

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

O Princípio da Igualdade nas Relações de Trabalho

Maria Alice Leis

**São Paulo - SP
2010**

Maria Alice Leis

O Princípio da Igualdade nas Relações de Trabalho

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Magistério Superior, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. Carlos Eduardo Iglesi

**São Paulo - SP
2010**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Dedico esta Monografia ao meu pai, exemplo de trabalho e dedicação por um mundo melhor.

Agradeço a minha família, meus amigos e meu namorado, Guilherme, pelo amor e apoio de sempre.

RESUMO

A presente monografia é um estudo doutrinário, jurisprudencial e legal sobre o Princípio Constitucional da Igualdade, especialmente no que tange às relações de trabalho. Aborda a legislação pátria e internacional sobre o assunto, sua evolução e as políticas públicas adotadas. Investiga o que é diferença e o que é desigualdade, estabelecendo um debate sobre o assunto. Discute a igualdade material e a formal. Traz o aspecto prático das questões abordadas, bem como o seu impacto nas relações sociais. Dispõe sobre os diversos tipos de discriminação no âmbito das relações laborais e sobre as medidas que devem ser adotadas para eliminar a discriminação neste contexto.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Relações de Trabalho. Diferença e desigualdade. Desigualdade formal e material .Evolução legislativa.

ABSTRACT

The present thesis is a doctrinal, jurisprudential and legal study of the constitutional Principle of Equality, especially regarding the work relations. It ranges through national and international legislation, its evolution and public policies. Investigates what is difference and what is inequality, establishing a debate on the subject. It discusses both formal and material equality. Brings a practical aspect to the matter as well as its impact on social relations. Deals on diverse kinds of discrimination within work relations and possible measures to be taken in order to eliminate discrimination in this context.

Key-words: Principle of Equality. Work Relations. Difference and Inequality. Formal and Material Inequality. Legislative Evolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	11
CAPÍTULO 2 DESIGUALDADE E DIFERENÇA	14
CAPÍTULO 3 CLASSIFICAÇÃO	18
CAPÍTULO 4 A EFETIVA DESIGUALDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	19
CAPÍTULO 5 REGRAS INTERNACIONAIS	21
CAPÍTULO 6 REGRAMENTO NACIONAL	25
CAPÍTULO 7 TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	29
CAPÍTULO 8 GÊNERO	29
CAPÍTULO 9 RAÇA	33
CAPÍTULO 10 IDADE	36

CAPÍTULO 11	38
SAÚDE	
CAPÍTULO 12	42
OUTOS	
CAPÍTULO 13	43
COMBATE A DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA	
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Está previsto no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esses são os valores consagrados pela nossa República Democrática de Direitos.¹

Porém, embora passados mais de 20 anos da promulgação da nossa Carta Magna, estamos muito distantes de atingir seus objetivos e ter assegurado todos os direitos que ela garante. Não temos um país livre de preconceitos, nem tampouco livre da desigualdade de oportunidades e com justiça social.

Não há como negar que ainda hoje existem diversos preconceitos e discriminações no âmbito do Direito do Trabalho. Esse é um tema extremamente relevante e atual, que passaremos a estudar.

Destacaremos neste trabalho o Princípio da Igualdade, previsto pela Constituição Federal, especificamente nas Relações de Trabalho.

A tarefa de combate as desigualdades não é fácil, afinal a existência da discriminação é tão antiga quanto o homem e atinge pessoas do mundo todo, ensejando a manifestação de órgãos internacionais e governos, bem como das diversas sociedades.

Prescreve o art. 5º da Constituição Federal que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (...)”

Os privilégios e as discriminações por raça, cor, origem, condição social, sexo, religião, etc, vão contra a idéia de justiça, democracia e estado de direito. Afinal, o Direito a Igualdade é o verdadeiro alicerce para os demais direitos fundamentais.

Dentro de uma ordem constitucional que visa à obtenção do pleno emprego, constata-se que estar empregado é fator de realização jurídica, social e

¹ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis. Ed. Atlas. 2010. Fl.131.

econômica. Mais do que isso, sob a perspectiva do trabalhador, é uma maneira de concretizar o principal pilar de nossa República, a dignificação da pessoa humana.²

O trabalho é mais que um direito fundamental social previsto no art.6º da Constituição. Através do trabalho o homem se sente útil a sociedade e a sua família, além de conseguir o seu sustento e algum conforto. Por meio do trabalho o sujeito busca realização e sucesso, e sem trabalho se sente excluído e inútil. Em suma, a dignidade da pessoa humana vai embora para o sujeito que fica sem trabalho e a margem da sociedade. Muitas vezes, esse cenário faz com que essa pessoa busque qualquer tipo de trabalho, sujeita a toda sorte de humilhações e discriminações, por um salário que mal dá para pagar as suas mais caras necessidades.

Não se pode negar, por outro lado, que o mundo capitalista busca pessoas cada vez mais qualificadas e na falta de emprego para todos, seleciona os mais capacitados, deixando de lado os menos preparados. E na atual sistemática não há como ser diferente. Aí reside a primeira desigualdade, pois a oportunidade de estudo e preparo não é a mesma para todos, pois se assim fosse, a seleção seria mais justa e natural.

Por outro lado, o mais grave é que a seleção não é feita somente com critérios objetivos que avaliam a capacidade e preparo do candidatos ao emprego ou a sua manutenção. O que se vê são pessoas serem selecionadas pela aparência, pelo sexo, idade, cor ou outros critérios que não afetam o desempenho laborativo.

É lógico que dependendo da função a ser exercida, a idade, o sexo ou outros fatores são critérios que podem ser adotados, mas somente nos casos em que tenham um motivo relevante. Por exemplo, há esportes que só podem ser praticados em nível profissional até uma certa idade, para trabalhar como modelo é necessário que a pessoa se enquadre em um padrão de beleza, para trabalhos braçais muito pesados é mister a contratação de um homem com mais força física, etc.

O que se repudia é a discriminação pura, simples e desmotivada. Por mais absurdo que seja há empresas que até hoje que não contratam mulheres para cargos importantes e até mesmo deixam de dar a justa promoção a elas, mesmo quando o seu desempenho requer, por puro preconceito, ou política discriminatória.

² Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis. Ed. Atlas. 2010. Fl.131-132.

Existem também apadrinhamentos, onde aquele que é “preferido” pelo superior, seja por favores prestados, por aparência, amizade ou qualquer outro critério subjetivo, pretere o mais qualificado, gerando uma sensação de injustiça e desânimo.

Os empregados que sofrem essas discriminações muitas vezes tem a sua dignidade fortemente atingida, pois sua auto-estima, confiança e credibilidade são atingidas em cheio. O indivíduo acaba muitas vezes acreditando que realmente é inferior.

Iremos neste trabalho, estudar as diversas formas de desigualdade nas relações de trabalho. Vamos para isso, em primeiro lugar, estudar o Princípio Constitucional da Igualdade. Após, algumas das manifestações das discriminações nas relações de trabalho, sua inserção no cenário humanista internacional, o tema no Brasil e, por fim, os avanços legislativos já obtidos.

CAPÍTULO 1: O PRINCIPIO DA IGUALDADE

Princípios significam as normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. Eles revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda a espécie de ação jurídica, traçando assim a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que a própria norma ou regra jurídica. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.³

A Constituição Federal instituiu o Princípio da Igualdade como um de seus pilares estruturais. O legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como de quem aplica a lei.⁴

O Princípio da Igualdade, segundo a máxima aristotélica, é tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida da desigualdade”. Porém, a

³ Vocabulário Jurídico. De Plácido e Silva. 15ª edição. Editora Forense.

⁴ Araújo, Luiz Alberto David e Serrano, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição. Ed. Saraiva. Pág 119.

grande dificuldade é saber quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida da sua desigualdade.

A isonomia é essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si. O pecado contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sobre o pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial.⁵

Diferenciar é necessário. A própria lei tem a função de discriminar as diferentes situações e quando determina, por exemplo, que é proibido o exercício de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, não está ferindo o Princípio da Igualdade. Em casos como este, a lei está simplesmente tratando os desiguais na medida da desigualdade.

Assim, a constatação da existência de diferenciações não é suficiente para a definição do Princípio da Igualdade, pois em diversas situações discriminar é justamente realizar esse preceito constitucional. A questão não é tratar igualmente a todos que estão em situações diferentes, mas sim tratar de forma igual aqueles que se encontram em uma mesma situação.

O princípio da isonomia será implantado na medida em que reconhecidos e harmonizados os seguintes elementos: A) fator adotado como critério discriminatório; b) correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada; c) afinidade entre a correlação apontada e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional.⁶

Desta forma, a exigência de determinado porte físico para a atividade de agente da polícia, é totalmente constitucional, mas a mesma exigência para um cargo administrativo dentro da polícia é inconstitucional.

O STF entendeu pela “Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 140889), mas “em se tratando de concurso público para escrivão de polícia, é irrelevante a exigência de altura mínima, em virtude das atribuições do cargo” (AgR 384050).

⁵ Fábio Konder Comparato. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª edição. São Paulo. Saraiva, 2001. Pág 229.

