriminação são, em regra, lançados contra um determinado grupo de pessoas, individualmente ou em conjunto, e por isso individualizam o ser humano de forma excludente, visando, em geral, diminuí-lo ou excluí-lo das práticas sociais de uma comunidade, tais atos devem ser combatidos e serem alvos de uma justiça correctiva, que proporcione ao discriminado a devida reparação pelos atos sofridos. Podemos verificar bem essas delimitações no texto de Mestre (2015).

Essas delimitações trazidas pelo autor são de grande valia para demarcarmos juridicamente a discriminação com relação a pessoa idosa no mercado de trabalho. No entanto, carece de uma análise um pouco diferenciada, pois o grupo de idade mais avançada que sofre a discriminação tem peculiaridades que, corriqueiramente, passam despercebidas pelos legisladores (os quais, muitas vezes, são idosos). No ocidente a busca pela jovialidade, pelo controle do tempo, é um mito que tem perpassado toda nossa cultura, a concepção de velho não é ligada a factores bons, de desempenho e prestígio, pelo contrário, infelizmente, em nossa sociedade há uma caracterização da pessoa idosa como humano limitado, com incapacidades, que deve ser ajudado a manter sua vida pelos demais membros da sociedade.

Esse parece ser o caso de astigmatismo analítico tácito, pois as legislações sempre trataram o idoso dessa forma, mesmo quando eles não representavam uma parte significativa da pirâmide social, ou mesmo como agora, onde sua participação começa a preocupar os legisladores, mais pelo impacto que seu crescimento demográfico trás as finanças públicas que pelo fato de ser um grupo merecedor de respeito e de direitos fundamentais como qualquer ser humano. Nesse sentido, é interessante a percepção de Marque (2011), quando fala do problema da aceitação das pessoas quanto ao fato de o velho ser um incapaz, pouco produtivo, e que deve ser retirado do mercado de trabalho.

Como veremos mais a frente, os casos de discriminação por idade que tem chegado ao Tribunal Europeu são promovidos, em sua maioria, por trabalhadores idosos, de um bom nível salarial, com carreira estabelecida, larga experiência, e que ao se aproximar de seu final de carreira são surpreendidos com algum tipo de discriminação, como percebido por Dewhurst (2013) com relação aos casos europeus. Isso nos mostra que a idade é um recorte horizontal dentro das várias formas de discriminação, e é tão horizontal que abarca inclusive os que, no decorrer de sua vida, nunca pertenceram a nenhum dos grupos característicos que sofrem discriminação.

E ao falarmos em horizontalidade precisamos lembrar, numa sociedade que envelhece, que este é um lado cruel na realidade enfrentada hoje, a de que as pessoas que estão inseridas em algum grupo discriminado tenderá a sentir ainda mais o peso da discriminação quando passar as fases da sua vida, e aumentar o número de anos em sua idade. A discriminação por idade adiciona-se a já existente e, nesse caso, a matemática é diferente, o total pode ser maior que a simples soma dos termos.

Com base nesses fatores sócio-económico-jurídicos, o presente texto visa analisar o que vem sendo debatido no Tribunal de Justiça da União Europeia¹, tomando por análise os posicionamentos tomados por esta Corte em casos anteriores, também relativos a discriminação da pessoa idosa que tem em seu polo discriminador o Estado. A comparação com o quadro brasileiro é de suma importância para que não incorremos nos mesmos erros e contribuirmos para uma legislação e prática jurídica que permita minorar ao máximo a discriminação por idade nas práticas trabalhistas.

Vejamos então algumas legislações, dados e políticas públicas desenvolvidas na Europa e no Brasil. As alterações da população brasileira são acompanhadas através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, que obtêm inúmeros dados da

¹ Os fatores sócio-económico também são levados em consideração pelo Tribunal, como podemos retirar de Moreira (2012) p. 95.

população anualmente. Esse indicador trouxe, nos últimos anos, significativas alterações na população brasileira, que apontam para um envelhecimento rápido, e com grandes desigualdades sociais na qualidade de vida dos idosos. Por exemplo, o aumento do número de idosos superior a 40% entre os anos de 2001 (31,7%) e 2009 (46,8%)². Esses números são importantes para percebermos que o crescimento da população idosa trás uma série de impactos nas contas públicas desde a saúde até a previdência social.

Todos esses dados, bem como as políticas públicas voltadas para a questão da pessoa idosa não são exclusivos do Brasil, a União Europeia vem enfrentando esse problema há um tempo um pouco mais longo. De início, podemos chamar a atenção para a pesquisa “The 2012 Ageing Report, Economic and budgetary projections”³, que trás os dados da projeção para a população europeia para os próximos 50 anos, e os mesmos são impressionantes com relação ao rápido envelhecimento dessa população. O que acarretará na alteração da proporção entre os trabalhadores na ativa para os que estão aposentados, passando dos atuais 4 para 1, para 2 para 1, caso não se modifiquem as atuais legislações por estado membro.

Em decorrência dessa característica da pirâmide etária, a União Europeia declarou o ano de 2012 como o ano do Envelhecimento activo⁴, dentre outros fatores, em decorrência do rápido crescimento da população acima dos 50 anos. O envelhecimento ativo não é só a promoção de um melhor ambiente de trabalho, ou legislações que o promovam, envolve toda questão da criação de um ambiente social onde essa faixa etária possa se sentir incluída, a promoção de uma sociedade onde envelhecer seja tão normal quanto ser jovem. Neste sentido, a União Europeia está à frente do Brasil que ainda carece de efetividade de suas políticas públicas e legislação. Promover a inclusão dos mais velhos talvez seja o grande dilema de uma sociedade que tanto luta para parecer jovial.

