

FIRMINO ALVES LIMA

MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre sob a orientação da Profa. Dra. Walküre Lopes Ribeiro da Silva

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO, 2005

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Justificativa	7
2. Delimitação do tema	8
3. Metodologia e técnicas de pesquisa.....	9
1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.1. A pessoa humana e sua dignidade.....	11
1.2. A positivação da expressão no ordenamento internacional e doméstico	20
1.3. Definição, <i>status</i> jurídico-normativo e funções da dignidade da pessoa humana.....	26
1.4. Dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho.....	34
1.5. Sua relação com os princípios da igualdade e da não-discriminação	38
2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	41
2.1. Histórico do princípio da igualdade	41
2.2. A igualdade vista pelo liberalismo e seus reflexos nas primeiras declarações de direitos do homem.....	48
2.3. A igualdade substantiva e sua busca em prol da democracia e da realização da pessoa humana	54
2.4. As concepções mais atuais da igualdade.....	60
2.4.1. A igualdade formal e a igualdade real.....	60
2.4.2. A igualdade de oportunidades.....	62
2.4.3. A igualdade como fator de inclusão social	66
2.4.4. Conclusões sobre as diversas formas de igualdade.....	69
2.5. As funções do princípio da igualdade	71
2.6. O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras.....	72
2.7. O princípio da igualdade e o direito do trabalho.....	84

3. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO	90
3.1. Histórico da obrigação de não discriminar e a relação do princípio da não discriminação com a igualdade	90
3.2. Conceituação de discriminação	93
3.2.1. Conceitos existentes na ordem jurídica positiva interna	94
3.2.2. Conceitos da ordem jurídica no âmbito internacional	102
3.2.3. Conceitos previstos em Convenções da Organização Internacional do Trabalho	112
3.2.4. Conceitos de discriminação fornecidos pela ordem jurídica interna de outros países	115
3.2.5. Conceitos de discriminação fornecidos por normas comunitárias	122
3.2.6. Componentes dos atos discriminatórios	131
3.2.6.1. uma determinada ação ou comportamento de distinção	132
3.2.6.2. Um motivo	137
3.2.6.3. objetivo ou efeito da ação ou comportamento	151
3.2.7. Considerações sobre a discriminação por efeito adverso	155
3.2.8. Definição da discriminação	164
3.3. As ações afirmativas e sua relação com a discriminação	166
3.3.1. As faces estáticas e dinâmicas do princípio da igualdade	166
3.3.2. Conceituação das ações afirmativas e sua origem	169
3.3.3. Sua relação mais próxima com a discriminação por efeito adverso	174
3.3.4. Sua constitucionalidade	176
3.3.5. Seus objetivos	186
3.4. A obrigação de não discriminar e o direito do trabalho	188
4. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS	191
4.1. Classificação pela fonte	192
4.1.1. Fontes legislativas	192
4.1.2. Fontes administrativas	193
4.1.3. Fontes negociais	196
4.1.4. Fontes judiciais	197
4.1.5. Fontes privadas	199
4.2. Classificação pelos resultados dos mecanismos	199
4.3. Classificação pelos agentes do combate à discriminação	201
4.4. Conjugação de mecanismos	201
5. MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	203

5.1. Circunstâncias peculiares dos Estados Unidos da América como objeto de estudo: características históricas e sociais	203
5.2. A quebra da política dos <i>separados, porém iguais</i> , pela decisão <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>	208
5.3. O <i>Civil Rights Act</i> de 1964 e sua seção VII sobre a discriminação nas relações de trabalho.....	212
5.4. O papel da <i>Equal Employment Opportunity Commission - EEOC</i> na efetivação da política de não discriminação.....	219
5.4.1. Sua criação e seu papel no contexto norte-americano	220
5.4.2. Os expedientes de cumprimento adotados pela comissão.....	222
5.4.3. As funções interpretativas da EEOC.....	225
5.4.4. As funções da EEOC perante os agentes governamentais	226
5.5. Outros diplomas legais relevantes sobre discriminação e as relações de trabalho.....	226
5.5.1. <i>Age Discrimination of Employment Act - ADEA</i> (1967).....	226
5.5.2. <i>Americans of Disabilities Act – ADA</i> (1990)	231
5.5.3. <i>Civil Rights Act</i> de 1866.....	243
5.5.4. Atos do Poder Executivo - <i>Executive Orders</i>	245
5.5.5. A Lei <i>Glass Ceiling</i> de 1991	246
5.6. O panorama judicial norte-americano contra as atitudes discriminatórias	247
5.6.1. O papel da jurisprudência sobre a discriminação e as decisões mais importantes sobre o tema.....	249
5.6.2. As ações coletivas – <i>class actions</i>	253
5.6.3. Os remédios jurídicos concedidos.....	254
5.6.4. A inversão do ônus da prova.....	257
5.6.5. A utilização de estatísticas como prova de discriminação	261
5.7. Conclusão sobre os mecanismos existentes nos Estados Unidos da América	264
6. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NA UNIÃO EUROPÉIA	266
6.1. O Tratado de Roma e suas preocupações com a igualdade entre os sexos	267
6.2. As primeiras normas comunitárias sobre a discriminação sexual – o papel das Diretivas.....	273

6.3. A influência do Tratado de Amsterdam e da Carta Social Européia - As Diretivas 2000/43, 2000/78 e 2002/73.....	283
6.3.1. A Diretiva 2000/43.....	286
6.3.2. A Diretiva 2000/78.....	291
6.3.3. A Diretiva 2002/73.....	296
6.4. O Projeto de Constituição da União Européia e a ampliação do combate contra a discriminação	301
7. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NO BRASIL.....	306
7.1. A realidade brasileira	306
7.2. Os mecanismos legais existentes no Brasil	310
7.2.1. A Consolidação das Leis do Trabalho	310
7.2.2. A Lei 1.390/51 (Lei Afonso Arinos) e normas penais subseqüentes.....	312
7.2.3. A Lei 5.473/68	315
7.2.4. A Lei 7.853/89 e o Decreto 3.298/99	317
7.2.5. A Lei 9029/95	320
7.2.5.1. Histórico da lei.....	321
7.2.5.2. Suas disposições e sua interpretação	323
7.2.5.3. Taxatividade dos motivos descritos.....	327
7.2.5.4. As penalidades previstas e sua efetividade no combate da discriminação	328
7.2.5.5. Conclusões sobre a Lei 9029/95.....	332
7.2.6. A Lei 9.799/99 e a discriminação por gênero sexual	333
7.3. A discriminação nas relações de trabalho vista pelo Poder Judiciário no Brasil	337
7.3.1. Jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.....	337
7.3.2. A jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho	342
7.3.3. A intervenção do Ministério Público do Trabalho, os inquéritos, as ações civis públicas e os termos de ajuste de conduta	352
7.3.4. A questão do ônus da prova	355
7.4. Os tratados internacionais sobre direitos humanos aplicáveis no Brasil.....	363
7.4.1. Conceito, classificações e incorporação na ordem jurídica interna brasileira	363
7.4.2. Declaração Universal dos Direitos do Homem, e os Pactos internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o de Direitos Políticos	367
7.4.3. As convenções internacionais contra várias formas de discriminação	372

7.4.4. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência	379
7.4.5. As normas da OIT no direito pátrio	381
7.4.1.1. A Convenção 111	383
7.4.1.2. As demais Convenções da OIT que envolvem o tema	389
CONCLUSÕES	394
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	
RESUMO	426
ABSTRACT	429

INTRODUÇÃO

1. Justificativa

O Brasil é uma nação constituída por grandes diferenças e mantém uma cultura elitista com tratamento discriminatório bastante arraigado. Em decorrência deste fato, freqüentes são as situações de discriminação por fatores raciais, sexuais, religiosos, etários, regionais, entre tantos outros. Persiste no Brasil uma falsa cultura segundo a qual não há discriminação, ao contrário de países que tiveram comportamentos segregacionistas bem menos ocultos, principalmente aqueles de colonização britânica. Contudo, no Brasil, os reflexos sociais das práticas discriminatórias em termos raciais são bastante contundentes. Como reflexo disso, as relações de trabalho são intensamente permeadas de atitudes discriminatórias. Todavia, é pequena a procura da Justiça do Trabalho para conhecimento e reparação de lesões individuais e coletivas decorrentes de um ato discriminatório. Quando submetidas ao Poder Judiciário tais questões, são, muitas vezes, enfrentadas sem a devida fundamentação exigida para um importante tema de direitos fundamentais.

É extremamente dolorosa a situação do trabalhador discriminado que perde um posto de trabalho, uma promoção, uma qualificação ou vantagem laboral. A crise do emprego e o excesso de oferta no mercado de trabalho propiciam ao empregador inescrupuloso um ambiente favorável para atitudes discriminatórias, estimulando-o a abandonar critérios técnicos ou disciplinares nas suas escolhas. Alguns candidatos ou grupos de candidatos disputam o mercado de trabalho em nítida condição de desvantagem por portarem fatores discriminatórios opcionais e não opcionais. Nesses grupos pode ser incluído o candidato de pele não clara, o idoso, o ex-presidiário, o sindicalista, o obeso, o deficiente, qualquer um dos cidadãos brasileiros pode se encontrar em desvantagem e assim ser julgado, em função do contexto e das circunstâncias.

A dissertação acadêmica pretende contribuir para o panorama científico nacional neste sentido, principalmente para os projetos do Departamento de Direito do Trabalho dentro de sua atual linha de pesquisa. Como disse o Prof. Amauri Mascaro

Nascimento, em memorável aula em 17 de setembro de 2003 no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na matéria Direito Constitucional do Trabalho, rara é a bibliografia no Brasil sobre o assunto. Caberá ao candidato analisar a atual situação brasileira, bem como a de alguns países que mereçam destaque em termos de mecanismos de defesa contra atitudes discriminatórias nas relações de trabalho. A problemática da efetividade dos mecanismos existentes deve ser também levada em conta nos processos judiciais ou administrativos que tratam de assuntos desta natureza. A discriminação no ambiente de trabalho pode assumir os mais variados e inimagináveis caminhos, exigindo mecanismos criativos, ágeis e efetivos, para que o discriminador não seja tão favorecido.

O estudo procura aprofundar a questão e tem a intenção de servir como fomento para outras discussões sobre essa importante e delicada questão no Direito do Trabalho.

2. Delimitação do tema

A dissertação acadêmica visa a análise dos mecanismos de defesa contra atitudes discriminatórias nas relações de trabalho existentes no Brasil e em ordenamentos jurídicos de outros países e comunidades. A seleção dos ordenamentos estrangeiros se deu em função das suas tradições em estudar o tema como é o caso dos Estados Unidos da América e da União Européia, ambientes nos quais, respectivamente, a discriminação racial e a discriminação por gênero sexual são mais estudadas. A dissertação será dividida em duas partes.

Na primeira, o plano de pesquisa prevê um estudo sobre o princípio da dignidade humana como princípio de unidade dos direitos fundamentais. Em seguida, o estudo do princípio da igualdade e, para encerramento dessa parte, o princípio da não-discriminação e suas implicações no Direito do Trabalho. Nessa parte serão estudados os conceitos de discriminação bem como suas manifestações mais comuns, matéria polêmica no direito nacional e internacional.

Na segunda parte da dissertação, serão feitas as classificações dos mecanismos antidiscriminatórios e, após essa análise, discorrer-se-á sobre tais mecanismos por separação geográfica: de início o estudo dos mecanismos existentes nos Estados Unidos da América, depois na União Européia. Para encerramento, será efetuado o estudo dos mecanismos existentes no Brasil, quando serão analisados tanto os diplomas constitucionais e legais vigentes como os tratados internacionais ratificados.

Por fim, o trabalho acadêmico pretende comparar os vários sistemas para que se reflita sobre a eficácia dos mecanismos expostos, com sugestões daquilo que o nosso sistema mereceria adotar para seu aprimoramento.

3. Metodologia e técnicas de pesquisa

Em face da amplitude do trabalho e dos conceitos envolvidos, vários são os métodos de abordagem para atender as exigências da pesquisa. Serão utilizados os métodos dedutivo, indutivo, analítico-sintético e, em alguns tópicos, o dialético.

Os métodos de procedimento serão a dogmática jurídica e o direito comparado para os conceitos teóricos, bem como o método histórico para análise da evolução dos princípios teóricos.

Quanto às técnicas de pesquisa, adota-se tanto a pesquisa documental (consulta de tratados internacionais, leis nacionais, normas jurídicas comunitárias, decisões judiciais, portarias, decretos, acordos coletivos de trabalho etc.), como a pesquisa bibliográfica. Também se recorre a dados quantitativos sobre empregabilidade, remuneração e oportunidades profissionais segundo o gênero e a cor de pele.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana é extremamente importante porque engloba todos os direitos fundamentais, pois se trata de um princípio que *regula e dá fundamento às normas jurídicas que lhe são referidas, não impõe, nem pode impor sem íntima contradição, um figurino determinado de homem: é um princípio que contribui para a abertura do sistema jurídico dos direitos fundamentais, não um princípio unicitário e totalizante que o encerra num dogmatismo, qualquer que ele seja* na lição de José Carlos Vieira de Andrade¹.

No mesmo sentido, Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira traçam importantes linhas sobre o primeiro artigo da Constituição Portuguesa de 1976, o qual se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Portuguesa². Os mencionados autores apontam que o referido princípio *é concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir dentro da “teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”*³. Na mesma esteira, José Afonso da Silva aponta que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida⁴.

Um ato discriminatório incorre no trato indigno de um ser humano e, como poderemos ver mais adiante, viola uma das funções desse princípio fundamental. O conceito de dignidade da pessoa humana tem uma profunda relação com o princípio da

¹ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1998. p. 12.

²“Art. 1º: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção duma sociedade livre, justa e solidária.” LEITE, Jorge; ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de. *Coletânea de legislação trabalhista*. 11. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

³CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 70.

⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 105.

igualdade e o dever de não discriminação. Com a exigência da conduta anti-discriminatória, estar-se-á promovendo não somente a preservação, mas também a intensificação da referida dignidade. Essa densa relação entre o dever de não discriminar como obrigação e a preservação da dignidade da pessoa humana como seu objeto, impõe um estudo mais aprofundado em um contexto preliminar, antes do desenvolvimento do tema do dever de não discriminar.

Igualmente, a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o Direito do Trabalho merece ser estudada e até pode ser considerado um princípio desse. Para dar início ao exame desse princípio, é necessário que tenhamos um conceito mais definido de pessoa humana e sua dignidade, como fundamentos do princípio que aqui nos interessa.