⁶ Araújo, Luiz Alberto David e Serrano, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição. Ed. Saraiva. Pág 120.

Esse tipo de interpretação deve ser adotado em todos os casos de análise do Princípio em comento.

Ao contrário disso, veio vinculada em 24.01.2011, notícia no site da AASP (http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?id=31442&tipo=N) de que a restrição a tatuagem para os militares não caracteriza tratamento desigual, uma vez que a carreira militar tem uma série de particularidades que a diferencia de todas as outras atividades civis. Com base nesse entendimento, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação de candidato reprovado em exame de saúde de processo seletivo do Programa de Militares Estaduais Temporários da Brigada Militar em Santana do Livramento.

O apelante participou de todas as etapas do processo seletivo, concluindo o certame na 21ª posição para 65 vagas existentes para a Fronteira Oeste. Porém, a corporação deixou de contratá-lo e o desligou da corporação devido a sua eliminação no exame de saúde em razão de uma tatuagem que ostenta no braço. Ele aduziu, ainda, que candidatos com classificação inferior à dele já foram contratados, o que caracterizaria sua preterição, gerando-lhe o direito de ser contratado.

Segundo o relator do processo, Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco, não há evidência clara de ato ilegal. Embora o apelado tenha demonstrado que o tipo de uniforme que escolheu encobre o estigma, é fato que quando se inscreveu no exame para o ingresso nos quadros de carreiras iniciais da Brigada Militar, estava ciente das causas que resultariam da reprovação no exame de saúde, dentre as quais restava bem específica às tatuagens em áreas expostas, sem serem cobertas pelos uniformes regularmente usados pela Brigada Militar.

Ainda mais que dentre os uniformes obrigatórios existem aqueles exclusivos para a prática diária de exercícios físicos e os utilizados na Operação Golfinho, que envolve o uso diário de camisetas sem mangas que revelariam a tatuagem, observou o relator.

No entendimento do relator, cabe considerar que o apelado possui duas tatuagens, sendo uma tribal, introduzida sobre a epiderme do braço esquerdo, além de uma figura de dragão tatuada nas costas. A tatuagem do braço mede 12x3 cm, ultrapassando o tamanho de algumas mangas curtas aprovadas pelo Regulamento de Uniformes da Brigada Militar. Nº 70023494792. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ao meu ver, não há lógica na restrição as tatuagens ostentadas pelo candidato, uma vez que em nenhum momento elas interferem na sua capacidade laborativa para os o exercício da atividade de policial militar. Tratando-se de uma tatuagem tribal e outra de um tigre, não há ainda que se falar que os símbolos constantes dos desenhos seriam qualquer espécie de provocação ou desrespeito as instituições. Não há correlação lógica entre a tatuagem do candidato e a sua capacidade de trabalho na Polícia Militar, sendo um caso evidente de afronta ao Princípio da Igualdade.

Ainda com relação ao Princípio da Igualdade, alguns juristas construíram uma diferença entre igualdade na lei e igualdade diante da lei, a primeira tendo como destinatário o legislador, a quem é vedado por lei fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento e a segunda destinada especialmente ao intérpretes/aplicadores da lei, impedindo que seja dado tratamento distinto a quem a lei colocou como igual.

Assim, o Princípio da Igualdade opera em dois planos distintos, de frente ao legislador, quando da edição das leis, atos normativos ou medidas provisórias e ao próprio executivo, na obrigatoriedade do intérprete de aplicar os preceitos legais de forma igualitária.

Desta maneira, o legislador deve legislar tratando os iguais de maneira igual e os desiguais na medida da desigualdade, sob pena da norma ser inconstitucional. Aquele que aplicar a lei, deve interpretá-la a luz do Princípio da Igualdade e se não o fizer, cabe ao judiciário impedir. E, por fim, os particulares se agirem de maneira discriminatória responderão civil e penalmente.

Assim para que se tenha presente o seu relevo nos regimes democráticos, vale lembrar com Frorstoff, que o Tribunal Constitucional Alemão afirmou várias vezes que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional teria que ser respeitado.⁷

De qualquer forma deve-se buscar acima de tudo mais que a igualdade formal, a igualdade material, ou seja, não basta a lei prever tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da desigualdade, mas o Estado deve fazer efetiva a igualdade entre as pessoas, uma igualdade mais real perante os bens da vida.

CAPÍTULO 2: DESIGUALDADE E DIFERENÇA

Todos nós somos diferentes entre si. Uns são mais baixos, outros mais magros, uns loiros, outros morenos, negros, outros mulheres, homens, etc. As diferenças étnicas, culturais e naturais existem e enriquecem a raça humana. Mais

⁷ Mendes, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. Editora Saraiva. Pág 179-180.

que importantes, diferenças são necessárias e devem ser preservadas para que seja possível construir um mundo pluralista e democrático.⁸

As Desigualdades se referem a situações em que os indivíduos ou seres humanos acham-se juridicamente, uns em relações aos outros em posição de superioridade-inferioridade. Isso implica a negação da igualdade fundamental de valor ético entre todos os membros da comunidade humana. Por essa razão a desigualdade constitui sempre a negação da dignidade de uns em relação a outros.⁹

Os homens merecem o mesmo tratamento jurídico e social, mas não podem ser obrigados a terem o mesmo comportamento, sonhos, modo de vida, etc. Os seres humanos têm dons particulares, únicos, preferências, modos de pensar, sendo essas diferenças essenciais à evolução da sociedade em seus amplos aspectos. O que se faz necessário é dar a cada um igualdade de oportunidades, pois assim cada ser, individualmente, vai ter a mesma chance de desenvolver seus dons e talentos. Desta forma, teremos uma sociedade mais evoluída, com ganhos em todas as áreas de conhecimento.

Reconhecida e respeitada a identidade de cada sujeito, individualmente e inserido na coletividade, fica possível o estabelecimento de relações igualitárias e de maneira concreta se atinge a chamada igualdade material.¹⁰

A discriminação representa a separação de indivíduos e até mesmo a sua exclusão de determinado meio social, emprego ou oportunidade, em virtude de diferenças naturais ou culturais de maneira infundada, afrontando a dignidade do excluído.

Nos dizeres de Flávia Piovesan discriminação é “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político econômico social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”¹¹

Para acabar com a desigualdade, mister se faz acabar com os preconceitos arraigados nas sociedades. Preconceito, como o próprio nome diz, é um

⁸ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.134.

⁹ Fábio Konder Comparato. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2001. Pág 289.

¹⁰ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luciana Caplan. Ed. Atlas. 2010. Fl.138.

¹¹ Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª edição, São Paulo. Editora Max Limonad, 2002, pág 191.

pré- conceito que se faz, antes de realmente conhecer e entender. Preconceito é não aceitar as diferenças e as semelhanças, que os tornam iguais. É repudiar o diferente, o alheio por medo ou por pura ignorância.

Para mudar esse cenário não basta a luta e punição contra os tratamentos discriminatórios, mas a educação dos indivíduos e da sociedade como um todo, para que haja uma maior consciência entre os indivíduos e seja trilhado um caminho para um convívio social justo, harmonioso e sem desigualdades.

Mais uma vez ressaltamos que diferenciar é diferente de discriminar. Escolher através de critérios objetivos a contratação de uma pessoa, analisando a aptidão dela para o exercício de determinadas tarefas e mesmo que essa escolha se fundem em critérios como sexo ou idade, não é discriminação. Discriminar é se basear em critérios subjetivos para essa escolha, sem nenhuma justificativa lógica e justa.

Celso Antonio Bandeira de Mello encontrou parâmetros sólidos e coerentes em sua monografia sobre o princípio da igualdade, na qual estabelece três questões a serem observadas para se verificar o respeito ao aludido princípio. Se essas questões não forem respeitadas ocorrerá ofensa à isonomia: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”¹²

Muitas vezes, fazer diferenças é ao contrário, uma maneira de igualar. A diferenciação pode ser justa e ter um caráter objetivo, sem intenção de discriminar, quando, por exemplo, se atende em filas separadas idosos, gestantes e deficientes físicos, para que tenham atendimento mais célere, em respeito às maiores dificuldades. Ou ainda, quando a lei diferencia homens e mulheres no que diz respeito ao serviço militar obrigatório ou as licenças maternidade e paternidade, entre outras. Em qualquer um destes casos, a lógica e as questões particulares de cada gênero justificam o tratamento desigual.

Devemos falar ainda da espécie de Discriminação Positiva, que se dá quando o legislador entende que deve proteger ou diferenciar determinados grupos.

¹² Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. Ed. Saraiva. Pág. 752.

Assim, num sistema de compensação, buscando minimizar a desigualdade de oportunidades, na maioria das vezes de origem histórica, coloca em prática as chamadas ações afirmativas.

As ações afirmativas, segundo Flávia Piovesan:

Constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres dentre outros grupos.