Chamamos atenção para a conclusão que Moreira (2012) chegou, qual seja, a preocupação que a UE vem tendo com relação a legislação e as políticas públicas voltadas para os idosos se dá muito mais por uma questão financeira do que por uma preocupação com os direitos dos homens. E ela afirma isso com interessantes

² Ind010104 - Índice de envelhecimento da população, por ano, segundo região e escolaridade [Internet]. Disponível em: <http://dssbr.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Ind010104-20120130.pdf>

³ The 2012 Ageing Report. http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2012/pdf/ee-2012-2_en.pdf

⁴ Decisão nº 940/2011/UE do PARLAMENTO EUROPEU e O CONSELHO de 14 de Setembro de 2011 sobre o Ano Europeu do Envelhecimento Activo e da Solidariedade entre as Gerações (2012) in <http://www.igfse.pt/upload/docs/2011/Decisao%20n%20940-2011.pdf>.

fundamentos como, por exemplo, as taxas de emprego discriminadas na Agenda de Lisboa, que para a população média é de 70%, e para os trabalhadores na faixa-etária dos 55 aos 64 anos é de mais de 50%. Essa é uma crítica contumaz, pois mostra que a preocupação financeira é sim o pano de fundo das políticas para a população mais velha.

Ora a atual situação econômica do Brasil também pode trazer essa reflexão, já que é historicamente constatado que nos períodos de descontrole econômico sempre há uma disposição dos governos para alterar as prerrogativas para a aquisição de aposentadoria e pensão, fazendo com que o trabalhador permaneça mais tempo contribuindo, ou seja, mais tempo trabalhando. Esses dados e constatações mostram como é importante nos situarmos histórica e socialmente para melhor compreendermos como e porque as legislações são criadas, e quais a suas finalidades.

2. Perspectiva na Europa através da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O esforço da comunidade europeia para efectivar suas legislações e políticas gerais tem sido constante e volumoso. Para tanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem exercido um importante trabalho no intuito de as Directivas promulgadas serem pacificadas no interior de cada legislação dos Estados Membros. Essa não é uma tarefa simples, mas tem trazido significativo material na jurisprudência que ajudam, de forma contumaz, na interpretação das Directivas⁵.

Nessa fase analisaremos dois casos que dizem respeito a discriminação por idade em que constam como réus dois Estados Membros que através de suas legislações agiram em desacordo com as Directivas vigentes, especificamente a 2000/78/CE. Para tanto, devemos especificar o procedimento de análise utilizado pelo Tribunal ao receber um processo, vejamos: 1º o Tribunal verifica se o caso em análise se enquadra nos termos da directiva, ou seja, se é um caso de discriminação ou não; 2º nessa fase é averiguada a diferenciação de idade, da forma de tratamento entre os trabalhadores em decorrência dela; 3º nessa fase o que é analisado são as motivações para tal ato discriminatório, se os objetivos podem ser justificados com base em finalidades legítimas e adequadas, incluindo aí a existência de políticas públicas de promoção do

⁵ A quantidade de processos com relação a idade chama atenção, com mostra SCHIEK (2011) p. 778.

emprego, mercado de trabalho e desenvolvimento profissional, por fim; 4º a Corte analisa se o método escolhido foi razoável e adequado.⁶

Seguindo essa metodologia, para a análise das decisões que serão investigadas, podemos antecipar que os casos são de discriminação direta, com base na directiva 2000/78/CE, especificamente nos artigos 1º e 2º da mesma. A mesma directiva, ainda em seus considerandos, mais especificamente o 8º, afirma estar em consonância com a Orientação para as Políticas de Emprego do Conselho Europeu realizada em dezembro de 1999, em que se destaca a necessidade de promover um mercado de trabalho mais aberto à participação dos mais velhos, aumentando a sua vida ativa, fato que não se comprova nas queixas analisadas.

Ainda com relação a participação dos mais velhos, a directiva vai considerar também que, em circunstâncias específicas, é possível a existência de tratamento diferenciado com relação a idade, no entanto, essas diferenças de tratamento devem ser justificadas, e ter como objetivo a política de emprego, o mercado de trabalho e a formação profissional. Essa é uma especificação interessante, pois ao falar de política de emprego está a se falar de algo que é intrinsecamente ligado ao Estado, e não aos particulares, ou seja, é possível que esse pratique algum tipo de discriminação com relação à idade, desde que tenha por base alguma política pública. Essa consideração reflete de forma clara nos artigos 4º e 6º da directiva⁷.

O primeiro processo a ser analisado é o C-546/11 que tem Erik Toftgaard contra Indenrigs-og Sundhedsministeriet. O caso prende-se ao fato de ter sido negado ao Reclamante o abono de disponibilidade, unicamente pelo fato dele já ter mais de 65 anos, e com isso poder ser aposentado pela lei, caso assim desejasse. O senhor Erik Toftgaard foi prefeito de Vejle (Dinamarca) até dezembro de 2006, quando foi despedido, e o mesmo não pretendia se aposentar, apesar de já ter idade para tanto em conformidade com o Estatuto dos Funcionários. No momento do despedimento o funcionário solicitou que lhe fosse designado outro posto de trabalho, e que estaria disposto a aceitar uma remuneração menor.

O processo teve como ponto central saber se o artigo 32 da Lei relativa ao funcionário é ou não de acordo com a directiva 2000/78/CE, principalmente com relação ao artigo 6º, que havia sido ferido pela legislação dinamarquesa, segundo o

⁶ Tal delimitação é verificada em Dewhurst (2013). p. 525-526

⁷ Como bem delimitado em Almeida (2009) p. 134

autor, ou, de acordo com o Governo Dinamarquês, que tal legislação se tratava de um regime profissional de segurança social, e que estaria de acordo com o artigo 6º, nº 1.

O tribunal entendeu em primeiro lugar que se tratava de uma discriminação por idade, e que o abono que poderia ser pago tratava-se de remuneração, ou seja, como tal abono era ofertado pelo empregador ao funcionário que tivesse sua função suprimida, e este abono poderia ser pago por até três anos, nos quais o funcionário deveria estar a disposição do empregador, inclusive se esse oferecesse outra função o empregado era obrigado a aceitar, caso contrário perderia o abono. Com relação a segunda fase de análise, é fácil perceber que a diferenciação introduzida pela lei é relativa à idade, já que o trabalhador com mais de 65 anos fica privado de receber tal benefício, estando ele aposentado ou não.