1.1. A pessoa humana e sua dignidade

O homem sempre teve uma visão insular de sua pessoa como sendo uma criatura de destaque na natureza por suas capacidades, em comparação com outros seres vivos que compartilham o mesmo espaço neste planeta. A predominância humana como seres dominantes é evidente e traz hoje um alto risco para toda a biosfera com o desenvolvimento da capacidade de eliminar sua própria espécie e toda a vida existente. A visão de superioridade baseia-se nos inegáveis poderes humanos de racionalidade, de imaginação e linguagem simbólica em comparação com os demais seres vivos, como meros exemplos. Tantas habilidades foram adquiridas em seu desenvolvimento, que o homem sente-se dono de sua própria vida, uma superação e um domínio entendidos como a raiz da dignidade da pessoa humana para muitos filósofos.

Luis Recasens Siches afirma que o homem não existe somente na forma biológica, mas também possui uma existência mais rica e elevada, fundada no conhecimento e no amor⁵. Jaques Maritain, bastante alinhado com a afirmação anterior, assevera que o homem possui inteligência e vontade e não existe somente por uma ação

⁵RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 2, p. 833.

física, pois há dentro dele uma existência mais rica e elevada, fundada no conhecimento e no amor. E prossegue, discorrendo sobre a dignidade absoluta da pessoa humana na medida de sua relação direta com o absoluto, pela qual somente ela poderá alcançar seu próprio desenvolvimento⁶. Fábio Konder Comparato aponta que a história do homem é a parte mais bela e importante da história, na medida em que revela que todos os seres humanos, a despeito de suas diferenças biológicas e culturais, merecem igual respeito como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza⁷. Miguel de Unamuno realça o valor da vida humana como algo que tem o fim em si mesmo, valor que é verdadeiramente autoteleológico, cuja finalidade é a maior e a mais intensa vida possível⁸. Antonio Junqueira de Azevedo sustenta que o homem distingue-se dos demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto⁹.

Historicamente, houve uma evolução sobre o pensamento do homem em relação a si próprio e seu papel de detentor de uma dignidade. José Carlos Vieira de Andrade afirma que as referidas idéias de dignidade e igualdade entre todos os homens remontam aos estóicos ainda que fosse a idéia de difícil compreensão com a existência da instituição da escravatura¹⁰. Veremos adiante que o cristianismo dá novo adensamento ao conceito, quando as pregações de Jesus Cristo apontam claramente a igualdade dos homens perante Deus, como filhos desse. O ser humano, no decorrer da história, soube dar o necessário valor a sua pessoa, descobrindo o homem como ser pensante e o centro do universo, para sobrepor-se ao Estado e à Sociedade, e enunciando seus direitos acima de todos os demais valores.

Luis Recasens Siches assevera que a noção de dignidade humana é característica da cultura cristã, mas não exclusivamente, já que também foi mencionada pelos antigos pensamentos chineses que declaravam que o que mais importa é o homem¹¹.

A Grécia antiga foi o berço da noção do homem como detentor de uma dignidade. O desenvolvimento da filosofia grega na antiguidade fez o ser humano

⁶MARITAIN, Jacques. *Lês drois de l'homme et la loi naturelle*. New York: Maison Française, 1942. p. 15.

⁷COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

⁸UNAMUNO, Miguel de. *La dignidad humana*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1949. p. 17.

⁹AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RTCD: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p. 22, jan./mar. 2002.

¹⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.*, p. 12.

¹¹RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 549.

visualizar-se no centro do universo, como ser dotado de liberdade e razão e capaz de atingir o conhecimento.

Fábio Konder Comparato assevera que durante o período axial, compreendido entre os séculos VIII e II a.C., estaria formado o eixo histórico da humanidade. Nesse período, segundo o referido autor, foram enunciados os grandes princípios, estabeleceram-se as diretrizes fundamentais da vida, eis que seriam lançados os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação de direitos universais¹².

Como ilustração das afirmações sobre a cultura grega clássica, uma das mais importantes lições sobre a dignidade do homem é aquela trazida pela peça *Antígona*, de Sófocles. Polinice, irmão de Antígona, faleceu e seu sepultamento foi proibido por um decreto do Rei Creonte por traição. A protagonista do drama viola este decreto e tenta promover o sepultamento, tendo sido apanhada e levada à presença do soberano, que a questiona por qual motivo teria ela contrariado a proibição da cerimônia. Antígona questiona a proibição uma vez que o direito ao sepultamento advém de leis superiores *não escritas, perenes, dos deuses*¹³. O drama é um dos melhores exemplos da dignidade da pessoa humana, ao tratar do direito ao sepultamento digno de um corpo humano pelos familiares.

O cristianismo assume um papel decisivo na história humana, ainda que não exclusivo, mas de preponderante influência na cultura ocidental, na medida do reconhecimento de todos os homens como filhos de Deus, já que criados segundo sua imagem e semelhança. Nesse sentido, Helmut Coing afirma que o cristianismo teria fundamentado o valor do homem sobre uma base metafísica mais profunda, já que Deus teria criado o homem segundo sua imagem e semelhança¹⁴. Por isso, Cristo, ao redimir com seu sangue todos os homens de seus pecados, teria agido não somente em favor de toda a humanidade, mas para cada indivíduo¹⁵.

¹²COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

¹³SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüller. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 36.

¹⁴COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Trad. castelhana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961. p. 143 e ss.

¹⁵Id. *Ibid.*, p. 144.

Verifica-se que a associação do humanismo antigo introduzido pelos gregos com o fundamento cristão de igualdade entre todos os homens, veio a constituir a imagem valorativa do homem, fundando o valor da pessoa humana na cultura ocidental¹⁶. Essa associação vem a ser consolidada no início da idade moderna, com a retomada do pensamento antropocentrismo clássico sobre a capacidade do homem como ser dotado de razão e capaz de realizações de várias espécies.

Giovanni Pico Della Mirandola possui uma destacada posição sobre o tema em sua reconhecida obra *Discurso sobre a dignidade do homem*, como cita Joaquim José Gomes Canotilho, ao afirmar o célebre constitucionalista que a dignidade da pessoa humana decorre de um princípio antrópico que acolhe uma idéia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* do referido filósofo, o qual enunciava o indivíduo como conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual¹⁷.

O mencionado filósofo renascentista fundamenta o antropocentrismo característico da época com argumentos filosóficos e teológicos¹⁸, inspirado nas lições de Gianozzo Manetti, de quem foi discípulo. Pico della Mirandola afirma que o homem foi criado por Deus como a única criatura racional neste planeta, para que houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande¹⁹. Essa racionalidade permitiria que o homem tomasse consciência de sua liberdade de escolha de seus destinos, sendo colocado no centro do universo para que pudesse olhar tudo, com o poder de ser artífice de si mesmo²⁰. Assim, o homem completaria a sua formação como continuidade da maravilhosa criação divina e como expressão do criador, como portador das sementes, o homem seria o centro do universo, tendo a explicação de tudo quanto foi criado. Essa posição de destaque no fenômeno da criação difere os homens dos demais animais, pois a razão não permite que sejamos semelhantes às bestas e aos estúpidos jumentos de carga, mas os árbitros e soberanos da natureza²¹. Com tais qualificações o ser humano possui uma dignidade com alcance ontológico, metafísico e ético.

¹⁶COING, Helmut. op. cit., p. 145.

¹⁷CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 219.

¹⁸PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução para o português de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Ed. 70, 1989.

¹⁹apud Id. Ibid., p. 51.

²⁰apud Id. Ibid., p. 53.

²¹apud Id. Ibid., p. 53.

Immanuel Kant debruçou-se detalhadamente sobre a dignidade do homem e traça diversas definições e considerações que são de extrema importância para o conceito jurídico que veio a surgir. Inicialmente, enuncia uma fórmula constituída do seguinte imperativo: *Proceda de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*²². Ao averiguar a possibilidade do enunciado acima ser verdadeiro, afirma o filósofo que o fim natural e comum a todos os homens é a felicidade, traduzindo-se na idéia de que toda a humanidade e toda a natureza racional são consideradas fins em si, como condição suprema limitadora da liberdade de ação de todos os homens²³. O homem não está obrigado a agir senão em conformidade com sua vontade própria, a qual institui uma legislação universal que ele mesmo vem a cumprir, traduzindo-se na autonomia do ser humano. Sendo um fundador de uma legislação universal por sua vontade, pode julgar-se a si mesmo, o que vem a constituir uma união sistemática de diversos seres racionais por meio de leis comuns, às quais se refere como um *reino dos fins*²⁴.

Nesse reino, prossegue o filósofo germânico, *tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo o preço, e por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade*²⁵. E mais adiante afirma que a autonomia a que acima referiu é, portanto, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda a natureza racional²⁶, sendo a dignidade *a aptidão que a humanidade possui para estatuir leis universais, embora com a condição de estar simultaneamente sujeita a esta legislação*²⁷. A moralidade, segundo Kant, é a única condição capaz de fazer que um ser racional seja um fim em si, pois só mediante ela é possível ser um membro legislador no reino dos fins²⁸. Fábio Konder Comparato vislumbra no raciocínio do filósofo germânico a afirmação de que a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma²⁹.

²²KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 92.

²³Id. Ibid., p. 93.

²⁴Id. Ibid., p. 96.

²⁵Id. Ibid., p. 98 (grifos no original).

²⁶Id. Ibid., p. 99.

²⁷Id. Ibid., p. 104.

²⁸Id. Ibid., p. 98.

²⁹COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 21.

Immanuel Kant também define em outra obra que essa dignidade, um valor interior absoluto, é constituída pela força do respeito da pessoa humana por todas as outras criaturas racionais, e que lhe permite comparar-se com cada uma delas em condições de igualdade³⁰.

A formação da idéia de dignidade da pessoa humana recebeu significativa contribuição do pensamento católico mais recente, inclusive o contemporâneo. Nos mais recentes documentos da Igreja Católica, a noção de dignidade da pessoa humana emerge com relevância, até mesmo voltada para as mazelas do trabalho humano, possuindo expressiva influência na positivação do valor em referência.

A encíclica *Rerum Novarum* expõe a sua preocupação com o tema ao afirmar que *a verdadeira dignidade do homem e a sua excelência residem nos seus costumes, isto é, na sua virtude; que a virtude é o patrimônio comum dos mortais, ao alcance de todos, dos pequenos e dos grandes, dos pobres e dos ricos; só a virtude e os méritos, seja qual for a pessoa em que se encontrem, obterão a recompensa da eterna felicidade*³¹. Em memorável passagem, essa encíclica cita a ofensa contra a dignidade da pessoa humana e a irrenunciabilidade do direito a ser tratado com dignidade, asseverando que *a ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual Deus mesmo dispõe com grande reverência, nem pôr-lhes impedimentos, para que ele siga o caminho daquele aperfeiçoamento que é ordenado para o conseguimento da vida eterna; pois, nem ainda por eleição livre, o homem pode renunciar a ser tratado segundo a sua natureza e aceitar a escravidão do espírito; porque não se trata de direitos cujo exercício seja livre, mas de deveres para com Deus que são absolutamente invioláveis*³².

Outro texto da Igreja Católica, a Constituição *Gaudium et Spes*, uma Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no Mundo de Hoje, de 7 de dezembro de 1965, refere-se extensamente à dignidade da pessoa humana. O referido texto revela que tudo o que existe na terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e termo, afirmando existir um *acordo quase geral* dos crentes e não crentes sobre esse ponto. Prossegue a referida Constituição afirmando que o homem foi criado à imagem

³⁰KANT, Immanuel. *Doctrine de la vertu. apud* por KLEIN, Zivia. *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris: Librairie Philosophique, 1968. p. 24.

³¹ENCÍCLICA *Rerum Novarum*, Carta Encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII Sobre a Condição dos Operários de 15 de maio de 1891. In: DE SANCTIS, Frei Antonio (Org.). *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 26.

³²Id. *Ibid.*, p. 35.

de Deus, capaz de conhecer e amar seu criador, composto de corpo e alma, e sintetiza em si mesmo os elementos do mundo material, não podendo desprezar a vida corporal, devendo considerar o seu corpo como bom e digno de respeito. Ao condenar o desprezo pela dignidade da pessoa humana, evidencia a necessidade do reconhecimento da igualdade fundamental entre todos os homens, superando-se toda forma de discriminação³³. O texto condena todas as formas de oposição à vida, e, entre outras formas de agressão, estão os atos que violam a integridade física e mental da pessoa humana e que colocam a pessoa em condições de vida infra-humana. Nesse mesmo patamar, o texto situa a imposição de condições degradantes de trabalho, quando operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis³⁴. Portanto, atribui a essa situação uma violência contra a dignidade da pessoa humana.

Para completar a ilustração das mais recentes posições da igreja católica sobre a dignidade da pessoa humana, merece importante relevo a Encíclica *Laborem Exercens*, de 14 de setembro de 1981, escrita pela atual santidade, o Papa João Paulo II. Essa encíclica menciona, de forma clara, que o trabalho é um bem, não apenas útil ou desfrutável, mas antes de tudo, digno. O trabalho é um bem do homem, da humanidade, não porque transforma a natureza, adaptando-a às próprias necessidades, mas também consiste em meio de realização da pessoa humana³⁵.

A dignidade da pessoa humana assume dentro do pensamento contemporâneo o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais segundo o pensamento de Miguel Reale, quando comenta *que há determinados valores que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam constantes éticas inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à práxis humana*. E afirma o supracitado jurista filósofo que o primordial desses valores é o da pessoa humana, sendo um *valor fonte*³⁶. Celso Ribeiro Bastos também caminha paralelamente ao pensamento de Reale e comenta que a expressão dignidade da pessoa humana, na atual carta política, tem um conteúdo moral. Entendeu o recém-falecido

³³CONSTITUIÇÃO Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no Mundo de Hoje, de 7 de dezembro de 1965. In: DE SANCTIS, Frei Antonio (Org.). op. cit., p. 321.

³⁴Id. Ibid., p. 322.

³⁵CARTA Encíclica *Laborem Exercens* do Sumo Pontífice João Paulo II no nonagésimo aniversário da encíclica *Rerum Novarum*, de 14 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=1570#9trabajo>>. Acesso em: 29 dez. 2003, e também em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 20 dez. 2004.

³⁶REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

jurista que a preocupação do constituinte brasileiro de 1988 foi de ordem material, para que fosse proporcionada às pessoas uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Segundo a visão desse autor, o princípio condena práticas humilhantes da pessoa humana que ocorrem todos os dias, colocando-a como fim último de nossa sociedade, e não como meio para alcançar certos objetivos, como o econômico³⁷.