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Trata-se de medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e a diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.¹³

As políticas de ação afirmativa possuem amplo suporte constitucional. De acordo com o artigo 3º da Constituição Federal, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” “Para produzir igualdade material, tais preceitos legitimam restrições razoáveis (proporcionais) à igualdade formal (art. 5º). A própria Constituição já a restringe em diversos casos. As normas relativas ao direito do trabalho (art. 7º) e ao direito do consumidor (art. 5º, XXXII) excepcionam a igualdade formal nas relações contratuais para equiparar, de fato, as partes contratantes. Há a própria reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).”¹⁴

Alguns dos exemplos de ações afirmativas mais discutidos no Brasil nos últimos tempos são os sistemas de quotas para negros na Universidade, as quotas para deficientes físicos em concursos públicos ou nos quadros das empresas, dentre outros. Neste caso, ocorre uma discriminação autorizada para o legislador infraconstitucional, visando minimizar, a contrario *sensu*, uma situação inicial de desigualdade. Em alguns destes casos, se encontra uma maneira de, separando na

¹³ Piovesan, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 2ª edição. Editora Max Limonard. Pág. 199/200.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira, FERES JUNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 345 a 363. Material da 5ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera- UNIDERP | REDE LFG. Pág. 7.

hora da seleção os diferentes em razão das oportunidades no ensino fundamental, se iguale a oportunidade de acesso a Universidade ou ao emprego.

O legislador com as ações afirmativas criou medidas de compensação para proteger grupos que, em razão de sua marginalização social histórica ou hipossuficiência, merece tratamento diverso, para que se tente minimizar a desigualdade de oportunidades com aqueles que não sofreram tais restrições.

O Direito Comparado, em especial norte americano, nos mostra que as ações afirmativas levam a uma maior igualdade, possibilitando a participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas.¹⁵

Assim quando você diferencia, necessariamente não está ferindo o Princípio da Igualdade, mas pode estar fazendo com que esse princípio seja plenamente exercido, pois aos desiguais devem ser dado tratamento desigual, na justa medida da sua desigualdade, para que ao final a máxima isonomia e justiça sejam aplicadas.

CAPÍTULO 3: CLASSIFICAÇÃO

A discriminação pode ser direta, indireta, ou oculta.

A direta é a mais visualizada no dia-dia. É aquela que exclui uma pessoa por religião, opção sexual ou raça, por exemplo. Lembramos do caso em que uma mulher ao entrar no elevador do edifício em que residia, ordenou que outra mulher se dirigisse ao elevador de serviço por se tratar de uma pessoa negra, sem saber que essa pessoa também residia no mesmo local e não estava ali prestando serviços.

A indireta é aquela que a discriminação é feita através de regras que privam grupos da participação de um atividade social. Aparentemente não há intenção de discriminatória, mas na prática ela é fatal. Um exemplo é o valor despropositado para a entrada em certos lugares, para desta maneira evite-se pessoas que não tenham o poder aquisitivo considerado mínimo para o convívio com aquelas “pessoas”.

A oculta é uma espécie de discriminação dissimulada, onde se utiliza de outro motivo para a exclusão daquela pessoa. Assim, parece que não há preconceito, mas um motivo justo para sua exclusão. Um exemplo é a demissão de

¹⁵ Piovesan, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 2ª edição. Editora Max Limonard. Pág. 202.

um funcionário por ser portador de doença não contagiosa, justificando “corte de despesas”.

Na seara trabalhista é muito comum a discriminação oculta, pois para não sofrer as punições legais, os empregadores ocultam os motivos da dispensa ou não contratação das pessoas que discrimina.

CAPÍTULO 4: A EFETIVA DESIGUALDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Em primeiro lugar, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, reconhecida no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, pertine a qualquer pessoa em igual condição. Desta maneira, o acesso ao emprego privado, como cargos, funções e empregos públicos deve ser igual para homens e mulheres que demonstrem igualdade de condições.¹⁶

Importante lembrar que a Constituição é incisiva ao defender o Princípio da Igualdade nas relações de trabalho, quando, por exemplo, proíbe em seu art. 7º, XXX, diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; bem como no inciso XXXI, quando proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; ou ainda no XXXII - a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; entre outros.

Vale citar o seguinte julgado:

Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5.º e 7.º, XXX): segurança concedida. A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7.º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5.º, caput), que se estende, a falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, par. 11), a todo o sistema do pessoal civil. E ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado. Precedentes: RMS 21.046, 14.12.90, Pertence; RMS 21.033, 1.3.91, Velloso. (RE 156404, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

¹⁶ Da Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros. 23ª edição. 2003. Pág. 225.

As condições de exercício de funções, bem como os critérios de admissão devem ser iguais para todos, quanto ao valor do trabalho, não se exigindo a paridade de resultado produtivo.¹⁷

Esse tema é importante, na medida em que o combate às práticas discriminatórias nas relações de trabalho proporciona a aplicação do primado da igualdade em importantes aspectos dos direitos sociais, como é o acesso ao trabalho e o estabelecimento de relações laborativas dignas, com igualdade de remuneração e de tratamento do empregado pelo empregador.¹⁸

Nas relações de trabalho a discriminação pode ocorrer na contratação do empregado, durante a execução do contrato de trabalho e por fim na sua dispensa. Ela pode ter uma ter uma dimensão individualizada ou sistêmica. Na individualizada um trabalhador, em mesma igualdade de circunstâncias, é escolhido em detrimento de outro em razão de uma característica, como por exemplo, em virtude do sexo ou aparência física. Essa discriminação tem um caráter episódico.

Já a sistêmica ocorre quando não se contrata em determinado local ou para determinada atividade pessoas por algum fator discriminatório. Por exemplo, uma empresa que não contrata negros, ou pessoas de determinada religião.

Nas atividades laborativas, notamos, ainda, que a discriminação pode se dar de forma horizontal ou vertical. Como regra, ela se dá de maneira vertical, em razão do fator hierárquico das relações de emprego, ou seja, de cima para baixo, do patrão para o empregado ou do superior hierárquico sobre aquele que lhe deve obediência, usando-se de covardia e da necessidade do outro de manter a relação de emprego que está em suas mãos.

Porém, ela também pode se dar de maneira horizontal, quando um colega, ou grupo de colegas usa de força e malícia para discriminar um colega em razão de características pessoais. Neste caso, humilham e isolam a pessoa atingindo em cheio sua dignidade e levando muitas vezes a desistência da pessoa em lutar por aquele posto de trabalho.

¹⁷ Da Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros. 23ª edição. 2003. Pág. 225

¹⁸ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.138.

Seja no âmbito horizontal ou no vertical, pode-se caracterizar a ocorrência de assédio moral, quando a discriminação é praticada de forma reiterada e visando a destruição da autoconfiança do trabalhador.

CAPÍTULO 5: REGRAS INTERNACIONAIS

Os direitos humanos deixaram de ser apenas teorias filosóficas e passaram a ser positivados por legisladores, ficando superada a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas. Os direitos humanos ganharam maior concretude quando se enriqueceram com a prerrogativa da ordem jurídica, mas perderam em abrangência, passando a ser protegidos somente dentro do estado que os proclama. Com a Declaração Universal de 1948, ganhou impulso tendência de proteção dos direitos dos homens. Desta declaração das Nações Unidas surgiram várias convenções internacionais, mundiais ou regionais, acentuando a vocação dos direitos fundamentais de expandir fronteiras.¹⁹

O descumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado o torna responsável pela reparação de danos causados. Nas relações internacionais e no Direito interno, a invasão da esfera juridicamente protegida de um sujeito do Direito Internacional por outro acarreta o nascimento da Responsabilidade Internacional do Estado.²⁰

A Convenção da liga das Nações de 1920 foi o primeiro diploma internacional a trazer disposições mais relevantes às Relações de Trabalho, e nela os estados se comprometiam a assegurar condições mais justas e dignas de trabalho para os homens, mulheres e crianças.

Em 1945 foi editada a Carta das Nações Unidas estabelecendo em seu art. 1º, alínea 3, como um dos propósitos das Nações Unidas o alcance da cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos direitos humanos e

¹⁹ Mendes, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. Editora Saraiva. Pág 287-288.

²⁰ Ramos, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. Editora, Renovar, 2002. Pág. 07.

liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.²¹

Ao citar o respeito aos Direitos Humanos de todos, sem diferenças, verifica-se a tendência mundial instalada de igualdade no exercício de direitos sociais. O art. 55 da Carta das Nações Unidas prevê como objetivos das Nações Unidas a promoção do respeito da observância Universal dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais sem qualquer distinção discriminatória.

Em 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem houve a consagração da proteção dos direitos humanos nas relações de trabalho. Nela se encontra dispositivos proibindo a escravidão e a servidão, a liberdade de escolha de emprego, o direito a uma remuneração justa, capaz de assegurar uma existência digna e a possibilidade de os trabalhadores fundarem e se associarem a sindicatos.

A Declaração começa, consignando em seu art. 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade”.

O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem prescreve que *“1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”*.

Já o art. 7º dispõe: *“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”*. Já o art. 23 diz que *“1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção,*

²¹ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.139.

tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.”

A conjunção destes artigos protege, no âmbito internacional, e com alguma consistência, a Igualdade nas Relações de Trabalho.

A Declaração dos Direitos do Homem retomou em algum grau, o ideal iluminista que inspirou a Revolução Francesa, reconhecendo valores supremos como igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens.