O Tribunal, respondendo ao primeiro questionamento feito no tribunal de origem, lembrou que o nº 2 do artigo 6º da Directiva em análise trás um rol taxativo e restritivo que pode ser utilizado pelos Governos como forma de preverem diferenciações de tratamento com relação à idade. Ocorre que, na legislação dinamarquesa, o abono em questão não se enquadra em nenhuma das delimitações contidas no nº 2 do artigo 6º. E afirmou ainda que tal artigo só deve ser utilizado quando se tratar de reformas por invalidez dentro de um regime de segurança social, o que não é o caso do abono. Com isso o Tribunal não vislumbrou necessidade de reponder ao segundo e terceiro questionamento, passando diretamente para o quarto.

Tal fato nos leva diretamente para a terceira e quarta etapa de análise. O Governo Dinamarquês alegou, com base no artigo 6º, nº 1, que a medida era justa, e visava por um lado as necessidades do Estado quanto as adaptações e reestruturação administrativa que passava, bem como proteger os funcionários de possíveis ingerências políticas nesse processo. Contudo, alegava que os funcionários aposentados ou aposentáveis não passariam por este problema, já que tinham, ou teriam a possibilidade de ter uma remuneração que os deixava de certa forma imunes a pressões. Excluir os funcionários acima dos 65 anos também evitava uma dupla remuneração por parte do serviço público.

Tais argumentos são factíveis com base no artigo 6º, nº 1, e assim entende o Tribunal, no entanto, tal possibilidade deve ser analisada em cada caso concreto, como já decidiu com farta jurisprudência o Tribunal, para averiguar se tais fatos são ‘apropriados e necessários’. Com base nas argumentações do Governo Dinamarquês o Tribunal entendeu que a legislação era justa, ou seja, apropriada e necessária para

garantir o que se pretendia. Porém, é preciso saber se ela não se excedeu em tal propósito, e com relação a isso o Tribunal teve opinião divergente.

O fato de se buscar amenizar possíveis efeitos colaterais de uma reforma administrativa promovendo um abono para os funcionários que tivessem seus cargos suprimidos é perfeitamente cabível, indo além, fazer com que esse abono não fosse utilizado por quem já recebia proventos do Estado também é possível e em conformidade com a legislação europeia. O fato que não foi razoável é que o Estado, na sua legislação, equiparou quem poderia receber uma pensão por reforma com quem já encontrava-se reformado.

Essa equiparação fazia com que o funcionário que não desejasse se aposentar fosse obrigado a tal, para que não ficasse sem receber provento nenhum. Esse fato sim é completamente dissonante da Directiva 2000/78, além de que, se o funcionário que não desejava acabasse por se aposentar ele receberia uma aposentadoria menor do que se continuasse trabalhando até a reforma compulsória aos 70 anos. Dessa forma, há dois fatos graves observados pelo Tribunal, o primeiro é de que a legislação de forma indireta obrigava quem não desejava a se aposentar, o que é uma discriminação por idade, e ainda mais, caso o fizesse a aposentadoria seria inferior se tivesse continuado a trabalhar, como desejado. Esse primeiro caso nos mostra como a título de reforma administrativa o Estado pode acabar por promover injustiças, principalmente com relação as pessoas mais velhas.

O segundo processo a ser analisado é o C-286/12, em que contendem a Comissão Europeia como demandante e o Estado da Hungria como demandado. O caso diz respeito ao fato de o demandado ter promulgado Lei que diminuía a aposentadoria compulsória dos 70 para os 62 anos de magistrados, membros do ministério público e notários, sendo que tal lei seria aplicada de forma escalonada para os funcionários que já estavam em serviço.

De forma breve podemos dizer que o Estado Húngaro a título de uma reforma administrativa, promovia a reforma nas categorias acima citadas com o intuito de uniformizar as regras relativas às aposentadorias, como também promover um maior ingresso de magistrados mais novos. Com esse intuito foi elaborado um plano que colocava de forma obrigatória a aposentadoria para os que completassem 62 anos, a partir de 2012, e que se estenderia de forma escalonada até o ano de 2016, quando a reforma se igualaria aos demais funcionários públicos, sendo em torno dos 65 anos a aposentação.

A Comissão Europeia afirmou ser desproporcional o mecanismo utilizado, por vários motivos, primeiro que era uma clara discriminação por idade, o que colocava esses profissionais em situação de desvantagem com relação aos demais funcionários públicos, já que esses poderiam optar ou não pela reforma aos 65 anos, enquanto aqueles estavam obrigados a se reformar aos 62, mesmo que não tivessem alcançado o limite máximo de sua aposentadoria. Além disso, o simples fato de reformar os mais velhos não gera uma garantia que quem vá ocupar as vagas abertas sejam os mais jovens, bem como não proporciona a interação entre essas duas faixas etárias. Sugeriu a Comissão que tal redução deveria ter sido aplicada de forma a reduzir gradativamente o limite dos 70 anos.

O Tribunal, seguindo a sua tradicional sequência de análise, verificou em primeiro lugar que o caso se enquadrava na directiva, bem como se tratava de uma discriminação por idade, já que os trabalhadores com mais de 62 anos, sejam magistrados, procuradores ou notários teriam um tratamento diferenciado com relação aos funcionários de idade inferior. Dessa forma coube analisar se a legislação em debate se enquadrava nas exceções contidas no artigo 6º, bem como se o método escolhido se mostrava razoável e adequado.