É possível verificar duas dimensões do conceito de dignidade da pessoa humana. Na primeira, a dignidade da pessoa humana é um valor que justificaria a existência de todas as blindagens possíveis contra atos de desrespeito às integridades física e psíquica do ser humano, atuando como uma garantia negativa. Seria um fundamento da proteção da pessoa humana contra atos desumanos, bestiais e cruéis, ou seja, a pessoa humana não deve sofrer.

Contudo, essa dimensão voltada ao sofrimento humano não resta isolada, ela vem acompanhada de uma outra dimensão, a de promoção da pessoa humana como aspiração de sua felicidade. Ernst Bloch afirma que devem ser superadas as diferenças das antigas intenções de utopias sociais e das antigas idéias de dignidade das teorias jusnaturalistas. Ambas caminharam juntas, mas não golpearam juntas. Para formar essa união deverão ser somadas as noções de dignidade como proteção (jusnaturalistas), e a felicidade como aspiração (utopias).

Daí que temos uma segunda dimensão da dignidade da pessoa humana, a qual reside na afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo³⁸. Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo afirma que a dignidade da pessoa humana dá origem aos preceitos de consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida, respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária além do respeito à integridade da pessoa³⁹.

Nessa esteira de afirmação positiva do desenvolvimento da pessoa humana, Werner Maihofer afirma que o pleno desenvolvimento da personalidade supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade das possibilidades de atuação de cada homem, sem interferências ou impedimentos externos, e, por outro, a autodeterminação que surge da livre proteção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada

³⁷BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 148.

³⁸BLOCH, Ernst. op. cit., p. XI, prólogo.

³⁹AZEVEDO, Antonio Junqueira de. op. cit., p. 22.

pela natureza⁴⁰. O homem deve ser protegido como pessoa humana, mas ser livre para dispor dos meios necessários a seu desenvolvimento. A dignidade da pessoa humana, então, envolve estes dois objetivos.

Não pode ser deixado de lado posicionamento no sentido de que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como inata no homem não somente por suas qualidades físicas, mas também pela construção de uma obra cultural realizada por várias gerações da humanidade, ao complementar e interagir mutuamente os aspectos naturais e culturais humanos, segundo Peter Häberle⁴¹.

O jurista alemão Robert Alexy, estudioso dos direitos fundamentais, afirma que o conceito de dignidade humana é vago. Pode ser explicitado além de meras fórmulas gerais - como a que diz que a pessoa não pode ser convertida em mero objeto - por um feixe de condições mais concretas que definem o que deve ser dado ou o “eu” não deve ser dado para garantir a dignidade da pessoa⁴². Explica o jurista alemão que é consensual que a dignidade da pessoa não está garantida quando o indivíduo é humilhado, discriminado ou perseguido, é discutível se há lesão à dignidade na hipótese de desemprego permanente, não obstante o desejo de trabalhar⁴³. Destacando uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, mostra que no entendimento jurisprudencial dessa corte a norma da dignidade da pessoa compreende *a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e desenvolver-se a si mesmo em liberdade*⁴⁴.

Ronald Dworkin também considera a idéia da dignidade humana vaga, porém poderosa. Referindo-se ao pensamento de Kant, afirma o autor norte-americano que a idéia da dignidade da pessoa humana é defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupondo que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu

⁴⁰MAIHOFER, Werner. *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt: Klostermann, 1968, pág. 17, in PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986. p. 318.

⁴¹HÄBERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*. In J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg:C.F. Müller, 1987, in SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 110.

⁴²ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimpr. Trad. para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid:Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 344.

⁴³Id. Ibid., p. 345.

⁴⁴Id., loc. cit., fazendo referência à decisão BverfGE 45, 187(227).

reconhecimento como membro pleno da comunidade humana, vindo a sustentar que tal tratamento é profundamente injusto⁴⁵.

São tantas as concepções da dignidade da pessoa humana, que parece não ter fronteiras precisas. Por ter tantas variantes, podemos concluir, tal qual Antonio Enrique Pérez Luño, que a dignidade humana é o núcleo conceitual dos direitos humanos e supõe o valor básico fundamentador desses direitos⁴⁶, que tendem a explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral, bem como conferir ao sistema de direitos fundamentais uma unidade de sentido que represente a suprema expressão da ordem axiológica da nossa sociedade, assim como da comunidade internacional⁴⁷.

Depois da retomada panorâmica de algumas idéias sobre a dignidade humana, resta localizar onde tal princípio já foi positivado. A reConstituição da história da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental no estudo de sua concepção.

1.2. A positivação da expressão no ordenamento internacional e doméstico

O preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945, oriunda da Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas ocorrida em São Francisco, estabelece que o povo das Nações Unidas reafirma sua fé nos direitos humanos fundamentais, na *dignidade e nos valores humanos da pessoa*, na igualdade dos homens e mulheres das nações grandes e pequenas. Foi a primeira figuração da expressão em um texto internacional de destaque, inserido como princípio fundamental da Constituição daquela entidade⁴⁸.

Alguns anos depois, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, firmada em Bogotá, em maio de 1948, proclama, em suas considerações iniciais,

⁴⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. para o Português de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 304-305.

⁴⁶PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 318.

⁴⁷Ib. loc. cit.

⁴⁸NAÇÕES UNIDAS. Carta Geral das Nações Unidas. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/cartaonu.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

que *os povos americanos dignificaram a pessoa humana* (expressão discutível dada a presença anterior da idéia). O preâmbulo da declaração proclama solenemente que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. Muito adiante cronologicamente, a Convenção Americana de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 dispõe em seu artigo 11.1. que *toda a pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*.

A expressão *dignidade da pessoa humana* aparece com o maior destaque possível, tal qual a referida declaração do continente americano, na proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948. A referida declaração foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas por 48 votos a favor e 8 abstenções. Nas suas considerações iniciais, a mencionada declaração afirma que o reconhecimento da dignidade é inerente a todos os membros da família humana. Afirma o preâmbulo da referida declaração que os seres humanos possuem direitos iguais e inalienáveis, que são o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, como reafirmação dos princípios da Carta das Nações Unidas, que professa a fé na dignidade e no valor da pessoa humana. Em seu artigo 1º, a referida declaração proclama solenemente que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

É possível verificar nas três cartas de direitos fundamentais acima mencionadas, a importância do momento histórico em que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a figurar nas referidas declarações de direitos humanos. A Carta das Nações Unidas surgiu ainda com parte do mundo em conflito, dentro do interregno havido entre o término da guerra na Europa, encerrada em 08.05.1945 com a capitulação alemã, ao término da guerra no oriente em 11.08.1945, com a rendição incondicional do império japonês. Sua proclamação foi realizada antes do horror do bombardeio termonuclear das cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, com centenas de milhares de civis mortos ou gravemente feridos. As demais declarações acima relatadas, seja a declaração do continente americano ou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, foram constituídas poucos anos após o término da 2ª grande guerra.

Esse conflito mundial foi, efetivamente, um palco de horrores ao demonstrar que a humanidade viu a sua face mais bestial possível. O extermínio de seres humanos em massa, ataques maciços a civis de ambos os lados do conflito com pesadas destruições de lado a lado, humilhações, perseguições e toda a sorte de atentados contra a pessoa humana,

jamais haviam atingido tais proporções. O movimento pelo respeito da *dignidade da pessoa humana* passa a receber grande destaque no período pós-guerra quando multiplicaram-se as conferências, pactos e declarações. Define Jesús González Pérez esse pós-guerra como seu momento culminante⁴⁹. Verifica-se da metade do século XX em diante, a figuração da expressão *dignidade da pessoa humana* em diversos tratados internacionais de direitos humanos e vários diplomas constitucionais, fenômeno que será estudado de modo mais aprofundado.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos firmados em 19 de dezembro de 1966, mencionam expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos os pactos repetem, em seus preâmbulos, os dizeres do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁰. Merece igual relevo também a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, bem como a Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1961, as quais asseguram várias situações de proteção da dignidade da pessoa humana.

Se o Direito Internacional teve grande importância na positivação da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser protegido, o período pós segunda grande guerra também significou um grande avanço relativamente a direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos internos, com a expressa adoção da idéia da dignidade humana como fundamento em diversos diplomas constitucionais de culturas e concepções de vida completamente diferentes. Muitos foram os países que adotaram esse valor com natureza fundamental, mas alguns merecem amplo destaque, pois, ainda que não utilizem exatamente a referida expressão, procuram assegurá-la.

Ingo Wolfgang Sarlet discorre que a idéia de dignidade da pessoa humana já havia sido utilizada na Constituição alemã de 1919, conhecida também como Constituição de *Weimar*. Essa norma constitucional garantia, no seu artigo 151, inc. I, uma existência humana digna como objetivo maior da ordem econômica. Igualmente, o referido autor

⁴⁹PÉREZ, Jesús González, op. cit., p. 30.

⁵⁰*dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.*

reconhece os exemplos da Constituição de Portugal de 1933 e da República da Irlanda de 1937, em seu preâmbulo⁵¹.

Contudo, o fenômeno de aparição da noção de dignidade da pessoa humana ganha vulto após a segunda grande guerra, com a Constituição italiana de 1947 e a alemã de 1949. Os referidos países lutaram juntos na segunda grande guerra e foram derrotados pelos aliados, ambos dominados antes e durante o conflito por terríveis regimes totalitários como o fascismo e o nazismo, respectivamente. Após o término do conflito, os brutais regimes foram substituídos por democracias que perduram até os dias atuais.

O texto italiano de 1947 não menciona a expressão *dignidade da pessoa humana*, todavia reconhece e garante *os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde desenvolve sua personalidade*⁵², prescrevendo a segunda dimensão do princípio enunciada por Ernst Bloch, além de proibir a aplicação de penas desumanas (art. 27, II).

A Constituição alemã de 1949, por sua vez, assume ímpar posição dentro do contexto constitucional moderno relativamente ao tema. A lei fundamental germânica possui no seu artigo 1º, em seu parágrafo 1º a afirmação de que *A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes do Estado estão obrigados a respeitá-la e protegê-la*⁵³.

Duas constituições mais recentes merecem grande destaque com influência em nosso texto constitucional de 1988. Coincidentemente, ambas as constituições se referem aos dois países da península ibérica e ambas decorrem de processos de democratização, em substituição a regimes totalitários. A Constituição portuguesa de 1976 menciona expressamente em seu primeiro artigo que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. Por seu turno, no mesmo sentido caminha a Constituição espanhola de 1978, cujo texto prescreve em seu artigo 10º que *A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento*

⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 104, nota 221.

⁵²*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

⁵³*Art. 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

*da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social*⁵⁴.

Como na Itália e Alemanha, verificam-se mais duas constituições promulgadas em recém-instaladas democracias sucessoras de regimes ditatoriais. Ambos os países, com o desfazimento das ditaduras de Salazar e Franco, vieram a enfrentar, a partir de meados dos anos 70, um processo de intensa democratização. E ambos os textos constitucionais mencionam a dignidade humana como fundamento basilar dos estados constitucionais ali estabelecidos.

Outros países também adotaram o referido princípio no pós-guerra, merecendo destaque as constituições da República Irlandesa, Índia, Venezuela, Grécia, República Popular da China, Hungria (1989), Namíbia, Colômbia, Bulgária, Romênia, Cabo Verde, Lituânia, Peru, Rússia, África do Sul e Polônia⁵⁵. No âmbito dos países que compõem o Mercado Comum do Sul, além do Brasil, somente o preâmbulo da Constituição paraguaia traduz em norma fundamental tal princípio.

No Brasil, esse princípio apenas passa a ser consagrado pelo texto constitucional de 1988, também uma Constituição moldada em um processo de redemocratização. Esse processo teve início em 1985, após o desmoronamento de um regime ditatorial militar de vinte e um anos, caracterizado por graves violações de direitos fundamentais entre os quais a prática de violentas torturas e extermínio de guerrilheiros sem qualquer julgamento ou defesa prévia⁵⁶. O regime imposto pelo governo militar instalado após um golpe de estado em 1964 promoveu uma grave supressão geral de direitos fundamentais. Mediante o freqüente uso de atos institucionais, foram suprimidas garantias constitucionais elementares do regime democrático instaurado pela Constituição de 1946, que acabou sendo substituída em 1967 por uma carta muito mais rígida. O mais destacado desses atos institucionais, o AI-5, promulgado em dezembro de 1968, vigeu por dez anos. Suas disposições, suprimiram, sem qualquer possibilidade de direito à defesa, direitos políticos e liberdades individuais. Após esse duro clima político que foram os anos da ditadura militar, o texto constitucional de 1988 tornou-se a “Constituição Cidadã”, assim

⁵⁴*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

⁵⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4. p. 180.

⁵⁶GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 402.

apelidada pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte (na verdade um congresso constituinte eleito com o título de assembléia), o Deputado Ulysses Guimarães.

Nosso atual texto constitucional inovou-se em relação às cartas anteriores, ao conter a expressão *dignidade da pessoa humana*. Não figurou o princípio como garantia individual, mas sim, passou a ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, III⁵⁷, tornando-se esse princípio uma das pilastras mestres do sistema jurídico nacional. Certamente, dentro das previsões do artigo 1º da atual carta, a dignidade da pessoa humana é o ponto culminante dos fundamentos do Estado brasileiro, pois trata da realização da pessoa humana em vários sentidos, traduzindo todos os fundamentos anteriormente apontados no item 1.1. Não obstante integrar os princípios fundamentais da República, a referida expressão ainda encontra referência no capítulo da ordem econômica (art. 170, *caput*), no âmbito familiar, quando institui o planejamento familiar nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar, ou pretender assegurar para a criança e o adolescente, o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

Como pode ser notado, o princípio da dignidade da pessoa humana proliferou-se por vários diplomas de cunho internacional ou doméstico, em pouco mais de cinquenta anos. O referido fenômeno pode ajudar a explicar o princípio da irradiação, sustentado por Pérez Luño. Menciona o autor espanhol, apoiado na lição do germânico C. Graf Pestalozza, que o princípio em referência é uma doutrina derivada de outro princípio dos direitos fundamentais, aquele conhecido como *in dubio pro libertate*. Afirma o mencionado jurista espanhol que os direitos fundamentais possuem uma força expansiva integrada por normas finalistas com vocação irradiadora para todo o ordenamento jurídico, uma vez que estabelecem uma continuidade entre o princípio protetor da liberdade e o da efetividade dos direitos fundamentais. Assim, há uma tendência ínsita no sistema dos direitos fundamentais de potencializar sua eficácia em todos os âmbitos da experiência social e política⁵⁸.

Para prosseguimento no estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe analisar seu conteúdo e seus efeitos, o que passará a ser feito.