A Comunidade Internacional fez surgir esse Diploma de Direitos Humanos, com a experiência do Pós Guerra e buscando comprometimento com a nova ética universal de proteção as pessoas. Com isso fez com os países implementassem regras de proteção e igualdade, bem como adotassem políticas nesse sentido. Assim as relações de trabalho passaram a ser mais protegidas.

Para demonstrar a evolução da tutela antidiscriminatória internacional, é significativa ampliação do rol daquilo que se considerava discriminação ao longo dos anos. Os tratados internacionais firmados até a declaração Universal dos Direitos do Homem, pareciam tímidos e restringiam-se, via de regra, a citar raça, o sexo, a língua, a idade ou a religião. A Declaração, todavia, foi além e tocou em temas mais delicados como orientação política, nacionalidade, costumes e etnia, não deixando margem a dúvidas de que o rol descrito no seu art. 2º é apenas exemplificativo.²²

Portanto, através da Declaração dos Direitos do Homem ficou pela primeira vez consignado a preocupação com a discriminação que ocorre no ambiente de trabalho. No ano de 1966 essa preocupação se evidenciou ainda mais com a adoção do Pacto Internacional sobre Direito Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1992. Esse pacto dispõe sobre o exercício do direito social do trabalho, detalhando alguns aspectos relevantes ao combate à discriminação aplicada no ambiente de trabalho.

Em 10 de dezembro de 1998 foi elaborado pelos países integrantes do MERCOSUL, a Declaração Sociolaboral do Mercosul, que traz os direitos básicos

²² Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.141.

dos trabalhadores a serem respeitados por seus países-membros em repúdio a discriminação no ambiente de trabalho.

O art. 1º desta Declaração prescreve *“Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.”*

Porém, o principal documento internacional de combate a discriminação é a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho editada em 1958 e ratificada pelo Brasil em 1968 (Decreto nº62150/68).

O seu art. 1º assim disciplina:

Para fins da presente convenção, o termo discriminação compreende:

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

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Nesta Convenção também se diferencia o que é o que discriminação do que é escolha em razão de qualificação ou qualidade necessária para o desempenho de determinada função. Assim seu art. 2º: *“As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.”*

Essa convenção foi editada pela OIT (Organização Internacional do Trabalho), órgão vinculado a ONU e preocupado com as questões do trabalho em âmbito internacional, sendo mais específico e por isso com maior repercussão mundial. Ademais, mesmo sendo anterior ao Pacto Internacional sobre Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais e da Declaração Sociolaboral do Mercosul, continua extremamente atual.²³

Existem ainda outros documentos internacionais de proteção contra a discriminação nas relações de trabalho, sendo todos importantes e reflexos da importância deste tema. Assim, com essa preocupação com a questão no cenário mundial, fica a possibilidade do trabalhador de se ver protegido contra a desigualdade no ambiente de trabalho cada vez maior.

Cumprе salientar que não bastam as ratificações das convenções internacionais, mas que elas são um promissor ponto de partida.

CAPÍTULO 6: REGRAMENTO NACIONAL

A partir da redemocratização do Brasil, iniciada em 1980, o país retomou a sua postura de compromisso de defesa de Direitos Humanos.

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República onde se ratifica o obediência aos preceitos humanistas internacionais, que inspiraram não só a Constituição Federal, mas também a legislação Trabalhista Brasileira.

Assim traz o preâmbulo da Constituição Federal: *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”* O compromisso pela Igualdade e com os preceitos humanistas internacionais podem aqui ser facilmente identificados.

No art. 1º da Carta Magna é colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. No art. 3º está preconizado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir

²³ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.142-143.

uma sociedade livre, justa e solidária e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

No art 5º, mais uma vez, o constituinte insere no rol dos direitos fundamentais, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Com relação à discriminação nas relações de trabalho, a Constituição preserva os compromissos assumidos em âmbito internacional de proteção da pessoa humana. Dentre a vasta listagem de direitos fundamentais sociais consagrados ao trabalhador, ela também insere a “proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” e a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI). “Demonstra, assim, ser a discriminação nas relações de trabalho merecedora de tutela específica, qualificada e privilegiada em relação a todas as outras áreas sociais”.²⁴

O Princípio da Igualdade é um Direito Fundamental, uma cláusula pétrea, ou seja, que não pode ser modificada, e se revela como a trilha para uma sociedade mais justa. Através da previsão constitucional, que tem que ser obedecida, leis infraconstitucionais e políticas públicas são criadas para combater as desigualdades.

Neste contexto, a proteção a desigualdade nas relações de trabalho, tanto no âmbito interno, em especial pela nossa Carta Magna, como também através de pactos, declarações e convenções internacionais, que se incorporam ao ordenamento pátrio com status constitucional, nos termos do §2º do art. 5º da Constituição Federal, vem se desenhando como importantes mecanismos de combate a essa prática repugnante e injusta.

O § 1º preconiza que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Já o §2º prescreve que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e o § 3º que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

²⁴ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.144.

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dispondo desta maneira, o legislador pátrio quis garantir a maior efetividade os direitos da pessoa humana no Brasil. Os princípios adotados pelo ordenamento constitucional brasileiro são certamente os de conferir essa ampla efetividade aos direitos humanos e a proteção da pessoa.

O Direito brasileiro fez opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, parágrafo 1º - aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais, aplica-se a sistemática de incorporação legislativa.²⁵

Podemos citar, ainda, duas leis que trazem dispositivos de proteção genérica ao trabalhador. A lei n.º 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso e manutenção do emprego. Em seu art. 4º prescreve:

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Não se trata de uma nova forma de aquisição de estabilidade, onde aqueles que são sujeitos a discriminação não podem ser dispensados, mas sim de uma maneira de tornar nula a dispensa em razão de discriminação. Assim, se há motivos objetivos para a dispensa de alguém, mesmo que tenha moléstia grave ou uma certa idade por exemplo, não há que se falar na aplicação desta lei, porém se a dispensa foi motivada por preconceito e de maneira subjetiva, será considerada nula e o trabalhador terá os direitos consagrados no art. 4º da referida Lei, entre eles o de se reintegrar aos quadros do empregador.

A citada Lei dispõe em seu art. 1º que. “1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao

²⁵ Flavia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª edição, São Paulo. Editora Max Kimonad, 2002, pág 104.

menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.” E no art. 2º coloca como crime sujeito a pena de 1 a 2 anos de detenção e multa a pratica das seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS)

A lei n.º 9.799/79 trouxe o art. 337-A para a CLT:

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

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

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

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

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

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

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

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

Não restam dúvidas, portanto, que nosso ordenamento protege de maneira ampla o trabalhador das práticas discriminatórias, trazendo exemplos de fatores que lesam a igualdade dos trabalhadores, e fazendo entender que qualquer outra forma de materialização de práticas preconceituosas, mesmo que não previstas de forma expressa no ordenamento jurídico, serão coibidas, lembrando-se sempre que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de maneira que se atribua a eles a maior eficácia.

CAPÍTULO 7: TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que fatores de discriminação não se confundem com suas formas de manifestação. Os primeiros são o cerne do conceito de discriminação; os critérios utilizados para distinguir pejorativamente as pessoas, em função de suas características pessoais. Os últimos são apenas maneiras pelas quais a discriminação se exterioriza para o mundo.²⁶

Assim, quando se utiliza de critérios como opção sexual para admitir um funcionário, está se discriminando e a forma de se manifestar esse preconceito é a não contratação. Quando você promove a pessoas pela sua aparência física, pagando-lhe maior salário, o fator de discriminação é a “aparência” e sua manifestação é a prática salarial injusta.

Passaremos a estudar os fatores de discriminação e os avanços para neutralizá-los, pois uma vez combatidos, suas formas de manifestação também o serão.

CAPÍTULO 8: GÊNERO

Muito já se conseguiu no combate a discriminação contra a mulher no ambiente de trabalho, mas muito mais é necessário. Ainda hoje, mulheres recebem salário menores e não tem acesso aos cargos mais importantes dentro das empresas. Não são, por óbvio, todos os empregadores que atuam desta maneira, mas essas situações são facilmente constatadas em diversas empresas.

Nos anos 60 e seguintes a sociedade mundial sofreu uma grande revolução no que tange a aquisição de direitos das mulheres. As mulheres eram educadas para serem donas de casas prendadas e praticamente não tinham acesso ao mercado de trabalho. Algumas profissões eram “toleradas” pela sociedade para o exercício de mulheres, como as de professora, telefonista e enfermeira.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a educação em sentido estrito, transmitida de uma geração para outra, desencoraja a mulher a aquisição de maior nível de escolaridade, passando-lhe uma falsa noção de feminilidade, que a induz a relegar a um plano secundário a vida profissional, a fim de que esteja mais

²⁶ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.147.

disponível para as atividades domésticas e familiares. A educação orientada nesse sentido funda-se em presumíveis características feministas, desprovidas de qualquer respaldo científico, mas que acabam sendo responsáveis pela distinção dos papéis femininos e masculinos baseados em estereótipos, que são esquemas de interpretação com suporte em preconceitos e não em fatos reais. Nos traços preconcebidos de personalidade, o homem tem atitudes de domínio e autoconfiança, enquanto as atitudes da mulher são de obediência e passividade.²⁷

O costume arraigado é o de que a mulher deve cuidar da casa, dos filhos e do marido e que a atividade laboral da mulher prejudicaria a distribuição de tarefas dentro da família. No Brasil houve até mesmo um Decreto-Lei (nº 2.548/40) que autorizava salário 10% menores para as mulheres, o que obviamente se encontra revogado, mas revela o pensamento da época, que até hoje deixa resquícios.