Com relação as motivações que levaram a promulgação da lei, que diz respeito a uma reforma administrativa com objetivo de equalizar as varias reformas existentes no funcionalismo público são motivos legítimos que podem ser enquadrados no artigo 6º, nº 1 da Directiva 2000/78⁸, cabendo por último analisar se os meios utilizados eram adequados e necessários para a prossecução dos objetivos. E é justamente nessa fase que os argumentos da demandada passam a não coincidirem com os preceitos da Directiva. E os motivos são o fato de a legislação praticamente não permitir que as pessoas se programassem para serem aposentados, bem como poderiam ser reformados com uma perda de até 30% dos seus rendimentos, fatos que não são nem razoáveis nem adequados para os funcionários nem para a Directiva em questão.

Em decisões anteriores podemos ver o Tribunal decidindo de forma mais aberta quando se tratava de reforma por idade ligada a objetivos administrativos e de política social, como no caso Palácio de Las Villas, onde se buscou o fundamento na legislação da década de 80 para entender como justificada a política social de reforma obrigatória. Em contrapartida o Tribunal agiu de forma mais restrita no caso Mangold, onde afirmou

⁸ Nesse sentido o Tribunal já se pronunciou anteriormente, como nos acórdãos *Age Concern England*, *Hütter*, e *Prigge*.

de forma tácita que a adoção da idade como único critério não se traduz em um meio adequado de política pública.⁹ Essa última posição pode ser o que venha a ser adotado de forma mais sistemática pelo Tribunal, não no sentido de engessar as políticas públicas de previdência, mas sim no intuito de proibir que determinados estereótipos possam ser absorvidos pela lei.

Vê-se isso claramente no caso da Dinamarca, onde unicamente pelo fato de o trabalhador poder se aposentar, ou seja, apenas pela possibilidade, isso já o excluía do benefício. É como se quem pudesse se aposentar na verdade devesse se aposentar, dessa forma podemos perceber o que o Tribunal está a combater, pequenas nuances que podem reforçar discriminações que não são mais aceitas na legislação europeia.

Em sentido parecido, porém um pouco mais óbvio, mostra-se o caso da Hungria, apesar de ser uma legislação nacional, e de ter um claro intuito de equalizar as contas públicas o Tribunal não entendeu como adequado o meio como foi realizado. Neste caso percebemos uma manifestação do Tribunal no sentido de ser ainda mais restrito, mesmo quando se trata de políticas públicas de previdência. Relembremos do caso Palacio de Las Villas, onde foi-se buscar a intenção do legislador na década de 80 para aceitar a reforma obrigatória do empregado. No caso húngaro essa maleabilidade foi descartada, mesmo o governo demonstrando o seu plano de reorganização o Tribunal afirmou que o mesmo não era adequado, e por isso feria a Directiva 2000/78.

Essa direção apontada, independente dos fatores económicos e sociais que possam ter, parecem mostrar que o Tribunal tende a restringir as possibilidades de discriminação praticadas pelos Estados, e esse é um importante indicativo¹⁰. Afirmamos isso pois as políticas públicas deveram ter maior acuidade ao delimitarem as pessoas que serão estigmatizadas pelas reformas obrigatórias e, principalmente, deverão lembrar que mesmo tendo a possibilidade de restringir a participação dos mais idosos no mercado de trabalho tal fato só será aceito se for possível comprovar que não havia

⁹ Nesse sentido SCHIEK (2011) p. 785-786

¹⁰ Uma pergunta que pode ser aqui feita, em diálogo com Almeida (2009) é se a fasquia está a ser levantada? se é possível identificar uma mudança de posicionamento e consequentemente maior restrição a função legislativa do Estado, como bem identificado anteriormente pela autora: “Pode ser que, a nível comunitário, o TJCE estivesse disposto a colocar a fasquia mais abaixo. Não só essa fasquia tende a ser mais baixa quando aplicada à função legislativa do Estado, como ela provou ser particularmente baixa quando aplicada à discriminação baseada na idade: Connolly nota como, em Palácios, “o tribunal expressou a margem de discricionariade do Estado (ao desenvolver uma política social de emprego) aquiescendo naquilo que as autoridades espanholas consideraram razoável”. Em Palácios, criar oportunidade de trabalho para desempregados (parágrafos 58, 64) e encorajar o recrutamento (parágrafo 65) foram enfaticamente declarados objetivos legítimos. Em Petersen, repetir as possibilidades de emprego entre gerações foi expressamente sancionado”. p. 139-140.

outras formas mais adequadas para tanto. Percebemos aqui uma maior aproximação das decisões do Tribunal com as políticas de integração do idoso da União Europeia.

Podemos estar na frente do fenómeno do aprofundamento dos direitos a não discriminação na UE, como delimitado pela professora Numhauser-Henning (2013). Esse aprofundamento é interessante, e difere um pouco do que a professora falou, pois o Tribunal indica, nos dois acórdãos analisados, que o direcionamento quanto as possibilidades de discriminação por parte dos Estados ficará mais restrito. No entanto, o questionamento que ainda resta é saber qual a opinião do Tribunal caso não houvesse ocorrido a perda financeira para os trabalhadores, o Tribunal teria agido da mesma forma?¹¹ Não vemos ainda uma opinião clara quanto a esse ponto pelo Tribunal.

De toda forma, não nos parece condizente com a política europeia de inserção, ou permanência, do idoso no mercado de trabalho, que uma justificativa de inexistência de perdas financeiras possa ser suficiente para os Estados não serem condenados quanto a discriminação com relação à idade. Mesmo que com base na conjuntura sócio-económica ou, como afirmamos acima, por uma questão de direitos humanos, a questão de inexistência de perda financeira dever passar a ter uma menor interferência nas decisões do Tribunal.

Nesse sentido, em diálogo com o texto de Teresa Coelho Moreira, acima citado, as suas críticas nos parecem corretas, mas talvez sejam justamente as preocupações económicas que farão com que o aprofundamento do direito das pessoas idosas se torne uma realidade, não só como políticas públicas da União Europeia, mas poderão também causar reflexos positivos frente aos tribunais.