⁵⁷Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

⁵⁸PESTALOZZA, C. Graf. *Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland* em *Der Staat* 2, págs.230-231, 1963, in PÉREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 315.

1.3. Definição, *status* jurídico-normativo e funções da dignidade da pessoa humana

O mais importante aspecto deste capítulo reside na definição e na fixação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua capacidade de capitanear preâmbulos de declarações de direitos fundamentais de cartas constitucionais, como reflexo de aparição da expressão em tratados e declarações internacionais da mais alta importância, permite-nos buscar algumas definições sobre o seu *status* jurídico-normativo. Esse estudo é fundamental para concluir quais as suas efetivas funções, mormente quando sua qualificação oscila, na visão de vários juristas, entre valor, princípio e super-princípio.

Inicialmente, imperiosa é a definição do que seria um princípio dentro da ótica dos direitos fundamentais. Robert Alexy afirma que os princípios seriam, na definição para comparação com as regras, normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser considerados “mandatos de otimização”, os quais estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e de que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais senão também das jurídicas⁵⁹.

J. J. Gomes Canotilho afirma que distinguir regras e princípios, dentro do superconceito da norma, é tarefa complexa. Expõe o referido constitucionalista vários critérios sugeridos, iniciando-se pelo grau de abstração mais elevado dos princípios em comparação com as regras. Também sustenta que os princípios têm graus de determinabilidade de aplicação no caso concreto, por serem mais vagos e indeterminados. Possuem os princípios um caráter de fundamentalidade, para que seja o princípio uma norma estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico. Igualmente, afirma o renomado constitucionalista que os princípios têm maior proximidade da idéia de direito, sendo *standards* juridicamente vinculantes radicados na exigência de *justiça*, ao citar Dworkin, ou na idéia de direito, ao citar Karl Larenz. Por fim, afirma Canotilho que os princípios assumem natureza normogénica, quando são fundamento de regras⁶⁰. Domenico de Farias afirma que não somente a generalidade é o traço fundamental na

⁵⁹ALEXY, Robert. op. cit., p. 86.

⁶⁰CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra:Almedina, 2002. p. 1146-1147.

caracterização dos princípios, mas também a fecundidade como alma e fundamento de outras normas⁶¹.

A lição de Dworkin efetivamente chama a atenção. Com efeito, o renomado jurisfilósofo norte-americano denomina princípio um padrão que deva ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁶². Essa definição afasta o princípio como uma política ou um objetivo social ou econômico, como se tivesse um caráter programático, para um conceito vinculado à idéia de justiça.

Feita uma rápida visão sobre os princípios constitucionais, agora cumpre definir qual o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana para classificá-la como um princípio fundamental, a despeito de algumas importantes opiniões em sentido contrário.

José Afonso da Silva enuncia que se trata de um *valor supremo da ordem jurídica*, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, condenando o entendimento da maioria da doutrina, ao afirmar que, após a promulgação da carta política, *a doutrina passou a tentar enquadrar tudo neste conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica*⁶³. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, classifica a *dignidade da pessoa humana* como valor, já que implica para o direito constitucional brasileiro que a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, o qual não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo⁶⁴, revelando forte influência de Kant.

Karl Larenz tem uma visão diferenciada. Com efeito, o notável jurista alemão afirma que o personalismo ético atribuí ao homem, precisamente porque é *pessoa* em sentido ético, um valor em si mesmo traduzido em uma *dignidade*, e não simplesmente como meio para os fins dos outros. Assim, todo ser humano tem, frente a qualquer outro,

⁶¹FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano, 1981. (É in sostanza l'idea di una **fecondità** del principio che si aggiunge a quella della mera generalità.)

⁶²DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 36.

⁶³SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 91, abr./jun. 1998.

⁶⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 19.

direito a ser respeitado como pessoa, a não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo, a saúde), fruindo de um âmbito existencial próprio. Ainda assevera o referido jurista que a relação de respeito mútuo que cada um deve a qualquer outro e pode exigir dos demais, é a *relação jurídica fundamental*. Essa relação é a base de toda a convivência em uma comunidade jurídica e de toda a relação jurídica em particular. Os elementos da mencionada relação são o direito (a pretensão justificada) e o dever, assim como a reciprocidade dos direitos e deveres nas relações de pessoas entre si⁶⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a inclusão do princípio na atual lei maior como princípio fundamental é uma novidade inspirada no constitucionalismo espanhol e português, afinando-se com a doutrina luso-brasileira dominante, ao invés de figurar tão somente no rol dos direitos e garantias fundamentais⁶⁶. Com efeito, constata-se o caráter fundamental desse princípio nos textos constitucionais dos referidos países, especialmente na Constituição portuguesa em seu primeiro artigo transcrito no item 1.2.⁶⁷. Edilson Pereira de Farias também qualifica a dignidade humana como princípio que traduz o valor da pessoa humana, significando a objetivação na forma de proposição jurídica do valor da dignidade do homem, e assegurando ao último um patamar mínimo de respeito por sua própria natureza⁶⁸. O mencionado autor qualifica-o como um princípio *semântico e estruturalmente aberto*⁶⁹, de modo a constituir a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, ao dar unidade e coerência ao conjunto desses direitos e traduzir em uma especificação e densificação do extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Também afirma o referido jurista ser o princípio uma *cláusula aberta* no sentido de respaldar novos direitos não expressos no texto constitucional, desde que implícitos, constituindo uma referência a um sistema de direitos fundamentais⁷⁰.

Konrad Hesse, ao comentar a norma alemã sobre a dignidade da pessoa humana, afirma que *o artigo de entrada da Lei Fundamental* (transcrita no item 1.2.) *normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a*

⁶⁵LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 46.

⁶⁶SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.114.

⁶⁷*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (g.n.)

⁶⁸FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 60.

⁶⁹FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., p. 61.

⁷⁰Id. Ibid., p. 66-67.

obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, da qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente, ser mal entendida, ou dada outra interpretação⁷¹.

José Carlos Vieira de Andrade qualifica a dignidade da pessoa humana como princípio de valor que transcende a vontade política dos Estados: *A dignidade inerente a todos os membros da família humana que é fundamento de liberdade, da justiça e da paz no mundo*⁷² (grifos do original). Em prosseguimento, o jurista lusitano afirma *que o princípio da dignidade humana não se trata de mera abstração, não vale como pura idealidade: nesta sua qualidade de princípio jurídico vigora em regra através de normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projectando-se na consciência jurídica (constituente) da comunidade*⁷³. Define ainda o referido estudioso dos direitos fundamentais *que a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica: explicitar uma idéia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que forma cada sociedade e recebida por essa via, na Constituição de cada Estado concreto. Idéia de Homem que no âmbito de nossa cultura manifesta juridicamente num princípio de valor, que o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana*⁷⁴. E completa asseverando *que o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais*⁷⁵.

J.J. Gomes Canotilho explica o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana em uma teoria de cinco componentes: o primeiro reside na afirmação da

⁷¹ Konrad HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. para o Português de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, pág. 109/111, in PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 391-392.

⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 39.

⁷³ Id. Ibid., p. 41.

⁷⁴ Id. Ibid., p. 85.

⁷⁵ Id. Ibid., p. 102.

integridade física e espiritual como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; o segundo componente trata da garantia da identidade e integridade da pessoa pelo livre desenvolvimento da personalidade; o terceiro baseia-se na libertação da *angústia da existência* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; o quarto prescreve a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito; e o quinto se firma na igualdade dos cidadãos, e se expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo⁷⁶.

Em nossa atual carta política, os princípios e garantias individuais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º), sendo no mínimo contraditório que um fundamento da república, certamente o mais relevante por abarcar todos os direitos fundamentais, assuma tão somente a condição de valor fundante, ou norma de conteúdo programático, quando todos os princípios constitucionais em defesa da pessoa humana dispõem de mecanismo de aplicação imediata.

Flávia Piovesan explica a previsão constitucional ao afirmar que *tal princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades, e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos*. Vale dizer, cabe aos poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de garantia ou direito fundamental⁷⁷. Por tal pensamento, a renomada autora ainda complementa que o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional⁷⁸.

Joaquim Arce y Flórez Valdez enuncia quatro importantes conseqüências no respeito à dignidade da pessoa humana: a) igualdade de direitos entre todos os homens nacionais e estrangeiros como pessoas e não como cidadãos, demonstrando seu caráter universalista e sua inequívoca afinação com o princípio da igualdade; b) garantia de independência e autonomia do ser humano como defesa contra coação externa ao

⁷⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 363.

⁷⁷Flávia PIOVESAN. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. Pág. 63-64, São Paulo: Max Limonad, 1996 *apud* MELO, Milena Petters. *Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis: direitos humanos como educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 83.

⁷⁸PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 56-57.

desenvolvimento de sua personalidade; c) exigência, respeito e proteção dos direitos inalienáveis do homem contra qualquer atentado proveniente de outras pessoas ou dos poderes públicos; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento como pessoa ou a imposição de condições subhumanas de vida⁷⁹.

Carmem Dias Antunes Rocha constata que a dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento, é inerente à vida e constitui um direito pré-estatal e verdadeiro superprincípio constitucional, uma norma matriz do constitucionalismo contemporâneo. E conclui a constitucionalista mineira que tudo que contrarie a dignidade humana é juridicamente nulo⁸⁰.

As posições acima apresentadas levam às seguintes conclusões para o princípio da dignidade da pessoa humana: A primeira conclusão enuncia que é efetivamente um princípio fundamental, originado no direito natural e derivado de um princípio ético devidamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro como norma fundamental de organização do nosso Estado.

A segunda conclusão reside no entendimento de que é também norma jurídica de sentido axiológico aberto no ordenamento interno, recepcionando o ordenamento internacional relativamente aos direitos humanos. Tal entendimento relativamente ao ordenamento internacional tem fundamento na proteção desses direitos por tratados internacionais de que o Brasil for parte, conforme as disposições do § 2º do artigo 5º da nossa Carta Política, e a sua prevalência (art. 4º, inciso II da lei maior) como princípio que rege nossas relações internacionais.

Pode ser considerado, na terceira conclusão, um valor fonte positivado que atua como orientação da estrutura do direito brasileiro e, também, um fundamento de organização da própria sociedade, pois dele partem todas as orientações para as regras de conduta, positivas ou não. Esse valor alberga e unifica todos os direitos fundamentais, ao traduzir-se em um ideal de conduta e, portanto, fixar um limite elementar que é constitucionalmente assegurado. É uma prerrogativa de tratamento que todo e qualquer ser

⁷⁹ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquim. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid, Civitas, 1990. p. 149.

⁸⁰Carmem Dias ANTUNES ROCHA, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999; *apud* Flávia Piovesan. op. cit., p. 389-390.

humano possui, por ser uma norma fundamental do direito, baseada nos mesmos valores acima destacados, instituindo uma regra de comportamento a qual nenhuma outra pessoa pode violar e que visa impedir a degradação do homem por qualquer motivo ou em decorrência de qualquer outro interesse.

Afasta-se, diante das posições expostas acima, qualquer idéia de que o conteúdo do artigo 1º, III, da nossa carta constitucional, seja apenas uma declaração de conteúdo ético e moral ou a mera expressão de um valor para a Constituição da ordem jurídica nacional. Ao contrário, verifica-se, efetivamente, ser uma norma jurídico-positiva com natureza de princípio constitucional fundamental da maior hierarquia axiológico-valorativa, conforme a feliz expressão de Klaus Stern⁸¹. Traduz-se em um valor jurídico de toda a sociedade, do qual deve ser irradiada e alicerçada toda a estrutura jurídica interna.

O referido princípio assume tal condição de princípio fundamental por estar muito próximo a uma idéia natural de justiça humana consagrada nas declarações e pactos internacionais de direitos humanos. Reflete, também, elevado grau de abstração, não se trata de norma essencialmente determinada, mas aberta, vindo a concentrar e fundamentar todos os direitos fundamentais, tanto em uma função diretiva como uma função fecundante.

Assim, cabe concluir que três são as funções do princípio da dignidade da pessoa humana: A primeira função é de caráter político-organizacional do Estado brasileiro, pois impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal, para tornar eficaz a dignidade do indivíduo. Conforme a lição de Höfling, a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana impõe aos órgãos estatais, especialmente ao legislador, a obrigação de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do referido princípio⁸². Permite, com apoio na já mencionada lição de Ernst Bloch, a possibilidade de desenvolvimento da personalidade da pessoa humana⁸³.

A segunda função decorre da proibição de condutas atentatórias à essência da pessoa humana, impondo limites e freios à ação do Estado ou de quem quer que seja, para que não agridam os valores elementares do ser humano. Exprime o princípio uma

⁸¹Klaus STERN. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. III/1, München: C. H. Beck, 1988, p. 23, in SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 115.

⁸²Wolfram HÖFLING. *Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 GG*. In M. SACHS (org.). *Grundgesetz – Kommentar*, München:C.H.Beck, 1996, pág. 114, in SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 115.

⁸³Vide Nota 38.

garantia individual contra atos que violem os preceitos mínimos da existência humana aceitáveis dentro de um padrão moral da sociedade. Esses preceitos são definidos pelos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil faz parte, bem como direitos e garantias estabelecidas em nosso ordenamento jurídico interno. Como ordenamento deve ser considerado o nível constitucional fundamental, periférico, ou dentro da legislação ordinária. O princípio, portanto, condena atos como a pena de morte, atos de violação à honra, à intimidade, à quebra do tratamento igualitário, enfim, atos que violem os limites essenciais de existência da pessoa humana. O princípio cria um dever de abstenção da prática de violação de direitos fundamentais, seja por parte do Estado ou de quem quer que seja, contra qualquer pessoa humana, indistintamente.

E a terceira função do referido princípio seria uma inegável função hermenêutica, na orientação da interpretação e da integração do ordenamento jurídico, por ser exatamente um princípio. Sua característica de valor supremo o qualifica para o exercício dessa função, pois positiva a essência dos direitos fundamentais e permite direcionar toda a interpretação e aplicação do ordenamento pátrio, exatamente por ser o princípio mais elementar do sistema de direitos fundamentais. O princípio confere uma unidade de sentido que representa a suprema expressão da ordem axiológica da nossa sociedade, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, conforme a já mencionada lição de Pérez Luño⁸⁴.

Por ser o fundamento de um *Estado Democrático de Direito*, como expressa claramente o *caput* do artigo 1º da carta constitucional, configura verdadeiro alicerce do regime e do Estado democrático. Nesse sentido, assevera João Pedro Gebran Neto que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como *último reduto de hermenêutica, o qual deve ser tomado como limite inatacável de qualquer direito e garantia fundamental. O Estado tem por dever e função cumprir os direitos fundamentais. A emancipação hermenêutica reside na interpretação de todo o texto constitucional em função do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever estatal de defendê-lo*⁸⁵.