É provável que com o passar do tempo os efeitos da socialização durante a infância percam força no futuro, pois os estereótipos tendem a enfraquecer com o passar dos anos, especialmente quando o conformismo com as normas tradicionais imponha à mulher um preço cada vez mais alto. Porém, enquanto a escolha profissional da mulher estiver condicionada ao desejo de formar uma família, as possibilidades de ocupar posição de maior prestígio e maior remuneração junto a empresas privadas poderão ser aproveitadas, mas com maior lentidão, por não se apresentarem tão atraentes. Para que isso não ocorra, mister é a negociação com o cônjuge dos encargos domésticos e cuidados com os filhos, que “ não é só um dever de pai, senão um direito de participar também do seu afeto”. É necessário que haja, ainda, uma política decente de creches e escolas, com fornecimento de alimentação e horários que sejam compatíveis com os horários de trabalho dos pais, juntamente com uma educação constante em torno da maternidade e paternidade responsável.²⁸

Outro problema encontrado para o tratamento igual entre homens e mulheres é o fato de homens não engravidarem e, portanto, não terem que se ausentar durante os primeiros meses de vida do seu filho (licença maternidade). Em um mundo capitalista onde o lucro é o maior dos objetivos, um homem significa menores despesas, pois não é necessário o pagamento da licença remunerada,

²⁷ Monteiro de Barros, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 2ª edição. Ltr, 2006. Pág 1094/1095.

²⁸ Monteiro de Barros, Alice. Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008. Pág. 78.

bem como a contratação de substituto neste período. A idéia de pagar menos as mulheres era justificada como compensação por esse “problema”.

A OIT editou a Convenção nº 100 em 1951 em resposta a esse problema de desigualdade salarial, impondo a igualdade de remuneração entre mão de obra masculina e feminina, por um trabalho de igual valor. O Brasil ratificou essa Convenção em 1957.

Em 1979 foi firmada em âmbito internacional a “Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher” ratificada em 1984 pelo Brasil. Em seu art 1º definiu discriminação contra a mulher:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Tratando o tema de maneira ampla e abrangente, esse conceito se aplica as Relações de Trabalho e se incorpora ao direito nacional, assim como a Convenção de nº 100, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

Existe, ainda, um capítulo especial na CLT para tratar da proteção do trabalho da mulher, assegurando a igualdade de direitos em relação aos homens e alguns direitos adicionais. Esses direitos são medidas de proteção a maternidade (art. 391 e seguintes), de não realizar atividades que dependem de uso significativo de força muscular (art. 390) e descanso de 15 minutos antes da prática de horas extras (art. 384), por exemplo.

Esses direitos adicionais são justificados de maneira objetiva, embora alguns entendam que seriam fatores de discriminação agora contra os homens, uma vez que são direitos conferidos exclusivamente as mulheres.

Ora, essa diferença legislativa se dá em razão de diferenças naturais entre homens e mulheres. A força física de um homem é natural e visivelmente maior que das mulheres, sendo lógica essa proteção quanto a trabalhos que demandem demasiada força muscular. Tratando-se assim desigualmente os desiguais, na medida justa da desigualdade.

A maternidade também é exclusiva da mulher, que é quem leva por nove meses o feto na barriga, dá a luz e amamenta a criança. Não teria a menor

justificativa que o homem tivesse direito a “licença maternidade” ou horário especial durante o período de amamentação.

Com relação ao tempo de descanso antes do início do trabalho extraordinário, há muita discussão. Para que haja esse direito exclusivo, mister se faz que haja comprovação de que o cansaço físico e muscular não são o mesmo, ou seja, que a mulher se cansa mais facilmente que o homem. Não existindo essa diferença, entendo que essa norma é inconstitucional e atenta contra o Princípio da Igualdade.

Outros artigos que proibiam o trabalho noturno das mulheres na indústria, na mineração de subsolo, pedreiras, subterrâneos, obras de construção, atividades perigosas ou insalubres, foram revogados por estarem em desacordo com o Princípio da Igualdade.

A despeito disso, ou seja, de toda a legislação e política no sentido de abrir o mercado de trabalho para as mulheres em igualdade de direitos, com respeito as diferenças, o que se vê na prática é que muitas empresas evitam a contratação de mulheres para determinados cargos, ou ainda deixam de lhe dar as devidas promoções.

Ainda hoje, mulheres têm salários menores e muitas vezes não são contratadas para determinadas funções quando são jovens e podem engravidar.

Existem muitas leis e convenções coletivas de trabalho que asseguram contra dispensa arbitrária da gestante e criam mecanismos para que a mulher possa dar assistência ao filho que nasce. Países como a Itália criam presunções de discriminação contra a mulher. Se existe um pequeno percentual de mulheres empregadas em uma empresa, entende-se que ali há preconceito contra a mulher, salvo prova em contrário.²⁹

Outra questão é que, em algumas atividades, mulheres ou são mal vistas, ou não encontram espaço, e em outras são homens que não conseguem adentrar no mercado, por se tratarem de atividade tidas como tipicamente femininas. A profissão de recepcionista dificilmente é exercida por um homem e a de taxista dificilmente exercida por uma mulher. Assim, temos vários exemplos de atividades onde a sociedade ainda qualifica de maneira preconceituosa como atividade de “homem” e de “mulher”.

²⁹ Nascimento, Amauri Mascaro. Atualidades Jurídicas. Coordenação Maria Helena Diniz. Editora Saraiva. 2001. Fls. 108 e 109.

A questão do Princípio da Igualdade transcende o campo normativo. “ Na realidade os fatos que geram a exclusão das mulheres, na sociedade, estão radicados na essência da própria cultura de nossa sociedade. Embora existam normas jurídicas proclamando a igualdade, certo é que a desigualdade entre gêneros ainda não está dissolvida.”³⁰

Assim, concluímos que apesar da evolução legislativa para coibir a discriminação contra a mulher nas relações de trabalho, muitas políticas sociais, em especial de educação e formação, têm que ser realizadas para que não ocorra mais esse desrespeito a Igualdade da Mulher.

O capitalismo atual exige a participação das mulheres no mercado de trabalho e na política, devendo-se criar um pacto em que “os homens e mulheres , em condições de igualdade real (material, substancial, e não meramente formal), assumam uma repartição equitativa e recíproca em todas as atividades e trabalhos (inclusive, dentro do lar). O que se pretende é a criação de um novo pacto político social em que todos os sujeitos (homens e mulheres) estejam presentes com igualdade de voz e com a mesma autoridade para decidirem sobre os diversos âmbitos de uma vida”.³¹

O Direito pode ser “ um instrumento primordial para alcançar e manter a igualdade de oportunidades e de tratamento, mas na medida em que reflitam mudanças sociais capazes de permitir romper com os estereótipos sexistas e equilibrar a força física com a destreza, o altruísmo familiar com as aspirações profissionais, a sensibilidade com a atitude e as características pessoais dos dois sexos com a compreensão e com o amor, a fim de que a mulher, maior vítima da discriminação, tenha a possibilidade e a capacidade de escolher o seu plano de vida e alcançar a pela cidadania”.³²

CAPÍTULO 9: RAÇA

A discriminação racial não é novidade. Em todos os lugares do mundo se ouve falar em preconceito racial. A origem desta discriminação se deu

³⁰ Treviso, Marco Aurélio Marsiglia. A Discriminação de Gênero e a Proteção à Mulher. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008. Pág. 22.

³¹ Treviso, Marco Aurélio Marsiglia. A Discriminação de Gênero e a Proteção à Mulher. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008. Pág. 29

³² Monteiro de Barros, Alice. Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008. Pág. 83.

principalmente como herança do período escravocrata, por questões religiosas e movimentos eugenistas.

Por um longo período, aqueles que não se assemelhavam ao povo europeu, que eram a grande potência mundial, foram escravizados, dizimados ou excluídos. Com o passar do tempo, quando houve uma maior consciência de que a raça humana é única e que a cor da pele não diferencia os seres humanos, muitas políticas sociais e legais foram tomadas para acabar com esse preconceito.

Em pouco tempo, o racismo, entendido como “um conjunto de práticas e idéias que preconiza a supremacia de um grupo social sobre outro” tornou-se lugar central na doutrina de direitos humanos e seu combate passou as principais pautas de discussão internacional”.³³

Em 1965 as Nações Unidas aprovaram a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto n.º 65.810/69. Com a adesão do Brasil, assumimos o compromisso não apenas de proibir a discriminação racial, mas de eliminar a discriminação racial e garantir o direito a igualdade.