3. Perspectivas no Brasil através da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Para melhor visualizarmos a questão do idoso no Brasil iniciaremos com uma análise da vasta legislação vigente, que garante proteção e tratamento diferenciado para a pessoa idosa, posteriormente passaremos para uma análise de julgamentos recentes realizados pelo TST que indicam o posicionamento dessa Egrégia Corte nos casos relativos à discriminação da pessoa idosa. Neste sentido iniciaremos pela análise pela Constituição Federal de 1988.

¹¹ Os casos levantados pela professora revelam que o Tribunal ainda varia muito de opinião, mas com os casos que trazemos parece realmente haver um indicativo para restringir as possibilidades de discriminação por parte do Estado, com relação a variação da opinião do Tribunal a professora fala nas páginas 404-405.

São fundamentos da República Brasileira a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, tais fundamentos são de extrema importância para a defesa da pessoa idosa, pois encontramos já no artigo 1º da CF/88 dois incisos que embasam de forma tácita a defesa da pessoa idosa no trabalho, como forma de defender a sua dignidade enquanto pessoa, bem como a de encarar o trabalho como um valor social e não unicamente financeiro.

Avançando na CF, temos um artigo que se destaca para a defesa do idoso, o art. 7º, XXX, que encontra-se inserido no Capítulo II, o qual tem por título Dos Direitos Sociais. Esse inciso XXX chama bastante atenção, pois proíbe não só a diferença com relação ao trabalho, mais também delimita que as formas de contratação, e por analogia a de demissão, não podem ser tomadas tendo por base qualquer critério que gere uma discriminação fundada na idade.

Neste mesmo sentido, encontramos mais adiante no Capítulo VII, que trás no seu título o tema idoso, e dispensa artigo específico para o mesmo Art. 230. Esse artigo talvez não caiba de forma exata nas questões relativas ao trabalho, mas demonstra que desde a redemocratização do país há uma clara preocupação com a questão do idoso (ao menos na letra fria da Lei). Isso se demonstra também nas legislações específicas que surgiram posteriormente, as quais passamos a analisar.

A Lei que instituiu a Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/1994) tinha por objetivo promover o bem estar do mesmo no seio de uma sociedade que ainda era jovem, e demonstrar que o envelhecimento é uma questão social, bem como que a pessoa idosa não deve sofrer nenhum tipo de discriminação. Atentemos para o fato de que pessoa idosa é a que tem mais de 60 (sessenta) anos de idade. Com relação a questão do trabalho a Lei delimita uma série de proteções no art. 10, IV.

Observemos que a alínea 'a' trata da criação de mecanismos que impeçam a discriminação da pessoa idosa no mercado de trabalho, tanto no setor público quanto no setor privado. Esses mecanismos efetivamente nunca foram criados, até porque é difícil conceber, mesmo que hipoteticamente, quais poderiam ser, além de que, já existe a proteção constitucional para tanto. Obviamente que reafirmar direitos não é ruim, a diferença está na sua implementação, vejamos por exemplo que nas questões individuais de discriminação que constam no TST, grande parte diz respeito a atos praticados por empresas públicas, ou seja, o próprio Estado que deveria garantir os direitos acaba por ser o promotor da discriminação contra a pessoa idosa.

A legislação posterior, especificamente a Lei 9.029/1995 é de bastante relevância no seio das relações de trabalho, isso porque ela é categórica em delimitar que não pode haver discriminação ou prática limitativa para efeito de contratação e manutenção do contrato de trabalho. Essa defesa do direito do trabalhador em não ser discriminado por qualquer dos motivos elencados é muito importante, pois demonstra que a defesa de uma relação não discriminadora no mercado de trabalho se dá antes mesmo da efetivação do vínculo de trabalho, como bem delimita o artigo 1º.

Fica claro a proteção contra a discriminação mesmo antes do surgimento do vínculo de emprego, bem como posteriormente a seu surgimento. Para a nossa análise também é de fundamental importância essa legislação, pois ela especifica a questão da idade como fator de discriminação. A pessoa então não pode ser preterida a uma vaga de emprego ou ser demitida com alguma fundamentação que demonstre o fator da idade como sendo o ensejador de tais atos.

No esteio da legislação de 1994, a Lei 10.741 de 2003 aprofunda-se e elenca uma série de direitos que são destinados à pessoa idosa, bem como algumas medidas que os governos deverão promover. Para o estudo em questão interessa o Capítulo VI, e seus artigos 26, 27 e 28.

Com essa legislação temos um arcabouço jurídico de extrema relevância para a garantia dos direitos dos trabalhadores idosos. Esses são pontos fundamentais para analisarmos as questões judiciais e os direitos dos trabalhadores. Não podemos deixar de destacar que o termo ‘idoso’ só aparece na CLT uma única vez, no art. 708, e apenas para tratar da questão da substituição do presidente e vice do TST. Essa é uma constatação que corrobora o que falamos no início do presente trabalho, o tema da pessoa idosa ainda é muito recente na legislação brasileira.

3.1 Abordagem do Tribunal Superior do Trabalho-TST sobre discriminação da pessoa idosa.

Passaremos agora a análise de alguns julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho sobre processos que tinham em suas iniciais questões relativas a discriminação por idade, neste sentido chama atenção um fato, há uma quantidade excessiva desses processos que tem como parte reclamada empresas públicas. Esse é um fato interessante, pois demonstra que o Estado acaba sendo um propulsor das desigualdades existentes quanto as pessoas mais velhas.

Outro fato que também podemos retirar dessa grande quantidade de empresas públicas no polo dos reclamados é que, para o empregado público, talvez seja mais fácil

exigir os seus direitos, já que lhes assiste uma segurança no emprego maior do que o empregado da iniciativa privada, como também o fato de o poder aquisitivo dessas pessoas ser maior do que o da faixa média da população, o que lhes garante a possibilidade de contratação de advogados e de suportar os trâmites processuais de forma menos árdua do que um empregado com menor salário.