Assim, é possível concluir-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental da maior hierarquia. Torna-se necessário, agora, o relacionamento desse conceito com o direito do trabalho.

⁸⁴Vide Nota 47.

⁸⁵GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 196.

1.4. Dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho tem grande relevância. Como foi visto, por um lado o referido princípio pressupõe uma garantia contra atos considerados desumanos, por outro lado pressupõe edificar uma ordem jurídica que vise à promoção e ao livre desenvolvimento da pessoa humana, e ainda, possui função hermenêutica.

Não é permitido olvidar que, tal qual a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho também assume a natureza de um fundamento da República Federativa do Brasil, conforme nossa carta constitucional, no seu artigo 1º, IV. A relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o direito do trabalho se expressa por duas vertentes.

Robert Alexy assevera que os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa carta política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na lei maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam a uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores⁸⁶. A vertente da dignidade da pessoa humana que impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal para tornar eficaz a dignidade do indivíduo, aqui se revela. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende também os direitos trabalhistas, na medida em que abrangem, no expreso dizer da carta política no *caput* do artigo 7º, direitos que *visem à melhoria de sua condição social*, para atingir o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana. Essa é a primeira vertente, de caráter promocional.

A aplicação dessa função exige condutas positivas em prol da sobrevivência e do desenvolvimento da pessoa humana. Desse modo, seria atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana a fixação de um salário mínimo que efetivamente não atenda às necessidades vitais do trabalhador e da sua família. Os valores recentes do salário

⁸⁶ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal no dia 07 de setembro de 1998. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 72, jul./set. 1999.

mínimo sequer permitem ao trabalhador brasileiro a sobrevivência digna acima dos padrões internacionalmente fixados como vida miserável, muito menos poderia permitir o livre desenvolvimento da pessoa humana em busca de sua felicidade e de sua realização, quando a própria sobrevivência resta ameaçada.

A segunda vertente refere-se à ação do princípio da dignidade da pessoa humana como uma garantia individual contra atos desumanos ou que violem os preceitos mínimos da existência humana aceitável dentro de um padrão moral da sociedade. A relação de emprego transcorre em um ambiente de sujeição do trabalhador já que este se encontra subordinado ao empregador. A garantia supracitada é um limite aos poderes do empregador, bem como aos demais colegas, segundo Jesús González Pérez⁸⁷.

Manuel Alonso Garcia afirma que o Estatuto do Trabalhador espanhol confere uma faculdade ao empregador no sentido de serem adotadas as medidas que estimem como mais oportunas de vigilância e controle para verificar o cumprimento pelo trabalhador de suas obrigações e deveres laborais. Contudo, prossegue o jurista assevera que o referido diploma guarda em sua adoção e aplicação o enunciado de que tais faculdades devam considerar a dignidade humana do trabalhador, tendo em conta a sua capacidade real⁸⁸.

Manuel Alonso Olea, por sua vez, dá a essa vertente de respeito à dignidade do trabalhador uma característica de um frontispício que impregna a execução de todo contrato de trabalho, sendo constatado um verdadeiro princípio geral do direito do trabalho⁸⁹.

Antonio Montoya Melgar, outro jurista espanhol, comenta que, enquanto pessoa, o trabalhador subordinado é titular de uma gama de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, dentre eles o direito à dignidade, igualdade de tratamento e não discriminação, entre outros. Prossegue afirmando que a proteção da dignidade do trabalhador na relação de trabalho significa que o trabalhador tem reconhecido o direito da consideração devida à sua dignidade, estabelecendo ao empregador o dever de respeitá-la,

⁸⁷GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. op. cit., p. 130-131.

⁸⁸ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. 7. ed. Barcelona: Ariel, 1981, p. 496.

⁸⁹ALONSO OLEA, Manuel. *Estatuto de los trabajadores*: texto e comentário breve. Madrid: Civitas, 1980. p. 38.

preceito que cobra especial significação por ser uma exigência constitucional da mais fundamental importância⁹⁰.

Délio Maranhão sustenta o dever de o empregador abster-se de práticas atentatórias à personalidade moral do empregado, descrevendo-as como atentatórias à dignidade da pessoa do trabalhador. Merece destaque o texto do renomado jurista: *O empregador tem, ainda, a obrigação de dar trabalho e de possibilitar ao empregado a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso. E, acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução da boa-fé do contrato, que, como dissemos, está na base da disciplina jurídica contratual.*⁹¹.

Alfredo J. Ruprecht afirma que o princípio da dignidade humana é, efetivamente, um princípio do direito do trabalho, o qual também chama de *princípio do valor humano*. O referido jurista assevera que o mencionado princípio baseia-se na humanização do trabalho ao considerar o trabalhador como ser humano e não como mercadoria ou elemento da produção. Em suas considerações, afirma as vertentes do princípio: a primeira vertente é o respeito que o trabalhador deve merecer na sua condição de pessoa humana; a segunda vertente reside na necessidade de uma remuneração que permita ao trabalhador e sua família uma vida honrada; a terceira pede que seu trabalho se desenvolva em condições de segurança e higiene e a quarta, vincula-se ao respeito de seu emprego desde que cumpra sua tarefa adequadamente⁹².

Pedro Vidal Neto afirma que os princípios do direito do trabalho constituem-se por indução a partir do significado das normas jurídicas positivas ou por derivação dos valores e ideais que inspiram o ordenamento jurídico, sendo que os dois métodos se combinam e se completam⁹³. Após a análise realizada no item 1.3., constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana pode assumir também a natureza de princípio do direito do trabalho na medida em que surge por indução, a partir de normas

⁹⁰MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 309.

⁹¹SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1, p. 249.

⁹²RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad. para o português de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 104-105.

⁹³VIDAL NETO, Pedro. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. 1985. p. 78. Tese (Livre Docência em direito do trabalho) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

jurídicas constitucionais, bem como por derivação de valores e ideais que inspiram o ordenamento jurídico.

Ambas as vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho estão umbilicalmente ligadas à noção de *trabalho decente* preconizado pela Organização Internacional do Trabalho. O Diretor Geral Juan Somavia sustentou em relatório apresentado na 87ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho da entidade, em Junho de 1999, uma proposição no sentido de que o objetivo primordial da organização neste período de transição global é assegurar um trabalho decente a homens e mulheres em todo o mundo⁹⁴. Atualmente, essa seria a maior necessidade no planeta para todos os povos situados em países nos mais variados níveis de desenvolvimento, havendo uma demanda global pelo trabalho decente, a qual confrontaria as lideranças políticas e econômicas da atualidade no planeta. O Diretor Geral afirmou que muito do futuro deste planeta depende, essencialmente, de que modo a humanidade enfrentará esse desafio. Em seu relatório, o Diretor Geral não se limitou a questionar os problemas vividos no mundo, mas elencou, como pontos de orientação básica para a busca do trabalho decente, quatro objetivos estratégicos na realização desta missão:

- a) Preservação dos direitos fundamentais no trabalho
- b) Geração de emprego e de renda
- c) Efetividade e ampliação da proteção social
- d) Fomento do diálogo social

Qualquer trabalho que não seja *decente* na expressão da política da OIT traduz uma atitude de indignidade em relação ao trabalhador e, portanto, não há como ser aceito. Seu conceito está umbilicalmente ligado ao direito do trabalho, posto que as atitudes que esse ramo do direito historicamente buscou repelir advieram do tratamento dado pelo capital ao trabalho humano, qualificado como indigno. A enumeração feita por Canotilho

⁹⁴INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2003.

no item 1.3.⁹⁵ demonstra que um dos cinco componentes desse princípio seria a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas, sendo que a dignidade da pessoa humana passa necessariamente pelo trabalho exercido em condições satisfatórias e com um nível mínimo de vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana significa um albergue de todos os direitos fundamentais e um ideal de conduta que seja constitucionalmente preservado, inclusive a realização humana pelo trabalho dentro de condições dignas de vida. Esse princípio é um núcleo comum fundamental entre o direito do trabalho e o direito constitucional, servindo como fundamento para a existência de direitos sociais no texto constitucional.

Deste modo, extrai-se a nítida conclusão de que o trabalho que não seja aceitável e preserve a dignidade da pessoa do trabalhador não é autorizado pelo direito constitucional mais moderno e pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III. Possui o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de ser uma norma fundamental, o poder de considerar nulas as disposições contratuais que assim venham a caracterizar o contrato de trabalho, além de servir de inafastável elemento de interpretação e aplicação do contrato de trabalho.

1.5. Sua relação com os princípios da igualdade e da não-discriminação

Após a análise dos conceitos acima expostos, fica mais clara a noção de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um estreito vínculo com os princípios da não discriminação e da igualdade, o que já foi até adiantado por alguns juristas⁹⁶. Podemos concluir, portanto, que a discriminação é uma das maiores violências contra a dignidade da pessoa humana, comparável com as agressões e os maus tratos físicos. A discriminação priva a vítima de direitos, condições de melhoramento, ou mesmo vem lhe acarretar ônus ou condições desvantajosas não distribuídas igualitariamente a todos integrantes de

⁹⁵*o terceiro baseado na libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.*

⁹⁶No próprio texto as opiniões de Joaquim José Gomes Canotilho e Joaquim Arce y Flórez Valdez, no item 1.3.

determinado grupo como demissões e corte de benefícios. A discriminação ataca a honra do trabalhador e sua condição como ser humano digno de respeito pelos demais.

Ingo Sartlet, apoiado em Podlech, deixa claro que *constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia de isonomia de tratamento de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc. (g.n.)*⁹⁷.

Vieira de Andrade afirma que a teoria dos valores é atualmente defendida em outras perspectivas, sobretudo por aqueles que vêem a Constituição material como um sistema ou ordem de valores cultural. Nos ordenamentos dos países ocidentais, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e o princípio da democracia pluralista atuam como *travessmestras*⁹⁸. Sob essa ótica, podemos entender que o princípio da dignidade humana acolhe, dentro de si, o princípio da não discriminação.

Mauro Mascaro Nascimento afirma que a discriminação, nas mais diferentes relações entre as pessoas na vida em sociedade, é um ato arbitrário não tolerado pelas leis, inclusive pelas Constituições, como exigência da dignidade do ser humano e direito ao trato igual que não deve ser preterido em razão de determinadas circunstâncias ou fatores que, de modo algum, podem justificar tratamentos diferentes⁹⁹.

No mesmo sentido, Jorge Miranda aponta que cada pessoa deve ser compreendida em relação com as demais, onde a dignidade de cada pessoa pressupõe a dignidade de todas as outras¹⁰⁰. O constitucionalista português também cita, na mesma passagem, a lição de Jorge Teixeira da Cunha, o qual afirma que a dignidade humana inclui a reciprocidade do reconhecimento, ao considerar que enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida¹⁰¹.

⁹⁷PODLECH, *Anmerkungen zu art. 1 Abs GG*, in R. WASSERMANN (org.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Alternativekommentar)*, vol. I, 2ª ed. Ed. Luchterhand, Neuwied, 1989, in SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 115.

⁹⁸ANDRADE, José Carlos Vieira de op. cit., p. 62.

⁹⁹NASCIMENTO, Mauro Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 305.

¹⁰⁰MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 188.

¹⁰¹Jorge Teixeira da CUNHA. *Valor, Cultura e Direitos Humanos. Communio-Revista Internacional Católica*. 1997, pág. 50, apud MIRANDA, Jorge. op. cit. t. 4, p. 188.

Podemos, então, extrair dessas considerações a profunda ligação do princípio da dignidade da pessoa humana com os princípios da igualdade e não discriminação. A dissertação agora passa a analisar mais detalhadamente tais princípios.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1. Histórico do princípio da igualdade

Desde as mais antigas civilizações, a igualdade foi confundida com a própria noção de justiça. Os conceitos de igualdade dos povos mais antigos, entretanto, merecem restrições, por força da existência da escravidão humana institucionalizada como destino inafastável dos povos vencidos. Os escravizados passavam a ser considerados como mera coisa e como objeto de direito como se fossem animais. Um destino parecido era traçado para as mulheres que, na maioria das civilizações antigas, não tinham capacidade de direitos.

Celso Ribeiro Bastos afirma que desde as eras mais antigas o homem tem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere¹⁰². Antonio Celso Baeta Minhoto discorre sobre a existência de pinturas rupestres e estudos arqueológicos reveladores da pré-história, onde os grupamentos humanos se preocupavam em dividir as tarefas comuns de modo equânime, utilizando-se dos recursos de forma paritária, dividindo-se os alimentos obtidos e a habitação então existente¹⁰³.

Pontes de Miranda afirmou que a sociedade primitiva fundada em tribos e clãs era uma sociedade igualitária. Quando ocorreu a cisão “comunidade-indivíduo”, as sociedades ficaram sem regramento para as relações de igualdade, e, desde a antiguidade, as leis fomentaram as desigualdades¹⁰⁴. A igualdade original da sociedade humana é também sustentada por Jean-Jacques Rousseau. O célebre filósofo genebrino afirma a ruptura da sociedade igualitária a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio de outro, desde que percebeu que era útil para um só ter provisões para dois, ou

¹⁰²BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 164.

¹⁰³MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 311, jan./mar. 2003.

¹⁰⁴MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia liberdade e igualdade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 458.

seja, quando foi introduzida a propriedade, e o trabalho tornou-se necessário¹⁰⁵. Daí afirma que a desigualdade veio a se legitimar pelo estabelecimento da propriedade e das leis¹⁰⁶.

Na Grécia antiga os conceitos de igualdade emanados dos seus maiores filósofos merecem destaque por traçar noções muito importantes e úteis até os presentes dias, ainda que não aplicáveis por completo, por não reconhecerem a igualdade universal dos homens.

Platão defendia a igualdade absoluta de todos os homens ao sustentar como estado ideal aquele em que todos os homens e mulheres recebessem a mesma educação e possuíssem tudo em comum. A formação desse Estado não *teria em mira a felicidade de uma certa classe particular de cidadãos, porém antes, e quanto possível, a felicidade de todo o Estado*¹⁰⁷. A felicidade e o bem estar, segundo o referido filósofo, não deveriam ser um atributo de poucos, mas que deveriam ser repartidas equitativamente com todos os membros da sociedade¹⁰⁸. Bem administrado e obtendo progressos, o Estado sugerido por Platão permitiria a cada indivíduo desfrutar a porção de felicidade pública que correspondesse à natureza da função¹⁰⁹.