Nesta convenção destacam-se como direitos consagrados à igualdade perante a lei, sem qualquer distinção de raça, cor, origem, nacionalidade ou etnia; o direito a tratamento equânime perante os Tribunais e perante todos os órgãos administradores da justiça, o direito a recursos e remédios judiciais quanto da violação a direitos protegidos pela Convenção, o direito a segurança e proteção contra violência; o direito de votar; a proibição de propaganda e organizações raciais, o direito ao acesso a todo lugar ou serviço de natureza pública, proibida qualquer discriminação, além do exercício de outros direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que devem ser garantidos sem qualquer discriminação.³⁴

A Convenção preconiza que qualquer diferença racial é “cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa”, bem como que não existe justificativa para discriminação racial, que é “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo

³³ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.153

³⁴ Flavia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª edição, São Paulo. Editora Max Kimonad, 2002, pág 193.

ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Em especial para o nosso tema, a Convenção dispõe sobre a necessidade de combate ao racismo no Direito do Trabalho, tratando da proteção ao desemprego, de salários iguais por igual trabalho, remuneração justa, bem como o direito de fundar e participar de sindicatos.

Existe uma herança muito triste, pois pessoas de etnias historicamente menos privilegiadas até hoje vivem a margem da sociedade. Na maioria das vezes não mais em razão do preconceito racial, mas da condição social em que vivem, devido à história de preconceito que ceifou a possibilidade de desempenharem trabalhos intelectuais de qualidade, gerando um enorme descompasso de oportunidades. Não se discute mais que, independente da cor, todos somos seres humanos, com iguais capacidades, mas até hoje nas Universidades a quantidade de negros é muito menor que a de brancos e nos trabalhos mais importantes e melhor remunerados, esse cenário se repete.

Visualizamos um compromisso interno e externo de mudar esse quadro e proporcionar igualdade de condições para todas as pessoas. No Brasil, políticas de inclusão social vão avançando lentamente com a qualificação dessas pessoas para o mercado de trabalho, através de cursos profissionalizantes e de ações afirmativas, como o polêmico sistema de cotas nas Universidades, que garante um percentual mínimo de negros no ensino superior.

Foi criado no ano de 2003 a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, num esforço do governo federal de começar a adotar políticas para resolver esse problema social. A nossa legislação também vem se aperfeiçoando neste tema, lembrando que a nossa Carta Magna inclui o repúdio a discriminação racial entre os princípios pelos quais o Brasil rege em suas relações internacionais (art. 4º, VIII) e elevou a prática de racismo à condição de crime inafiançável (art. 5º, XLII). Através das Leis n.º 7.716/78 e 9.459/97 fechou o sistema de proteção contra discriminação racial, criminalizando o induzimento e a incitação a discriminação com base na raça, etnia e cor e a recusa a contratação de empregado por motivo de raça e cor.³⁵

³⁵ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.154.

CAPÍTULO 10: IDADE

Não é de hoje que vemos e ouvimos que depois de uma certa idade fica difícil se manter em um emprego e conseguir outro. Existe um preconceito muito grande quando a disposição, saúde e capacidade de atualização da pessoa mais velha.

Outra questão são os salários, que com o passar dos anos vão aumentando, já que o funcionário pode acumular direitos, tais como gratificações por tempo de serviço, incorporações salariais, aumentos, além do seu saldo de FGT tornar-se cada vez maior, tornando a indenização devida em caso de dispensa sem justa causa “ mais pesada”. Muitas vezes se considera que “sai mais barato” contratar uma pessoa mais jovem, ou até mesmo duas no lugar daquela mais experiente.

Pessoas mais idosas, quando procuram um novo posto de trabalho, estão competindo com jovens dispostos a trabalhar em jornadas maiores por salários bem menores.

Por outro lado, pessoas muito jovens e sem experiência também não encontram com facilidade o seu lugar. A verdade é que no mundo capitalista, o que se busca é um trabalhador que não custe caro, seja responsável, com alguma experiência, jovem, saudável , qualificado e disposto. Com a quantidade de pessoas despejadas no mercado todos os anos, a automação e crescente competição decorrente da globalização, conseguir um bom posto de trabalho é cada vez mais difícil.

Um estudo elaborado pela União Européia apontou que “A baixa participação no emprego afeta especialmente os jovens e trabalhadores com idade superior a 50 anos (...) De qualquer forma, estão sendo introduzidas, progressivamente, medidas com o escopo de melhorar os sistemas fiscais e de prestações sociais, para oferecer incentivos em favor da incorporação no mercado de trabalho das mulheres e dos trabalhadores com idade superior a 50 anos”.³⁶

Quando comprovado, existe proteção legislativa quanto a esse tipo de dispensa em razão da idade ou “não” contratação pela mesma razão. Dispositivos

³⁶ Beltran, Ari Possidonio. Direito do Homem, Direito do Trabalho e Novos Conflitos. Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de São Paulo. 2001. Fl. 306.

da Lei n.º 9.029/95 autorizam a anulação da demissão e compensação financeira em ambos os casos.

O Estatuto do idoso (Lei n.º 10.741/03) criminaliza a prática desses atos em seu art. 100, II, dispondo que negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho, constitui crime punível com reclusão de seis meses a um ano. Assim, além das penalidades trabalhistas, os representantes legais da empresa que discrimina o idoso estão sujeitos à sanções penais.

Porém, dificilmente consegue-se provar que a motivação da dispensa ou da rejeição da contratação de uma pessoa. Ainda mais que no Brasil, diferentemente de outros países que ratificaram a Convenção n.º 158 da OIT, não há a obrigação de motivar os atos rescisórios.

O assunto tem merecido a atenção da OIT. “O Diretor Geral do BIT, m. Somavia, declarou em comunicação da OIT, de 10 de novembro de 2000, que para os trabalhadores idosos “a integração social significa, em primeiro lugar, uma remuneração decente do trabalho ou da aposentadoria e, também, ter a possibilidade de participar da vida da comunidade, seja tendo um emprego, seja efetuando um trabalho voluntário ou desenvolvendo outra atividade conforme suas capacidades e preferências “. ³⁷

Cumpra lembrar que existem postos de trabalho que justificadamente devem ser exercidos por pessoas mais jovens, especialmente em razão de esforço físico, ou por pessoas com larga experiência, em virtude de responsabilidade maior, ou ainda, trabalhos que não podem ser exercidos por menores de idade, em razão da proteção da sua saúde física, psicológica ou educacional. O repúdio é pela escolha sem motivo razoável ou justo, por mero preconceito ou ganância.

O bom-senso e a diferenciação lógica, justa e justificável, de proteção a mulher, ao adolescente e ao idoso são bem vindos e não são discriminação, mas uma forma de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua igualdade e para a sua proteção.

³⁷ Beltran, Ari Possidonio. Direito do Homem, Direito do Trabalho e Novos Conflitos. Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de São Paulo. 2001. Fl. 306.

CAPÍTULO 11: SAÚDE

A discriminação por motivo de saúde ficou famosa com o filme Filadélfia que “conta a história de Andrew Beckett, um advogado homossexual que trabalha para uma prestigiosa firma em Filadélfia. Quando fica impossível para ele esconder dos colegas de trabalho de que tem AIDS, é demitido. Beckett contrata então Joe Miller, um advogado homofóbico, para levar seu caso até o tribunal”.³⁸

A discriminação com relação aos portadoras de AIDS chama a atenção na medida em que ela é muito maior que por outras doenças, muitas vezes com risco de contágio muito mais elevado.

A questão é que esse preconceito envolve a questão dos grupos de risco e formas de contágio. O vírus do HIV é transmitido através do sangue e a forma mais comum é pela relação sexual, em especial a homossexual do sexo masculino, e uso de drogas injetáveis. Desta maneira outros preconceitos vêm à tona e não é somente a doença a causa a rejeição social, mas também a opção sexual, a vida sexual do indivíduo e o uso de drogas. O puritanismo entra neste contexto, muitas vezes criado pela própria religião do discriminador, e vem como motivo principal de segregação do indivíduo soropositivo.

Obviamente que o medo de contaminação também acaba gerando a discriminação, o que não se resume a AIDS, mas a qualquer problema de saúde. Em alguns casos isso é até mesmo compreensível. O que não se pode admitir é que pessoas com a educação e informação necessária sobre a doença e formas de contágio, segregarem um soropositivo, por exemplo, mesmo sabendo que o convívio de trabalho com essa pessoa não lhe causa risco algum, já que o vírus é transmitido pelo sangue e secreções.

Essa visão de isolar a pessoa e impedir a sua integração social por ela representar “um mal aos valores da sociedade” e um pensamento preconceituoso e injustificado.