Também chama atenção o fato de que os trabalhadores que reclamam da discriminação são pessoas que já estavam aposentadas, ou já haviam adquirido o direito de se aposentar pelo teto de suas contribuições, e que ocupavam cargos de maior relevância dentro das empresas. Essa é outra questão que corrobora com a opinião do parágrafo anterior, pois mostra que pessoas com maior escolaridade, e maior tempo de serviço têm uma maior propensão de exigir seus direitos.

Os debates que iremos ver contém também um argumento comum por parte das instituições reclamadas, a de uma necessidade de reforma administrativa de suas estruturas, fato que leva a demissão justamente dos trabalhadores mais velhos. Tal argumento é um tema interessante já que, muitas vezes, ele é lançado a título de defesa, e é de difícil averiguação, o que leva a julgamentos diferenciados como poderemos ver. Parece que o administrador pode arguir uma reforma administrativa a título genérico, como meio de defesa, o que leva há uma grande dificuldade por parte do reclamante de conseguir provar a discriminação.

O primeiro julgamento que vamos analisar é o AIRR 817-40.2011.5.09.0863, trata-se de uma ação interposta por um funcionário da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, por conta de sua demissão dois anos após ele ter entrado com o pedido de aposentadoria e ter continuado trabalhando. Esse fato é permitido pois o mesmo foi contratado pela empresa sem concurso público, por meio da CLT antes da CF/88, e ganhou estabilidade após a promulgação da Constituição Cidadã.

A alegação por parte da empresa era a de que ele não poderia acumular a aposentadoria juntamente com os vencimentos do cargo que ocupava, e também que o seu desempenho tinha caído de forma drástica após a aposentadoria, o que levaria a uma demissão por justa causa. Quanto ao primeiro argumento o Tribunal de Origem, bem como o TST negaram provimento, pois já está pacificado nos Tribunais Superiores que o art. 37, § 10, da CRFB/1988 só se aplica aos casos de cumulação de remuneração com proventos oriundos do regime estatutário, mas não veda a cumulação de remuneração de emprego com proventos de aposentadoria paga pelo Regime Geral da Previdência Social, e esse era o justamente o caso do reclamante.

Com relação a queda do desempenho e da reestruturação administrativa alegada pela reclamada o Tribunal procedeu com uma análise mais acurada para verificar se as alegações de defesa eram cabíveis, tendo em vista que o empregado público não detém a estabilidade do servidor, mais ainda assim a sua demissão deve ser justificada por motivos cabíveis (fato que veremos em julgamentos analisados mais a frente).

A alegação de que teria existido uma reforma administrativa não foi aceita por um motivo simples, o reclamante foi o único demitido da sua unidade de pesquisa, o que demonstra que numa mostra que uma reforma deve existir uma padrão das ações, e se essas ações são contra um único empregado não vai se ter uma caracterização de reforma. Soma-se a isso o fato de outros aposentados da unidade de pesquisa do reclamante continuar trabalhando, fato contraditório com a alegação de reforma, já que não houve padronização das ações.

Também foi constatado pelo Tribunal de origem, e seguido pelo TST, de que a queda na avaliação de desempenho do reclamante não era significativa, e ainda assim tal avaliação colocava o reclamante num patamar de 80% de aprovação de seu trabalho. Neste sentido os tribunais afirmaram que houve a diminuição de rendimento, e que também o reclamante não estava entre os melhores avaliados, mas isso não significava um baixo rendimento do mesmo.

Por conta desses fatores o TST afirmou que a demissão do reclamante não passou de uma ato discriminatório por conta da idade do mesmo, inclusive trazendo o seu conteúdo decisões anteriores que tomam por base justamente a Lei 9.029/95. E como podemos ver a análise realizada nos tribunais foi justamente a de que a argumentação quanto a reforma administrativa não se concretizou, e quando o padrão de demissão recaí unicamente sobre um trabalhador não há que se falar em reforma administrativa.

Na mesma linha, mas com decisão completamente diferente é o AIRR-12800-81.2009.5.01.0005, onde litigam Antônio Benedito Serafim e a Companhia Estadual de Engenharia de Transportes e Logística - CENTRAL, do Estado do Rio de Janeiro. Nela o reclamante alega a discriminação com relação a idade em decorrência de sua demissão sem justa causa, asseverando que com base na teoria dos motivos determinantes sua demissão havia sido inválida, pois tomou por base o fato de o reclamante ser aposentado e continuar trabalhando. Esse fato parece ser, de início completamente discriminatório, mas não foi a opinião do TST.

O Tribunal de origem, com base em decisões do TST, que são reafirmadas nesse julgamento, afirma que a demissão ocorreu com base legal, em decorrência de uma

reforma administrativa promovida pelo Governo do Estado, e que tinha critérios definidos para a demissão dos empregados públicos. O Governo Estadual promoveu uma reestruturação administrativa através de decreto estadual, com a finalidade de atingir um melhor equilíbrio financeiro das contas públicas.

Os critérios adotados para as demissões dos empregados, e que constam do decreto, foram o seguinte: em primeiro lugar as pessoas já aposentadas; e segundo o pessoal aposentável (homens com pelo menos 30 anos de contribuição ao INSS, e pelo menos 53 de idade, e mulher com pelo menos 25 anos de contribuição ao INSS e 58 de idade); depois disso os empregados cedidos a órgãos que não são do núcleo do governo, e por fim os empregados cedidos a órgãos que são do núcleo do governo.

O tribunal pondera que esses critérios são claros e objetivos, e que tinham por finalidade o menor impacto possível na sociedade e na vida das pessoas, tendo em vista que a prioridade era justamente a dos empregados que já tinham se aposentado, ou seja, que já tinham uma renda definida, e que, em tese, não precisariam procurar emprego caso fossem demitidos.