Aristóteles faz a conexão entre os conceitos de justiça e igualdade estabelecidos por alguns autores antecessores, entre eles Pitágoras¹¹⁰ e sua escola filosófica. Jorge Miranda afirma que pensar em igualdade é pensar em justiça na linha de análise aristotélica, retomada pela escolástica e por todas as correntes posteriores, consagrando o valor do célebre estagirita¹¹¹. Quando menciona a justiça nas relações privadas, Aristóteles descreve expressamente a justiça corretiva como sendo aquela que *é uma espécie de igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade*, conforme uma proporção aritmética, alcançada pelo meio termo entre os dois pólos¹¹². Na hipótese de uma pessoa causar lesão à outra, caberia ao juiz reestabelecer a igualdade, redistribuindo o

¹⁰⁵ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213.

¹⁰⁶Id. *Ibid.*, p. 243.

¹⁰⁷PLATÃO. *A república*. Trad. de Albertino Pinheiro. 2. reimpr. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 136, livro quarto.

¹⁰⁸Id. *Ibid.*, p. 136.

¹⁰⁹Id. *Ibid.*, p. 137.

¹¹⁰TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 244, jan./mar. 1998.

¹¹¹MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, t. 4.

¹¹²ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999. p. 97.

sofrimento e a ação lesiva, subtraindo do ganhador o “excesso” do ganho em favor da vítima para obter o meio termo entre um e outro¹¹³.

Já no âmbito das relações da distribuição dos bens públicos e funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela Constituição da cidade, afirma Aristóteles uma igualdade fundada em uma proporção geométrica matematicamente alicerçada em uma igualdade de razões. Prossegue o filósofo na descrição dessa forma de justiça concebida como distributiva afirmando que, em tais situações, uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa, sendo que o justo é o proporcional ao seu mérito, e o injusto é o desproporcional¹¹⁴. Portanto, de origem do célebre filósofo grego, é obtida a noção de tratamento igual consistente no trato igual dos iguais e desigual dos desiguais, para que, nessa última situação, procure-se obter a igualdade.

Já na sua obra *Política*, Aristóteles afirma claramente que *na maioria dos Estados constitucionais, os cidadãos governam e são governados em turnos, porque a idéia de um Estado constitucional implica que a natureza dos cidadãos é igual e não difere em absoluto*¹¹⁵. Traduz, portanto, a idéia de igualdade entre os cidadãos de um Estado constitucional como pressuposto para sua formação, idéia que vem a alimentar a importância do princípio da igualdade para Constituição de um Estado democrático. Na mesma obra, contudo, o estagirita justifica a escravidão com base na razão e nos fatos, onde o instituto existe por natureza e pelo direito¹¹⁶.

Fábio Konder Comparato comenta o posicionamento de Aristóteles como sendo o reflexo comum de uma época, onde o princípio da igualdade de todos perante a lei, considerada essa no sentido de norma geral e abstrata, reguladora de matérias de interesse comum de todos, representava para os gregos a essência da democracia e o traço distintivo da civilização helena em relação aos bárbaros¹¹⁷.

Segundo Guilherme Machado Dray, coube aos estóicos a superação do inigualitarismo de base existencial entre os homens e a repulsa pela concepção da

¹¹³ARISTÓTELES. op. cit., p. 98.

¹¹⁴Id. Ibid, p. 95.

¹¹⁵MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 21.

¹¹⁷COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 71, 1993.

escravatura como um instituto natural¹¹⁸. Nessa passagem, o referido autor lusitano menciona que Cícero proclamava a igualdade natural entre os homens¹¹⁹ e Sêneca afirmava a igualdade entre o escravo e seu amo¹²⁰. Por fim, o referido autor afirma que a igualdade era, com o pensamento estóico, elevada a princípio fundamental da existência humana, diante das afirmações de que todos os homens eram naturalmente iguais e de que essa igualdade seria a essência da justiça¹²¹. Eunice Aparecida de Jesus afirma que os estóicos contrariavam as idéias de diferenças sustentadas pelos filósofos gregos, apontando que consideravam todos os homens dotados de razão e participantes da divindade, portanto sendo todos iguais¹²².

Pontes de Miranda lembra que, antes do advento do Cristianismo, já eram encontrados princípios filosóficos que assentavam a igualdade gnoseológica do homem no sentido de que eles homens podem conhecer¹²³. Tal constatação parte da idéia de ser comum aos homens a faculdade de perceber, o intuir e o pensar, além do sentimento, e serem encontradas as mesmas funções psíquicas em todos eles.

O surgimento do cristianismo consolida um marco no pensamento sobre a igualdade até então constituída e, conjuntamente com o humanismo, direciona as noções filosóficas existentes até os dias atuais. Hermann Heller afirma que a igualdade é idéia de origem especificadamente cristã, diante das duas possibilidades existentes na antiguidade: ser livre ou ser escravo¹²⁴. O referido jurista aponta que o cristianismo não aboliu a escravidão, ao dar um conceito mais interno de liberdade, mas veio a admitir uma condição humana igual e livre, na qual, precisamente porque era independente de todas as relações sociais, se compadecia com a escravidão¹²⁵. Luís Recasens Siches afirma que o

¹¹⁸DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 25.

¹¹⁹*Porque a justiça é uma; ela obriga toda a sociedade humana, e se baseia em uma única Lei, que é a razão correta aplicada ao comando e à proibição*. Leis. Marco Túlio Cícero in MORRIS, Clarence (Org.). op. cit., p. 40.

¹²⁰Id. Ibid.

¹²¹Id. Ibid.

¹²²JESUS, Eunice Aparecida de. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. 1980. p. 179. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

¹²³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. t. 4, p. 676.

¹²⁴HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Trad. para o espanhol de Luis Tobio. México: Ed. Fondo de Cultura Economica, 1942. p. 138.

¹²⁵Id. Ibid., p. 139.

cristianismo, apesar de ser uma religião, veio a conduzir a civilização e a cultura ocidental para uma posição humana, terrestre, temporal¹²⁶.

Importante ressaltar o contexto histórico-teológico da igualdade pregada pelo cristianismo. Fábio Konder Comparato menciona claramente que a idéia universalista da igualdade trazida pelo cristianismo significa uma ruptura com a sua origem no judaísmo¹²⁷. Concretiza a exposição afirmando que o conceito judaico do Deus único e transcendente que privilegiara um povo entre todos foi confrontado pela pregação de Jesus em vários momentos do evangelho de São Mateus.

O evangelho de São Mateus narra que Jesus Cristo, ao falar sobre o reino dos céus, compara-o a uma rede que lançada ao mar *toda a casta de peixes colhe*¹²⁸. Ou seja, o reino dos céus acolhe todos os homens, sem exceção, e os separa escolhendo os bons para os vasos e deixando fora os maus. São Paulo, por sua vez, fala aos romanos *que não há para com Deus aceção de pessoas*¹²⁹. Em outra passagem do mesmo texto, o apóstolo fala que Deus não é só dos judeus mas também dos gentios¹³⁰, não distinguindo os seres humanos por sua origem. O mesmo apóstolo, ao falar aos gálatas, aponta a igualdade dos homens com maior contundência ao afirmar que *não há judeu, nem grego: não há servo, não há livre: não há macho, nem fêmea. Porque todos vós sois um em Jesus Cristo*¹³¹. Os poucos excertos acima colacionados dos mais importantes documentos cristãos proclamam o universalismo da igualdade, noção que irá influenciar os pensamentos filosóficos futuros.

Durante a idade média, novas noções sobre a igualdade serão descritas pelos filósofos da época, cabendo destacar o pensamento de Santo Agostinho e de Tomás de Aquino. Ambos os mencionados pensadores partiram da síntese entre os postulados religiosos cristãos e os postulados filosóficos gregos.

Santo Agostinho, em relação à igualdade e sob influência do cristianismo, faz uma distinção entre o tratamento religioso e o tratamento legal, quando um pai de família trata seus filhos e seus escravos. Afirmou que o pai de família considera como filhos todos os membros da família, sendo que no culto de Deus deveria olhar com igual

¹²⁶RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. 3. ed. México:Porrua, 1952. p. 499.

¹²⁷COMPARATO, Fabio Konder. *Igualdade, desigualdades*, cit., p. 72.

¹²⁸BÍBLIA (N.T.). *Edição Barsa para a Família Católica*. Rio de Janeiro: Barsa, 1964. Evangelho de São Mateus, cap. 13, v. 47, p. 13.

¹²⁹Id. Epístola de São Paulo aos romanos, cap. 2, v. 11, p. 131.

¹³⁰Id. Ibid., cap. 3, v. 29, p. 133.

¹³¹Id. BÍBLIA. Epístola de São Paulo aos Gálatas, cap. 2, v. 28, p. 167.

amor todos os membros da casa. Somente deveria distinguir os filhos dos escravos relativamente aos bens temporais, para a administração da paz doméstica¹³². Nota-se que o conceito de Santo Agostinho somente trata como igual na consideração religiosa e não na consideração material, revelando a aceitação da escravidão.

Tomás de Aquino discorre sobre as partes subjetivas da justiça, abeberando-se do pensamento de Aristóteles e sua clássica enunciação das formas de justiça, ao explanar sobre as questões sobre a justiça comutativa e a justiça distributiva. Em sua análise, Tomás de Aquino refere-se ao filósofo grego no sentido de que, na justiça distributiva, a mediedade era obtida conforme uma proporção geométrica, ao passo que, na justiça comutativa, era obtida por uma proporção aritmética. Portanto, para Aquino, na justiça distributiva, a igualdade não era quantitativa mas sim a proporcional¹³³ levando-se em conta a dignidade da pessoa, dignidade esta que parece fundar-se sobretudo nas obras com que ela serviu à comunidade¹³⁴. Já nas comutações, Aquino assevera que a igualdade se realiza por uma mediedade aritmética fundada em um excesso quantitativo igual. Ou seja, o filósofo medieval não apresenta grandes divergências com a noção aristotélica de igualdade, apenas adapta essa noção à pregação cristã.

Porém, quando trata da justiça comutativa, menciona uma mediedade aritmética fundada em um excesso quantitativo igual. Utiliza um exemplo no qual duas pessoas tinham cinco unidades de um determinado bem. Haverá então justiça, segundo o filósofo medieval, se ambos (as partes envolvidas no conflito) vierem a ficar no meio termo, de modo que seja tirado um ao que tinha seis e dado um ao que tinha quatro, ficando ambos com cinco, que é a mediedade¹³⁵.

Contudo, Tomás de Aquino toma uma posição muito importante sobre a igualdade, ao discorrer sobre as características da justiça de uma lei. Após mencionar a correta orientação da lei humana perante a lei eterna, como pressuposto de justiça, ainda aponta que a lei humana deve observar o fim comum, não exceder o poder de seu autor e, em destaque para o tema aqui tratado, por igualdade proporcional, impor ônus idênticos aos governados. Assim, conclui o referido filósofo, que se uma lei impuser desigualmente ônus

¹³²SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. São Paulo: Editora das Américas – Edameris, 1964. v. 3, Livro Décimo-nono, cap. 16, *A justiça no domínio*.

¹³³TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Universidade de Caxias do Sul; Livraria Sulina Editora, 1980. p. 2516, Questão LXI, art. II.

¹³⁴Id. *Ibid.*, p. 2519, art. IV.

¹³⁵Id. *Ibid.*, p. 2517, Art. II.

à multidão, mesmo que se ordene para o bem comum, o referido diploma é injusto, não deve ser obedecido e deve até mesmo ser resistido¹³⁶. Essa exposição do filósofo medieval permite verificar sua preocupação sobre a importância de uma lei ser igualmente aplicável a todos os por ela abrangidos e sua noção de justiça. A aplicação igual das leis claramente colide com a estrutura social da era medieval, baseada em foros de nobreza e privilégios fundados no nascimento das pessoas.

Fábio Konder Comparato afirma que a idade média foi caracterizada pela sociedade estamental, onde cada homem era qualificado por seu *status* social, definido irrevogavelmente pelo nascimento¹³⁷. O célebre jurista ainda afirma que a Igreja afastou-se do cristianismo primitivo, vindo a reforçar muito o sistema de desigualdade jurídica entre grupos sociais ao formar o clero, com seus privilégios de não submissão à justiça senhorial e imunidade tributária¹³⁸.

Contudo, segundo o referido jurista, foi na idade média que foi formada uma concepção de pessoa humana que deu início ao princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças de qualquer espécie. O pensamento de Boécio, segundo o referido mestre, influenciou profundamente o pensamento medieval ao enunciar que a pessoa era a própria substância individual da natureza racional, como característica própria de um ser. Esta noção de substância permitiu a elaboração do princípio da igualdade essencial que é o núcleo do conceito universal dos direitos humanos¹³⁹. Nos três séculos em que Fábio Konder Comparato define como um tempo necessário entre o humanismo renascentista e a revolução americana e a francesa, várias manifestações pela igualdade geral de aplicação das leis entre os homens eram efetuadas. Vittore Colorni afirma que pensadores como Giasone del Maino (1598) sustentavam a generalidade da aplicação das leis a todos os cidadãos. Na mesma esteira, Colorni destaca o pensamento de Angelo di Perugia (1580) que obtemperou a aplicabilidade das leis à totalidade dos cidadãos, o que também foi defendido por autores como Petra (1610) e Gaspare Turco¹⁴⁰.

Esclarece Colorni que o pensamento humanista do renascimento se insurge contra essa separação social dos estamentos, bem como a reforma protestante, mas essa

¹³⁶TOMÁS DE AQUINO. *op. cit.*, p. 1773, Questão XCVI, art. IV.

¹³⁷COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*, cit., p. 73.

¹³⁸*Id.* *Ibid.*, p. 73.

¹³⁹*Id.* *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 19.

¹⁴⁰COLORNI, Vittore. *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 16-18.

nova irrupção igualitária não vingou, de modo que somente três séculos após, haveria de ser consolidado o princípio da igualdade de direitos entre os homens¹⁴¹.

Duas características são importantes no Estado absolutista para a formação futura do conceito de igualdade formal. Claudio Rossano indica que o período foi caracterizado pela centralização do poder soberano bastante dividido na era feudal, com o fortalecimento do poder real ao qual coube a primazia legiferante. Por outro lado, a crise do estado feudal se deu também em face da evolução econômica da classe burguesa, revelando uma formação de estratificação em razão da força econômica dos singulares e grupos¹⁴².