Essa idéia discriminatória vem desde os tempos bíblicos, quando se relata que os leprosos eram expulsos de sua cidades, tinham seus bens compartilhados ainda em vida e a sua morte era civilmente decretada. Os doentes

³⁸ wikipedia

eram enviados ao Vale dos Leprosos, onde ficavam isolados e aguardavam a morte.³⁹

Essa questão coloca em cheque direitos fundamentais, pois de um lado existe o direito do cidadão de trabalhar, não ser discriminado e ter sua intimidade preservada, sem que ninguém saiba de suas condições de saúde, mas por outro lado existe o direito da comunidade de preservação de sua saúde. A questão é equilibrar tais direitos, educando a população, para que haja consciência das formas de contágio das doenças, formas de se proteger e principalmente quando o convívio com o portador da moléstia não causa nenhum risco de contágio para a população.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em associação com a OIT, baixou Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o local de trabalho e esclarece que, na grande maioria dos ofícios, profissões ou situações laborais, o trabalho não acarreta risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para o outro, seja de um empregado para um cliente, ou de um cliente para o empregado (seção II, § 4º). A Declaração acrescenta que os soropositivos assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro empregado e àqueles que apresentem sintomas ou enfermidades, com o mesmo tratamento dado a um empregado enfermo.⁴⁰

Essa declaração sugere que não se deve exigir exame de HIV antes da contratação de um empregado e nem que ele faça qualquer declaração ou preste informação neste sentido. Assim também se pronunciou o Conselho de Ministros da Saúde dos Estados-membros da Comunidade Econômica Européia em 15 de novembro de 1988.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil, por meio da Resolução nº 1.359/92 proibiu os médicos que prestam serviços a empresa de revelar o diagnóstico do empregado ou candidato a emprego com relação ao vírus HIV, cabendo-lhes tão somente informar aspectos ligados a capacidade laboral para determinada atividade (art.3º). O fato de ser ou não soropositivo, refere-se a esfera íntima da pessoa e por isso é confidencial, pois com a revelação desse diagnóstico a pessoa pode passar por diversas implicações sociais.

³⁹ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.154.

⁴⁰ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl. 156.

Quando não há perigo de contágio, a discriminação é uma atitude cruel e ignorante, mas quando esse perigo é real, nas atividades em que de alguma forma pode haver transmissão da doença, o portador do vírus tem a obrigação de não concorrer as vagas ou de se desligar delas. Caso o candidato a vaga assim não proceda, o negócio jurídico trabalhista pode ser anulado, por erro substancial sobre a pessoa, nos termos do art. 139, II, do Código Civil. Se o vírus é adquirido na vigência do contrato de trabalho, o empregado deve imediatamente informar o empregador, que tem obrigação de manter sigilo, sob pena de responder por danos morais, e recolocar o empregado em atividade que não cause risco a saúde de terceiros. Tão somente nos casos de impossibilidade deste procedimento, por não haver atividade que não gere risco de contágio, a dispensa é autorizada e não considerada discriminatória.⁴¹

Alice Monteiro de Barros entende que nos casos em que a atividade implique perigo de contágio, o empregado pode ser sujeito a realização de exame de HIV, porém nunca de forma clandestina ou sem a sua autorização, pois essa é uma questão de sua vida privada, com implicações na sua integração social e naturalidade de suas relações sociais.

Infelizmente, não há nem no âmbito nacional e nem internacional alusão expressa ao estado de saúde como fator de discriminação nas relações de trabalho. Em razão disso, alguns autores, como Sérgio Pinto Martins, entendem que a proteção contra discriminação por estado de saúde não seria totalmente aplicável no âmbito do direito do trabalho.

Sérgio Pintos Martins interpreta a Lei n.º 9029/95 de maneira restritiva e entende que a proteção conferida neste diploma não se aplica aos trabalhadores por ausência de previsão legal, não cabendo ao empregado a anulação do ato rescisório, mas tão somente a compensação por eventuais danos sofridos.

Todavia, entendemos que tal interpretação está contrária a Constituição Federal, que prescreve a máxima tutela de proteção ao ser humano em sua dignidade (art. 1º, III), bem como tem o objetivo de promover o bem sem qualquer forma de discriminação e reger-se pela prevalência dos direitos humanos (arts. 3º, IV e 4º, II). Lembramos ainda que os direitos conferidos a pessoa humana por meio dos

⁴¹ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl. 157.

tratados de direitos humanos são incorporados a nossa ordem jurídica na condição de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º).⁴²

Por outro lado, a Lei n.º 9.029/95 deve ter interpretação restritiva com relação as normas penais, contidas em seus arts. 2º e 3º, já que, por óbvio as normas penais sempre devem ser vistas de forma restritiva. Porém no que tange aos artigos que disciplinam quais seriam as práticas discriminatórias e suas consequências no Direito do Trabalho, como nos arts. 1º e 4º, a interpretação deve ser ampliada.

A própria Constituição reconhece que a saúde é um é um direito de todos e impõe ao Estado a adoção de políticas sociais visando a redução dos agravos aos doentes. A Recomendação nº150, que complementa a Convenção nº 142 da OIT, ratificada pelo Brasil, sugere que sejam adotadas medidas para garantir a reintegração dos minorados físicos em um ambiente de trabalho, sendo certo que entre eles estão incluídos os portadores de HIV.⁴³

Desta maneira, mesmo que não citados de maneira expressa no art. 337-A da CLT ou na Lei nº 9.029/95, os portadores de moléstias estão incluídos na tutela destes dispositivos, de acordo com as normas constitucionais e acordos internacionais assumidos pelo Brasil. Portanto, eles tem direito a contratação, manutenção no emprego e convívio com os demais colegas, desde de que isso não gere risco à terceiros.

Não só o HIV, mais outras doenças também levam ao preconceito e discriminação, mais uma vez por pura ignorância e covardia. Um exemplo comum é o empregador que não aceita trabalhadores reabilitados, temendo novos afastamentos. Outro caso são doenças que modificam a aparência da pessoa, como o vitiligo, entre outras.

Por mais incrível que pareça, há empresas que através de exame de sangue dos candidatos buscam informações a respeito de possíveis enfermidades em longo e médio prazo. Já se fala hoje em dia em mapeamento genético para determinar quem são os candidatos mais saudáveis.

⁴² Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.158.

⁴³ Idem 158.

Essa conduta é repugnante e fere a dignidade da pessoa humana, quando impede um sujeito, na possibilidade de possuir qualquer enfermidade, de trabalhar, e com isso buscar realização profissional, maior renda e integração social.

Esse assunto merece atenção legislativa e política. Para a proteção das pessoas com relação a esse tipo de discriminação, a principal e mais urgente atitude a ser tomada, é a educação da população quanto às doenças, formas de contágio e de prevenção, para que o sentimento de preconceito seja substituído por compreensão e solidariedade.

CAPÍTULO 12: OUTROS

Existem diversas formas de se agir de maneira preconceituosa no ambiente de trabalho e não se pretende aqui, exaurir todas as possibilidades, se é que isso seria possível.

Podemos, entretanto, citar algumas outras situações menos comuns, mas também recorrentes.

Uma delas é o preconceito religioso. Há empresas que contratam preferencialmente pessoas que comunguem da mesma fé, ou ainda que imponham práticas de sua religião aos funcionários. Mais comum, ainda, é os próprios trabalhadores criarem grupos de acordo com seus credos e repudiarem aqueles que não tenham a mesma religião. Essa situação gera uma sensação de injustiça e humilhação ao segregado e é um dos casos mais difíceis de se resolver por políticas públicas, leis ou educação. Isso porque algumas pessoas possuem fanatismo religioso tão grande, que se recusam a aceitar qualquer explicação contrária ao seu credo, enfrentando qualquer sanção “em nome da fé”.

Os homossexuais também são comumente discriminados em todos os ambientes e em especial por colegas de trabalho. Mesmo quando a opção sexual não é motivo para a dispensa, pode ser para o isolamento e para o assédio moral horizontal, onde os próprios colegas afastam o indivíduo e fazem chacotas com ele.

O trabalhador obeso é muitas vezes discriminado. É tido como preguiçoso e é alvo de piadas e exclusão no ambiente de trabalho.

Outros fatores como aparência física podem ser levados em consideração. Muito comum é a contratação para recepcionistas, aeromoças,

vendedoras ou estagiárias pela aparência física, fator que não influencia na aptidão para os serviços do cargo.

Qualquer diferenciação relevante e justificável, não pode ser considerada preconceituosa. Então, por óbvio, se o cargo é para modelo, a aparência é fator de contratação e manutenção do emprego. O que se deve coibir é a discriminação preconceituosa e injustificada.

CAPÍTULO 13: COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA

O principal meio de se combater a discriminação é educar a população e coibir qualquer prática que atente contra o Princípio Constitucional da Igualdade.

Dentro da esfera trabalhista, como já visto, a consequência legal para a rescisão do contrato de trabalho por prática discriminatória é a nulidade do ato e a consequente reintegração do trabalhador, bem como o pagamento de eventuais indenizações, danos morais e materiais e salários do período de afastamento, nos termos da Lei nº9.029/95 e art.373-A da CLT.

Nos casos em que as práticas discriminatórias surgem durante a vigência do contrato de trabalho, além da indenização por danos morais ou materiais, cabe rescisão contratual com justa causa imputável ao empregador, por prática de ato lesivo contra a honra do empregado, nos termos do art. 483 da CLT ou interdito buscando que o empregador não pratique mais os atos preconceituosos.