Essa alegação é bastante forte, pois toma o nítido objetivo de não averiguar se a aposentadoria supre ou não as necessidades dos aposentados, e toma justamente a presunção de que, caso não seja suficiente, esse é um problema da família, e não do Estado. Fato que entra em contradição com o art. 3º da lei 10.741/03, pois nele está contido que é dever da família, mas também do Estado. Obviamente não é uma decisão fácil, mas ela prima pela objetividade e motivação das decisões dos ordenadores de despesa governamental.

Mais a frente a decisão vai, de forma didática, indicar quais seriam as outras variáveis possíveis de comprovar o ato discriminatório por parte do Estado, alegando que o reclamante não promoveu tais alegações, e que por isso não restou provado o cunho discriminatório de tal decisão. O tribunal fala que poderia ter se questionado a necessidade da reforma promovida pelo estado, mostrando que o cargo ocupado pelo reclamante havia sido preenchido por pessoa mais nova através de novo concurso público, ou terceirização, ou que os motivos apresentados no decreto haviam de alguma forma sido desviados.

Essa é uma ponderação difícil mais que vai lastrear as decisões do Tribunal, qual seja, há de existir motivações claras, objetivas, que tenham um papel importante a cumprir dentro da instituição (como melhoria do desempenho financeiro, por exemplo). Se esses objetivos são cumpridos, o Tribunal vai aceitar que tais medidas sejam

tomadas e, para tanto, vai desconsiderar a possibilidade de existir algum tipo de discriminação por idade, pois o objetivo maior é a necessidade de reforma.

Acreditamos que em parte o Tribunal age de forma equivocada ao tomar tal decisão, isso porque deve ser levado em consideração a realidade social do aposentado dentro da sociedade brasileira, e atentar para o fato de que a busca pelo melhor desempenho administrativo financeiro das instituições não deve estar acima da busca do bem estar social da pessoa idosa. Consideremos que se a pessoa se aposente e ainda assim continua a trabalhar deve ser por algum motivo, e provavelmente são motivos financeiros, pois as aposentadorias dos trabalhadores em sua grande maioria não condiz com a realidade financeira que os mesmo tinham, ou têm, enquanto estão na ativa.

Observemos que nestes dois julgamentos estão presentes as legislações acima mencionadas, mas a adoção das mesmas se dá com perspectivas completamente distintas, servindo tanto para condenar as práticas dos empregadores, quanto para corroborar as mesmas, ainda que essas acabem por excluir de alguma forma a presença dos idosos no mercado de trabalho.

Alguns dados chamam atenção para o papel do aposentado na família brasileira, como o fato de dois terços da população com 60 anos ou mais, no ano de 2002, estarem recebendo algum tipo de benefício de pensão (77%), o que representava uma parte substancial da renda familiar. A renda de idosos que vivem com outros membros da sua família representava quase 60% do total da renda familiar, em áreas urbanas, e 70%, em áreas rurais.¹² Desconsiderar tal participação na renda familiar brasileira, ainda mais dos que por algum motivo necessitam continuar trabalhando é um fato preocupante, e que o TST deveria atentar.

Esse fato mostra que não há na legislação brasileira, em nenhum momento, uma citação de algo que é bastante difundido na Europa, por exemplo, o conceito da convivência intergeracional. Esse conceito de que as várias gerações devem viver e atuar conjuntamente no seio da sociedade é uma concepção avançada, pois vai além do conceito de que os mais jovens devem cuidar dos mais velhos, mas sim de que as gerações convivem, cada uma contribuindo dentro de suas capacidades físicas e mentais.

Na próxima parte desse trabalho veremos que a questão da discriminação com relação idade está geralmente ligada a fatores que acabamos de analisar, a questão da

¹² WAJNMAN, S.L. et al. The capital for the old age. In: CAMARANO, A.A. (Org.). *The new sixties in Brazil: the elderly Brazilians and their new social roles*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 439-464.

aposentadoria ou da demissão forçada, a de saber se é possível uma delimitação legal com base na idade, e principalmente, uma fato que permeia todos esses debates, é o de saber qual o papel do idoso dentro de uma sociedade moderna.

Essa questão é fundamental para o direito, pois será a partir desse conceito do papel do idoso no seio da sociedade que poderemos avançar na defesa dos direitos da pessoa idosa, e não apenas julgar com base em legislações que, como vimos, podem dar margem para interpretações tanto a favor como contrárias a participação ativa e cotidiana dos idosos no mercado de trabalho. Os números demonstram que eles tem um papel fundamental dentro da economia, principalmente nas classes mais baixas. Cabe agora a nossa legislação e jurisprudência atentar para o que vem sendo mostrado na realidade brasileira.

5 – CONCLUSÃO

A discriminação com base na idade promovida por Estados soberanos, a despeito das legislações protetivas existentes, tanto nacional quanto no âmbito das comunidades internacionais, é evidente. As discriminações, como podemos perceber, sempre têm relação com alguma política estatal, seja de reestruturação administrativa, seja com relação as reformas e pensões. Nesse sentido, existe embasamento legal para que tais discriminações ocorram por parte da entidade máxima que deveria combatê-las.

Com relação ao que ocorre na União Europeia há, como vimos, legislação específica para combater as discriminações no mercado de trabalho, englobando as mais diversas formas de discriminação. No Brasil há uma diferença legislativa, já que há norma específica que trata da questão do idoso, mas de forma genérica, e não especificamente com relação ao mercado de trabalho, e que por vezes dispensam apenas alguns artigos quanto ao tema.

Como bem delimita Júlio Manoel Vieira Gomes (2007), as Directivas da UE tratam da discriminação dentro de uma política mais geral, ligada aos direitos humanos, e que no caso da Directiva 2000/78/ CE, o legislador intentou listar um número fechado de tipos de discriminação, o que acarreta numa maior limitação no combate a essas. Importante também é o fato das várias possibilidades de ponderações quanto as práticas discriminatórias, como consta do artigo 6º da Directiva. Isso leva os Tribunais a um maior esforço na aplicação da directiva no caso concreto, o que por vezes acarreta em construções jurisprudenciais que variam ao longo do tempo¹³.