2.2. A igualdade vista pelo liberalismo e seus reflexos nas primeiras declarações de direitos do homem

Como já foi visto, o período compreendido entre a renascença e as revoluções liberais do século XVIII, em destaque as revoluções americana e a francesa, foi um período no qual se formou um pensamento contrário à sociedade estamental então existente, prestigiada pelas monarquias absolutistas então instaladas na Europa. Nesse período, uma idéia de igualdade no sentido de aplicação única das normas legais se desenvolveu, idéia que prevaleceu e alcançou a sociedade ocidental como modelo de igualdade a ser seguida por muitos anos após tais revoluções.

A formação da igualdade liberal, contudo, passou por longo período de maturação até chegar a ser positivada nas declarações de direitos formuladas na segunda metade do século XVIII. A idéia de igualdade de acesso à justiça e ao Poder Judiciário, bem como a idéia de aplicação universal do direito, são formuladas na magna carta de 1215, na Inglaterra, pelo rei John, também conhecido como João-sem-terra. O artigo 40 do referido documento dá uma exata noção da igualdade de acesso à justiça ao proclamar o direito de todos em igualdade de condições de acesso¹⁴³.

¹⁴¹COLORNI, Vittore. op. cit., p. 73

¹⁴²ROSSANO, Claudio. *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1966. p. 53.

¹⁴³MINHOTO, Antonio Celso Baeta. op. cit., p. 316. “*to no one will we sell, to no one will refuse or delay right to justice*”

Algumas disposições legais britânicas do século XVII sinalizam a Constituição de elementos daquilo que viria a ser chamado *Estado de Direito* no período pós-revolução francesa, com a garantia de direitos de requerer direitos (*petition of rights*) de 1628 e o diploma legal de *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Act*) de 1679, com inspiração nas idéias da magna carta, traduzindo-se em limites ao estado absolutista. Começa o Direito Constitucional inglês a fundar as bases de uma limitação ao poder soberano, conhecido como *rule of law*, com importante reflexo na formalização dos direitos fundamentais. René David aponta que a Inglaterra é o país da Europa em que as liberdades públicas foram mais cedo protegidas contra o despotismo do soberano, ainda que não possuísse declarações de direitos do homem¹⁴⁴.

Sobre a formação de um constitucionalismo incipiente no século XVII, Jorge Miranda ressalta que o direito constitucional norte-americano não tem início na Constituição de 1787, mas no tempo colonial, referindo-se às *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639, que foi uma das primeiras manifestações de limitação de poderes reais, sucedidas pelas declarações de direitos da Virginia e da Independência, ambas de 1776, e outras declarações posteriores¹⁴⁵.

As referidas manifestações, segundo Maren Guimarães Tabora, possuem sua importância na consolidação de uma igualdade positivada na medida em que o *Estado de Direito* liberal que viria a ser fundado no século XVIII, combinava as relações que encerram os dois princípios fundamentais regentes das relações entre Estado e cidadão: a legalidade e a igualdade¹⁴⁶. Nesta última, segundo a mencionada autora, através do *Estado de Direito* reivindica-se um direito igual para todos, válido universalmente, pois é a regulamentação abstrata, geral e anterior que garante a igualdade perante a lei, bem como a vinculação das autoridades políticas e dos cidadãos pela lei e atos que lhe são assimiláveis. Assim, com a generalidade da lei, ficam asseguradas a certeza, previsibilidade, racionalidade e justiça das limitações na esfera da liberdade e propriedade de cada um¹⁴⁷.

Thomas Hobbes enuncia em 1651 que as leis devem ser de cumprimento geral, o que não ocorria até então, uma vez que o absolutismo reinante previa uma série de

¹⁴⁴DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 76.

¹⁴⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 138.

¹⁴⁶TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 254.

¹⁴⁷Id. Ibid., p. 254-255.

tipos de estamentos nos quais certos grupos como a nobreza e o clero eram privilegiados. O célebre autor britânico afirmou que as leis são destinadas aos homens (sem qualquer distinção aparente salvo o soberano) que deverão cumpri-las por pertencerem à comunidade, sendo as leis civis as regras estabelecidas pela comunidade por meio de palavras, escritos ou qualquer outro meio¹⁴⁸, de cumprimento geral, com exclusão do soberano da comunidade¹⁴⁹.

Jean Belin afirma que o período anterior à revolução francesa era caracterizado pela desigualdade, sendo essa a regra vigente. Afirma o referido jurista francês que havia antes da revolução francesa um Estado arbitrário, desigual, fundado em privilégios, com exceções de múltiplas formas e uma diversidade de impostos¹⁵⁰. Alguns estamentos como a nobreza e o clero eram isentos dessas obrigações tributárias, quando estas não eram fixadas desigualmente entre os cidadãos, ou entre regiões diferentes da França, país que possuía alfândegas internas cobrando impostos entre regiões do mesmo Estado.

O pensamento de John Locke sobre a igualdade merece importante consideração na formação do primeiro conceito de igualdade que veio a ser positivado com as declarações de direitos do século XVIII. Com efeito, o filósofo britânico afirma que a idade ou a virtude, a excelência dos dotes e o mérito podem colocar alguns acima do bem comum, entre tantas fontes de desigualdades citadas. Mas afirma que todos esses fatores são compatíveis com a igualdade de que desfrutam todos os homens em relação à jurisdição ou ao domínio de um sobre o outro¹⁵¹, igualdade que qualifica como o direito igual que todo homem tem à sua liberdade natural, sem estar sujeito à vontade ou autoridade de nenhum outro homem. O enfoque dado pelo referido jurista britânico tem cunho evidentemente liberal.

Na formação da concepção liberal de igualdade, o papel de Jean-Jacques Rousseau é muito destacado. O referido filósofo enuncia duas espécies de desigualdades: A primeira seria constituída pelas desigualdades naturais ou físicas, assim referindo-se

¹⁴⁸HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil*. Oxford: Basil Blackwell, [19-?]. p. 172-173.

¹⁴⁹Id. *Ibid.*, p. 173, item 2.

¹⁵⁰BELIN, Jean. *L'Égalité des citoyens devant les charges publiques*. Paris: Dalloz, 1936. p. 9.

¹⁵¹LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância, Segundo tratado sobre o governo, Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 55-56, Livro II, Capítulo VI, item 54.

àquelas desigualdades estabelecidas pela natureza e que consistem nas diferenças de caracteres físicos como a idade, saúde, forças do corpo e de qualidades do espírito e da alma¹⁵². A segunda espécie seria caracterizada pelas desigualdades morais ou políticas, por depender de uma espécie de convenção a ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Afirma ainda o referido autor que as mencionadas desigualdades morais ou políticas consistem nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles¹⁵³. Como já mencionado, o referido autor enumera que a propriedade privada fundou a sociedade civil, quando narra o primeiro ser humano que cercou um terreno e afirmou que aquilo era seu, encontrando pessoas suficientes para acreditar nele¹⁵⁴. E conclui sua exposição afirmando que tal desigualdade autorizada pelo direito positivo é contrária ao direito natural¹⁵⁵.

Rousseau, segundo Guilherme Machado Dray, construiu o princípio da igualdade de todos perante a lei, ao admitir que as desigualdades civis não eram naturais, nascendo das convenções entre os homens, o que influenciaria a formação de um direito positivo que consagrasse o mesmo tratamento perante a lei¹⁵⁶. A noção de Rousseau sobre a igualdade das pessoas é muito bem destacada por João Caupers. O autor lusitano interpreta o pensamento do referido filósofo genebrino qualificando a igualdade iluminista como uma igual margem de liberdade para todos com uma mesma “dose” de liberdade para cada membro da sociedade, idéia que veio a revestir a forma jurídica da igualdade perante a lei geral e abstrata¹⁵⁷.

Anacleto de Oliveira Faria, ao comentar o pensamento do filósofo alemão, afirma que Kant não somente considerava a igualdade de forma pura, mas a igualdade na liberdade, onde os homens devam ser iguais na faculdade de usar a própria liberdade¹⁵⁸.

As idéias acima expostas vieram a constituir as bases para um ordenamento jurídico que garantisse a igualdade, principalmente voltada contra a ordem estamental e os privilégios adquiridos pelo simples fato do nascimento, destinadas ao reconhecimento de

¹⁵²ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 159.

¹⁵³Id., loc. cit.

¹⁵⁴Id. Ibid., p. 203.

¹⁵⁵Id. Ibid., p. 243.

¹⁵⁶DRAY, Guilherme Machado. op. cit., p. 28.

¹⁵⁷CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 15.

¹⁵⁸FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 26.

diferenças sociais que poderiam existir, desde que justificadas pela razão jurídica, na feliz visão de Fábio Konder Comparato¹⁵⁹. Seriam permitidas, portanto, as diferenças sociais, valoradas em uma predominância do valor individual da pessoa humana, com uma liberdade baseada na ruptura da tradição até então existente. O pensamento liberal construiu uma igualdade voltada contra o absolutismo, proposta para limitar os poderes dessa forma de governo, o abuso e o arbítrio do poder, como reação aos excessos do regime absolutista e impondo controles ao Estado, exigindo dele uma postura de abstenção, que deveria ser pautada pela legalidade e respeito pelos direitos fundamentais¹⁶⁰.

Os fenômenos revolucionários do século XVIII nas colônias americanas e na França deram origem a um elemento capital da política moderna, o constitucionalismo e as declarações de direitos. Temos, portanto, os fenômenos da declaração de direitos do bom povo da Virginia de 16.06.1776, a declaração francesa de 26 de agosto de 1789, e da declaração francesa dos direitos da mulher de 1791, que preconizaram uma igualdade gerida em ambientes liberais.

A declaração da colônia da Virginia, anterior à própria independência das colônias em 04.07.1776, estabelece em seu artigo 1º que *todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos*¹⁶¹. A declaração francesa de 1789 enuncia em seu artigo 1º que *os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum*¹⁶². Por sua vez, a declaração francesa dos direitos da mulher estabelece em seu primeiro artigo que *a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum*¹⁶³.

As declarações de direitos das revoluções liberais vêm constituir uma igualdade jurídica, em que todos os homens são iguais perante a lei, uma igualdade de cunho formal já que permitia, ou pelo menos não se interessava, pelas desigualdades de

¹⁵⁹COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades, cit., p. 74.

¹⁶⁰PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 82-88, jul./set. 1999.

¹⁶¹BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>. Acesso em: 14 maio 2004.

¹⁶²BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 14 maio 2004.

¹⁶³BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_mulher_cidad.html>. Acesso em: 14 maio 2004.

fato. Não tinha qualquer preocupação em extingui-las ou, ao menos, atenuá-las. Essa importante característica da igualdade formal é sustentada por grande parte da doutrina.

Eros Roberto Grau faz interessante colocação sobre a questão da igualdade formal, quando a qualifica como uma *igualdade à moda do porco de Orwell*¹⁶⁴, onde havia os “iguais” e os “mais iguais”. Afirmou o renomado jurista sua inconsistência pelo próprio enunciado de *que todos são iguais perante a lei* e, sendo a lei uma abstração, o seu descompasso com as relações sociais que são reais¹⁶⁵.

Jorge Miranda afirma que a forma de igualdade reconhecida como igualdade perante a lei, característica das revoluções liberais, constituía-se em uma igualdade jurídico-formal, de caráter liberal e de concepção jusnaturalista¹⁶⁶. Pontes de Miranda revela que a igualdade preconizada na declaração de direitos francesa era uma igualdade política e jurídica, não compreendendo a igualdade de fato nem a econômica¹⁶⁷. O mesmo autor revela que o princípio da igualdade formal seria uma igualdade *perante a lei*, que não igualiza materialmente, dirigindo-se o princípio a todos os poderes do Estado¹⁶⁸.

Anacleto de Oliveira Faria afirma que a igualdade liberal é fundada em princípios individualistas da Revolução Francesa, sendo uma igualdade em sentido idealista e absoluto, mas sob um prisma essencialmente formal¹⁶⁹. Sua função seria tão somente assegurar a regra de plena nivelção de todos perante a lei, sem qualquer iniciativa de diminuir as desigualdades sociais e econômicas existentes.

Sua postura era perfeitamente alinhada com o pressuposto da 1ª geração de direitos humanos, ou seja, na definição de Celso Lafer, uma geração de direitos voltados contra o Estado, inerentes ao indivíduo, baseada nos direitos naturais da pessoa humana que precederam o contrato social firmado¹⁷⁰. Não tinha qualquer conotação social ou intenção de derrotar qualquer desigualdade de fato, ao contrário, visava justificar a

¹⁶⁴GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 162.

¹⁶⁵Id. *Ibid.*, p. 167.

¹⁶⁶MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 225.

¹⁶⁷MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade*, cit., p. 463.

¹⁶⁸Id. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*, cit., t. 4.

¹⁶⁹FARIA, Anacleto de Oliveira. *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁰LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos: (um diálogo com Hannah Arendt)*. 1988. p. 126. Tese (Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1988.

desigualdade de fortunas baseada em um critério de capacidade, segundo a feliz explanação de Norberto Bobbio¹⁷¹.

Guilherme Machado Dray afirmou que a igualdade liberal assentava exclusivamente num processo de aplicação da lei e não na fase de criação do direito, assumindo assim uma natureza puramente formal¹⁷². Assim, a igualdade foi formalizada como uma negação de privilégios. Hédio Silva Jr. qualifica que a igualdade das revoluções liberais seria uma igualdade posicionada como uma antítese dos privilégios, reivindicando a igual dignidade dos humanos, e, em consequência, impondo ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não individualizadas¹⁷³. Norberto Bobbio considerava os direitos de liberdade negativa como sendo os primeiros direitos reconhecidos e protegidos, mas valendo para o homem abstrato¹⁷⁴.

Carlos Roberto Siqueira Castro menciona a igualdade das revoluções liberais como sendo um instrumento de reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais, que até então havia vigorado¹⁷⁵. Com tal feição individualista e liberal, embutiu a igualdade no ideal de liberdade (como preconizada pelos iluministas anteriormente citados), exigindo do Estado uma atitude de omissão ou parcimônia na regulação da economia, sem ações positivas e de conteúdo concreto a reduzir as desigualdades existentes¹⁷⁶.

2.3. A igualdade substantiva e sua busca em prol da democracia e da realização da pessoa humana

O reconhecimento de uma igualdade nos moldes liberais foi desastrosa em termos sociais, em especial para os trabalhadores comuns em um processo de ampla

¹⁷¹BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 301.

¹⁷²DRAY, Guilherme Machado. *op. cit.*, p. 29.

¹⁷³SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 168, jan./mar. 2002.

¹⁷⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 70.

¹⁷⁵CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 358.