É preciso lembrar que o empregador não é obrigado a contratar o empregado discriminado, pois o contrato de trabalho é *intuitu personae* e o empregador pode escolher quem quer contratar. O contrário seria afrontar a própria natureza do contrato e o direito de livre contratação e dispensa previsto no ordenamento jurídico.

Uma questão importante a ser lembrada é que dificilmente você consegue comprovar qual o motivo preconceituoso da dispensa ou não contratação. Na maior parte das vezes o motivo preconceituoso fica camuflado, pois no nosso ordenamento não há imposição de se justificar a dispensa, que é feita de maneira discricionária.

Nos dizeres de Américo Plá Rodriguez é muito difícil verificar e controlar as causas da contratação, pois podem haver outros motivos que levem a escolha de

outro candidato que não sejam preconceituosos. “ E é muito difícil de sancionar, porque não se pode obrigar a despedir um para que se entre outro que se presume discriminado e, menos ainda, obrigar a empresa a ter maior número de trabalhadores que o necessário.”⁴⁴

E para deixar esse cenário mais difícil ainda, a prova da discriminação é do empregado que a suscitou, nos termos do art. 818 da CLT.

A lei trabalhista deveria ser interpretada a luz da razoabilidade e dos preceitos constitucionais de máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Já se desenha uma tendência de exigir do empregador a necessidade de comprovar o real motivo da dispensa, quando lhe é imputada a prática de um ato discriminatório. Entretanto, isso não exonera o trabalhador de demonstrar, através de documentos ou testemunhas, ao menos indícios de ser vítima de uma discriminação no ambiente de trabalho. “Sem ela, não há como admitir a oneração processual do empregador, já que, nesse caso, o mesmo, ao invés de ser compelido a realizar uma simples contraprova (ou contraindício), ficaria obrigado a produzir prova negativa, o que é negado pela nossa sistemática processual”.⁴⁵

A pessoa discriminada deve apresentar fatos que permitam deduzir indícios racionais de discriminação e o empregador de desmenti-las, apresentando motivos razoáveis para o tratamento desigual. Exigir prova cabal da discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.⁴⁶

Alice Monteiro de Barros defende que “dada a dificuldade de se comprovar o tratamento discriminatório, o que inviabilizaria a efetividade da tutela constitucional, entendemos suficiente que a vítima apresente em juízo circunstâncias fáticas que façam presumir o tratamento desigual, competindo ao empregado comprovar a razoabilidade dos critérios adotados, quando esses não forem transparentes, mostrando que não violou o Princípio da Igualdade”.⁴⁷

O aparato jurídico oferecido aos empregados no combate à discriminação nas relações de trabalho é moderno e amplo. Os empregados podem se voltar

⁴⁴ Rodrigues, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. Ltr. 3ª edição, pág 450.

⁴⁵ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.163.

⁴⁶ Monteiro de Barros, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 2ª edição.. Ltr, 2006. Pág. 1087.

⁴⁷ Idem, pág. 1093.

individualmente contra os seus empregadores quando sua dignidade for atingida por violação ao Princípio da Igualdade e o Ministério Público utilizar seu vasto acervo para a proposição dos termos de ajustamento de conduta e de ações civis públicas, no interesse coletivo.⁴⁸

Por fim, o Brasil pode responder internacionalmente se descumprir os compromissos assumidos perante a comunidade jurídica internacional, bastando a denúncia dos interessados nos órgãos competentes. Por isso, o poder público tem a obrigação de proibir a discriminação no ambiente de trabalho e de propor políticas eficazes no seu controle e erradicação.

Nos dizeres de Fátima Piovezan “O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica na noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo forma de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas na tarefa de proteção dos direitos humanos internacionalmente assegurados” .⁴⁹

CAPÍTULO 14: CONCLUSÃO

O Direito só encontra sentido quando utilizado para a promoção e a proteção da pessoa humana em todos os amplos aspectos de sua dignidade. “O direito serve o homem e não o oposto”.⁵⁰

Existe um compromisso de valorização da pessoa humana em cada ordenamento jurídico democrático. Esse compromisso não é somente jurídico, mas também ético e lógico.

A própria noção de pessoa humana é incompatível com a desigualdade entre elas e qualquer ação neste sentido além de cruel vai contra todo o processo de solidificação dos Direitos Humanos em todo mundo.

⁴⁸ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl. 164.

⁴⁹ Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª edição, São Paulo. Editora Max Kimonad, 2002, pág. 35-37.

⁵⁰ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Luiz Marcelo F. de Góis Ed. Atlas. 2010. Fl.164.

No ambiente de trabalho, as práticas discriminatórias tomam especial importância diante da fragilidade do empregado na sua relação com o empregador e do tamanho da importância social que o trabalho tem.

O trabalho, além de gerar renda ao indivíduo e com isso proporcionar suas necessidades vitais básicas, é direito social da pessoa humana que busca a satisfação profissional e com isso a sua felicidade, a aceitação dentro da sociedade e a sua valorização não só pelos outros, mas por si mesmo. Excluir ou preterir uma pessoa de realizar o seu labor é ferir a sua dignidade e auto-estima.

Para que as leis e a nossa Carta Magna tenham a efetividade necessária e cumpram o seu papel de garantir o Princípio da Igualdade, a educação da população é a medida mais urgente a ser tomada. É preciso que haja a conscientização de que todos somos essencialmente iguais, e como seres humanos merecemos as mesmas oportunidades e tratamentos. É necessário que se sensibilizem as pessoas da injustiça de se escolher alguém para determinado trabalho por razões preconceituosas e injustificáveis, que venham a ferir o senso de justiça e capacidade laboral.

O Direito ao Trabalho e o Direito à Igualdade são direitos constitucionais previstos na nossa Constituição Federal e o respeito a esses direitos promove a dignidade da pessoa humana. A vedação à discriminação e as políticas de combate são essenciais para a inclusão das minorias historicamente colocadas à margem da sociedade e para a sensação de justiça e igualdade, primordiais para o sentimento coletivo de dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocencio Martires. Curso de Direito Constitucional / Editora Saraiva, 4ª edição, 2009.
- (2) Beltran, Ari Possidonio. Direitos do Homem, Direito do Trabalho e Novos Conflitos. Faculdade de Direito do Estado de São Paulo. Tese para Concurso de Professor Titular do Departamento de Direito do Trabalho. São Paulo, 2001.
- (3) Filomeno, José Geraldo Brito. Teoria Geral do Estado e Ciência Política / Editora Forense Universitária, 3ª edição, 1999.
- (4) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Obra: A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: Alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Capítulo 2 - Do Direito à Igualdade. 2.1. Algumas Anotações sobre os Chamados Patamares Mínimos de Igualdade. 2007, págs. 31 a 42. Material da 5ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.
- (5) Junior, Vidal Serrano Nunes; Araujo, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional / Editora Saraiva. 9ª edição, 2005.
- (6) Konder, Fábio Comparato. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos/ Editora Saraiva, 2ª edição, 2001.
- (7) Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Editora Saraiva, 14ª edição, 2010.
- (8) Martins, Sergio Pinto. Direito do Trabalho / Editora Atlas, 26ª edição, 2010.
- (9) Monteiro de Barros, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 2ª edição. Ltr, 2006.
- (10) Monteiro de Barros, Alice. Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008.
- (11) Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional / Editora Atlas, 5ª edição, 2005.
- (12) Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional / Editora Atlas, 15ª edição, 2004.
- (13) Nascimento, Amauri Mascaro. Atualidades Jurídicas – Coordenação Maria Helena Diniz / Editora Saraiva, 2001.

- (14)Silva, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo / Editora Malheiros, 23ª edição, 2003.
- (15)Piovesan, Flávia e outros. Direitos Humanos - Fundamento, Proteção e Implementação Perspectivas e Desafios Contemporâneos / Editora Juruá, 2008.
- (16)Piovesan, Flávia e outros. Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado / Editora DPJ, 2008.
- (17)Piovesan, Flávia e outros. Direitos Humanos e Direito do Trabalho / Editora Atlas, 2010.
- (18)Piovesan, Flávia. Temas de Direitos Humanos / Editora Max Limonad, 2ª Edição, 2003.
- (19) Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª edição, São Paulo. Editora Max Limonad, 2002.
- (20)Ramos, André de Carvalho.Processo Internacional de Direitos Humanos. Editora Renovar, 2002.
- (21)Rodrigues, Américo Pla. Princípios de Direito do Trabalho / Editora LTR, 3ª edição, 3ª tiragem, 2004.
- (22)ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editores, 2009, págs. 346 a 371. Material da 5ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós- Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.
- (23)Sarlet, Ingo Wolfgang e outros. Jurisdição e Direitos Fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.
- (24)SOUZA NETO, Cláudio Pereira, FERES JUNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia(coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio deJaneiro: Lumen Juris, 2008, págs. 345 a 363. Material da 5ªaula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera- UNIDERP | REDE LFG.

- (25) Treviso, Marco Aurélio Marsiglia. A Discriminação de Gênero e a Proteção à Mulher. Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 77. Jan-jun 2008.
- (26) Zaccariotto, José Pedro. A Polícia Civil e a Defesa dos Direitos Humanos / Editora Millennium, 2009.