¹³ GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 387-388

No caso brasileiro o TST, a despeito das legislações nacionais específicas que tentam promover uma melhor assistência social a pessoa idosa prefere, como vimos, quando se trata do Estado, prezar pela objetividade da legislação administrativa, mesmo que essa tenha sido efetuada para um momento específico da vida da administração pública, em detrimento das leis que protegem a pessoa idosa. Há no entanto algo em comum, o fato de as pessoas idosas estarem mais atentas aos seus direitos, nos dois ordenamentos.

Podemos perceber também que a delimitação do que seja a pessoa idosa é de fácil percepção perante os Tribunais, bem como de que para eles os Governos gozam de uma ampla liberdade de escolha nas políticas públicas quando se diz respeito a sacrificar, de alguma forma, a função de um funcionário que está perto da aposentadoria, ou em encaminhá-lo para uma, mesmo que a contragosto desse. Mais que o fato de poder retirar um empregado de sua função, ou de reformá-lo contra a própria vontade, o que percebemos é que há uma certa leniência das legislações quanto a transformar um trabalhador ativo em inativo, desde que haja justificativas razoáveis para tanto.

Tais recursos parecem não caber mais na atual conjuntura sócio-demográfica, e mais que isso, os Tribunais Europeus parecem indicar possibilidades cada vez mais restritas quanto as possibilidades de discriminação por parte dos Governos. No entanto essa é uma construção contínua, que tanto tem referência no artigo 6º da Directiva 2000/78/CE, e nas interpretações restritivas que se podem fazer de tal arquivo, como, com o passar dos anos, o entendimento de uma maior participação das pessoas mais velhas no mercado de trabalho parece encontrar abrigo no Tribunal Europeu.

Os fluxos jurídicos contém avanços que têm por base a compreensão da realidade social, esses fluxos são efetivados não só através dos alargamentos dos direitos, como também do aprofundamento dos mesmos. E essas ondas acabam por ir, aos poucos, galgando mais espaços nas praias que frequentam. Os tribunais continuam sendo um bom indicativo de para onde esses fluxos têm apontado, e com relação a União Europeia apontam cada vez mais para uma maior proteção da pessoa idosa, fato importante e que devemos estar atentos.

Como falamos no início do texto, a experiência que o velho continente tem em decorrência de ter iniciado sua alteração da pirâmide social bem antes que o Brasil fez com que as preocupações com o direito das pessoas idosas figurasse de forma antecipada aqui na Europa. Perceber como as legislações comunitárias têm tentado

delimitar e proteger o idoso é de suma importância para antecipar possíveis caminhos que serão percorridos pela legislação brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joana, **Do artigo 348.o do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário**, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2009, n.º 34, págs. 117 a 155.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

BARROS, R.P.; CARVALHO, M. **Desafios para a política social brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Textos para discussão, n. 985).

BARROS, R.P.; MENDONÇA, R.; SANTOS, D. **Incidência e natureza da pobreza entre idosos no Brasil**. In: CAMARANO, A.A. (Org.). *Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999. p. 221-250.

BUTLER, R. **Ageism: a foreword**. *Journal of Social Issues*, Washington, DC, v. 36, n. 2, p. 8-11, 1980.

BYTHEWAY, B. **Ageism and age categorization**. *Journal of Social Issues*, Washington, DC, v. 61, n. 2, p. 361-374, 2005.

CACHIONI, M.; AGUILLAR, L.E. **Crenças em relação à velhice entre alunos da graduação**, funcionários e coordenadores envolvidos com as demandas da velhice em universidades brasileiras. *Kairós*, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 95-119, 2008.

COUTO, M.C.P. et al. **Avaliação de discriminação contra idosos em contexto brasileiro: ageismo**. *Teoria & Pesquisa*, Brasília, DF, v. 25, n. 4, p. 509-518, out./dez. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

DEWHURST, Elaine. **The Development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment: ‘Will You Still Need Me? Will You Still Feed Me? When I’m Sixty-Four’**. *European Law Journal*. Oxford, p. 517-544. 04 jul. 2013. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12042/pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

FARIA, Paulo Ramos, “**Velhos São os Trapos: Discorrendo por Analogia sobre o Acórdão Palacios de La Vila**”, *Questões Laborais*, ano XVI, n.º 34, 2004, págs. 225 a 236.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1137 p.

MARQUES, Sibila. **Discriminação da Terceira Idade**. 1º ed. Lisboa: FFMS, 2011. 102 p.

MESTRE, Bruno. **Sobre o conceito de discriminação: uma perspectiva contextual e comparada**. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, p.377-410, 2015.

MOREIRA, Teresa, **A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na UE**”, in Minerva, Revista de Estudos Laborais, ano VIII – I da 3.a série, n.os 1-2, 2012, págs. 65 a 124.

NUMHAUSER-HENNING, Ann. **The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls**. The International Journal Of Comparative Labour Law And Industrial Relations. Netherlands, p. 391-414. nov. 2013. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=IJCL2013025>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Igualdade no Trabalho: um desafio contínuo**. Genebra, 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática Geral**. Coimbra: Almedina, 2012.

SARGEANT, Malcolm. **For Diversity, Against Discrimination: the Contradictory Approach to Age Discrimination in Employment**. The International Journal Of Comparative Labour Law And Industrial Relations. Netherlands, p. 629-644. nov. 2005. Disponível em: <<http://droitsocialupx.free.fr/articles/Sargeant Directive EU.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SCHIEK, Dagmar. **Age DISCRIMINATION BEFORE THE ECJ: CONCEPTUAL AND THEORETICAL ISSUES**. Common Market Law Review. United Kingdom, p. 777-799. nov. 2011. Disponível em: <<http://eprints.whiterose.ac.uk/76331/>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SILVA, Rita Canas da, “**Discriminação laboral em função da idade**”, Congresso Europeu de Direito do Trabalho (coord. José João Abrantes), Almedina, Coimbra, 2014, págs. 237 a 289.