¹⁷⁶Id. *Ibid.*, p. 359.

industrialização, sendo os resultados demasiadamente conhecidos pelos estudiosos do direito do trabalho. A liberdade de contratação pelos detentores do capital levou à opressão dessas pessoas mais fracas na relação de emprego. Os trabalhadores das indústrias, diante da necessidade de sobrevivência pelo exercício de uma atividade remunerada aliada a um excesso de mão-de-obra, não dispunham de meios para negociarem, em pé da proclamada igualdade liberal, suas condições de trabalho. Trabalhadores e empregadores eram formalmente iguais para contratarem, mas na realidade, totalmente desiguais em termos de poderes de negociação. O período da revolução industrial ficou caracterizado como período onde vigoraram as mais nefastas condições de trabalho.

Chaim Perelman aponta que para evitar que uma igualdade de tratamento teórica aplicada a situações desiguais redundasse em situações iníquas, adviria uma nova legislação social que visasse proteger o operário e o empregado com favorecimentos em vários aspectos, de modo que se rompesse a desigualdade real entre os contraentes. E prossegue o célebre jurista belga, em prol de um interesse geral, medidas legislativas e administrativas viriam a substituir a igualdade formal, que é a igualdade de tratamento, concedendo facilidades ou privilégios aos que se encontram, de um ou outro ponto de vista, em situação inferior, com o intuito de igualar as condições¹⁷⁷.

O caminhar da história durante o século XIX revelou que a igualdade formal das revoluções dos liberais do século anterior, enquanto preconizava uma igualdade para retirar privilégios estamentais, não supria de forma alguma as enormes desigualdades sociais amplificadas pela revolução industrial, principalmente no que concerne às relações de trabalho. A igualdade de direitos entre o capital e o trabalho, segundo Mario de La Cueva, tornou-se um dos elementos básicos do processo econômico e as questões relativas às condições de trabalho pediam uma grandeza maior da igualdade¹⁷⁸.

Neste sentido, Fábio Konder Comparato afirma que a igualdade perante a lei, característica dos liberais, revelou-se uma pomposa inutilidade para a população crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas¹⁷⁹. Era necessário romper com a noção de igualdade formal e, para buscar a igualdade em termos

¹⁷⁷PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 222.

¹⁷⁸CUEVA, Mario de la. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. México: Porrúa, 1974. p. 109.

¹⁷⁹COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 52.

reais, uma desigualdade de tratamento haveria de ser imposta, eis que a igualdade perante a lei dos liberais abria uma nova divisão da sociedade, entre proprietários e trabalhadores.

O conceito de igualdade proporcional aristotélica anteriormente exposto, aplicado a situações reais, levaria à justiça do tratamento das situações laborais, ao tratar desigualmente os desiguais para que se busque a igualdade. Ou seja, necessário seria romper o ideal de uma igualdade de todos, para ser gerada uma desigualdade, legítima e racionalmente instituída, de modo que, como resultado final, fosse obtida a igualdade de fato, ou dela se aproximasse o máximo possível. O direito do trabalho, segundo Pinho Pedreira, é uma crítica da igualdade jurídica, repudiada pelas desigualdades de fato existentes nas relações de trabalho¹⁸⁰.

O conceito da revolução francesa no sentido de manter apenas uma igualdade política e jurídica restou impotente diante da situação social verificada com o avanço do capitalismo industrial, que não reconhecia as desigualdades econômicas. Pontes de Miranda entendeu que as desigualdades econômicas não eram puramente desigualdades de fato, mas desigualdades artificiais resultantes da soma das desigualdades de fato e das desigualdades econômicas mantidas por leis¹⁸¹.

Esse novo conceito de igualdade, fundado na instituição e no pleno reconhecimento de desigualdades, é explicado por Norberto Bobbio. O jurista italiano afirmou que o debate sobre as diferenças relevantes ou irrelevantes que permitam julgar se uma desigualdade é justificada ou não, em outras palavras, se uma desigualdade justifica ou legitima uma discriminação, constitui a ponte que fez a passagem do conceito puramente formal de igualdade para os diferentes modos de conceber a igualdade segundo os diferentes critérios que são adotados para distinguir os iguais dos desiguais, tratando-se da regra da justiça aos critérios de justiça¹⁸².

Por conta das inúmeras desigualdades sociais verificadas, a noção de igualdade formal dos liberais deveria ser superada em uma transição da igualdade formal para uma noção de igualdade a qual, assumindo a existência de desigualdades, integraria o ideal aristotélico de trato desigual dos desiguais, em um critério proporcional, para

¹⁸⁰PEDREIRA, Luiz de Pinho. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 169.

¹⁸¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*, cit., t. 4, p. 683.

¹⁸²BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*, cit., p. 315.

obtenção de uma igualdade real. Portaria este novo conceito uma compreensão mais concreta e mais existencial da idéia de igualdade, em comparação com a omissa visão liberal, entendida como o reconhecimento a cada homem do direito de participar do bem estar social. Seria uma igualdade fundada no reconhecimento expresso e legitimado das desigualdades entre os homens, estabelecendo-se discriminações para obter uma igualdade existencial.

O fundamento dessas discriminações viria da própria necessidade de o homem sobreviver por conta do seu trabalho e, assim, ele não poderia ser tratado como mercadoria ou mero custo. O direito individual supremo da propriedade, na visão liberal-burguesa, seria inferiorizado em face de outro direito individual tão importante que passava a ser reconhecido: o direito a obter os meios para a própria subsistência, em condições dignas de vida. Afinal, como afirmou Pontes de Miranda, nenhum direito seria mais individual que o direito à existência¹⁸³.

Luigi Ferrajoli aponta que as desigualdades sociais ou econômicas promovidas pelos direitos patrimoniais devem ser removidas, reduzidas ou compensadas por níveis mínimos de uma igualdade substancial para satisfação de direitos fundamentais sociais¹⁸⁴. João Caupers afirma que a concepção de justiça social, voltada a corrigir princípios do liberalismo e destinada à distribuição adequada das vantagens e dos fardos da cooperação social na esteira de John Rawls, tinha como um dos três parâmetros necessários o reconhecimento da insuficiência do conceito de igualdade perante a lei, favorecendo certos atores sociais mais privilegiados¹⁸⁵.

A busca por uma posição de maior equilíbrio entre os atores sociais, durante o período em que o liberalismo norteou as relações de trabalho, pedia providências para que um agente, com o necessário poder, estabelecesse esta nova ordem de coisas: O Estado. Se em um primeiro momento, por força da concepção liberal, a ausência do Estado nas relações privadas resultou em tantas discrepâncias sociais, seu papel deveria ser repensado. Seria necessário que o Estado deixasse de ser um mero fator observador, um Estado abstencionista, para que viesse a atuar em favor dos menos favorecidos, como caminho do

¹⁸³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade*, cit., p. 491.

¹⁸⁴FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la Ley del más débil*. 3. ed. Trad. para o Espanhol de Perfecto André Ibañez Y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2002. p. 82-83.

¹⁸⁵CAUPERS, João. op. cit., p. 57.

equilíbrio social. A postura abstencionista do Estado liberal não era mais sustentável diante da realidade social, e uma postura ativa do Estado passou a ser cobrada.

As chagas do liberalismo burguês também resultaram em novas idéias e tendências políticas. As idéias socialistas do século XIX e sua proliferação dentro de uma Europa cada dia mais desigual levaram a várias propostas de igualitarismo social. O século XIX foi um período de intensas lutas sociais, em que, gradativamente, a classe trabalhadora passou a ganhar direitos contra as mazelas de um trabalho prestado mediante voz única de comando do capitalismo.

Inicialmente, em esparsos aspectos, mas em uma crescente proliferação, várias conquistas sociais surgiram, muitas das quais aceitas ante o temor do crescimento das novas idéias igualitaristas, com várias disposições legais em termos de melhoria de condições de trabalho e de participação política e associativa das classes trabalhadoras. Vão surgindo os chamados Direitos Sociais, que buscavam, em última análise, assegurar aos homens condições materiais e espirituais de vida e desenvolvimento, como bem frisado por Pedro Vidal Neto¹⁸⁶. Tais direitos, segundo o referido autor, foram fruto das reivindicações dos trabalhadores com determinado crescente intervencionismo estatal.

O contexto da igualdade formal prevaleceu por muitos anos após as revoluções liberais. Os ideais igualitaristas vieram a inspirar um segundo grupo de direitos fundamentais que cobravam ações positivas do Estado. Tais ações tiveram grande crescimento na segunda metade do século XIX e vieram a se consolidar no início do século XX.

O constitucionalismo social emerge, definitivamente, nas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar. Esse fenômeno é a positivação, em nível constitucional, de direitos sociais, os quais buscam assegurar a todos os homens condições materiais e espirituais de uma vida digna e seu desenvolvimento, a proteção contra as contingências da existência e proporcionar a realização interna e social como pessoa humana.

Alguns autores indicam a existência anterior aos textos supramencionados de direitos sociais constitucionalizados. Arnaldo Süssekind registra que a Constituição

¹⁸⁶VIDAL NETO, Pedro. *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979. p. 124.

suíça de 1874, com emenda em 1896, com importantes preocupações sociais relativamente ao trabalho de crianças nas fábricas e duração do trabalho dos adultos, assim como mais superficialmente teria aludido à efêmera Constituição francesa de 1848¹⁸⁷.

Mas a grande maioria dos doutrinadores, inclusive o autor supracitado, entende que o texto mexicano de 1917 foi o primeiro marco na previsão de direitos de proteção ao trabalho, no seu célebre artigo 123. João Caupers afirma que a Constituição mexicana de 1917 apresenta o primeiro quadro global dos direitos sociais, já na perspectiva do desempenho pelo Estado de um papel completamente diverso daquele que as concepções liberais lhes reservavam¹⁸⁸. Logo após, assume crucial importância a carta alemã de 1919, referente ao pós-primeira guerra mundial, com seu destacado capítulo sobre a ordem social e econômica, sendo a primeira Constituição européia nesse sentido.

O Tratado de Versailles, que enumerou os princípios do direito do trabalho no seu artigo 427 e instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) para realizar estudos e elaborar normas internacionais de proteção ao trabalho, veio a ser a grande fonte de referência sobre direitos sociais para as Constituições aprovadas durante as duas grandes guerras.

O Estado recebeu nova feição diante do constitucionalismo social, pois passava, gradativamente, a se constituir em um Estado Social. Fundado diante de várias circunstâncias históricas como as doutrinas socialistas e a doutrina social cristã surgida no final do século XIX, o pluralismo político, a universalização do sufrágio e a adoção de novos direitos fundamentais, buscava esta nova forma de Estado um bem-estar social e a distribuição mais equitativa da riqueza¹⁸⁹. O Estado Social também se caracterizaria como abandono de um modelo abstencionista, para a adoção de um Estado participativo e interventor nas relações privadas, em busca de uma maior igualdade, deixando de tutelar a propriedade privada em favor da dignidade da pessoa humana¹⁹⁰.

A igualdade ganharia nova feição. É o que se passa a demonstrar.

¹⁸⁷SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

¹⁸⁸CAUPERS, João. op. cit., p. 29.

¹⁸⁹TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 257.

¹⁹⁰Id., loc. cit.

2.4. As concepções mais atuais da igualdade

Carlos Roberto Siqueira Castro aponta que o ideário igualitarista após a segunda metade do século XIX viria a contestar a visão estreita e apenas formal da igualdade jurídica, em contraposição à aspiração de igualdade material, e se destinaria a incendiar a história do pensamento político-econômico, espalhando até os nossos dias suas centelhas cada vez mais acesas¹⁹¹.

Esse mencionado ideal igualitarista transmitiu para nossos dias várias concepções sobre a igualdade, merecendo destaque três delas, relativamente sobre a igualdade real, à igualdade de oportunidades e à igualdade como fator de inclusão social.

2.4.1. A igualdade formal e a igualdade real

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, com o reconhecimento de um dever para o Estado de garantir uma existência digna e condições econômicas para viver em dignidade, o bidimensionalismo da igualdade ficou caracterizado em dois aspectos, um formal e outro material¹⁹².

No que tange à igualdade formal, está bem caracterizada pela célebre e clássica expressão contida em muitas Constituições após as revoluções liberais¹⁹³, no sentido de que *todos são iguais perante a lei*. Segundo Norberto Bobbio, trata-se de um conceito clássico de “isonomia”, no qual o destinatário específico é o Estado onde estivessem divididos os cidadãos em categorias jurídicas diversas e distintas, dispostas em uma ordem hierárquica rígida¹⁹⁴. Importa ao juiz, na aplicação da lei, que distinções de qualquer espécie não poderão ser feitas na medida em que o ordenamento jurídico a todos

¹⁹¹CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit., p. 359.

¹⁹²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 67, n. 8, p. 910, ago. 2003.

¹⁹³ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 381.

¹⁹³Id. Ibid., p. 416.

¹⁹⁴BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Tradução para o castelhano de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1993. p. 72.

abrange indistintamente. Por outro lado, ao legislador também são vedadas distinções que, na formulação das normas jurídicas, venham a tratar distintamente, sem critérios objetivos e legais, direitos de integrantes da mesma categoria.

Robert Alexy menciona que a referida fórmula vem sendo aplicada como um mandato de igualdade na aplicação do direito e aponta o sentido dado por Anschütz para a mencionada fórmula, no sentido de que *as leis devem ser aplicadas sem ser tomada em conta a pessoa*¹⁹⁵. Ainda que não tenha atendido a necessidades sociais verificadas após as revoluções liberais, a igualdade na aplicação do direito não deixa de ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade, na visão de J. J. Gomes Canotilho¹⁹⁶.

Por outro lado, maior implicação tem o clássico princípio da igualdade formal na questão da formulação da norma jurídica. Os cidadãos devem ser tratados de forma igual pela lei. Afirma Canotilho que o princípio é dirigido ao legislador sobre as obrigações de Constituição de um direito igual para todos os cidadãos¹⁹⁷. Por outro lado, deve ser promovida uma igualdade material através da lei, onde deve ser tratado igual o que é igual, e desigualmente o que é desigual¹⁹⁸. Por fim, o constitucionalista refere-se à necessidade da igualdade ser justa, ou seja, que implique a proibição geral do arbítrio no trato desigual de cidadãos¹⁹⁹, devendo a desigualdade ser materialmente fundamentada.

A igualdade de fato se opõe à igualdade formal. Com efeito, Norberto Bobbio afirma que a igualdade de fato se observa em relação aos bens materiais, em relação à igualdade econômica, mediante a verificação de bens, cuja definição é complexa diante da multiplicidade de variantes que a mensuração pode assumir, e quais seriam os bens dignos de consideração para a sua apuração²⁰⁰. O mesmo problema é apontado por Robert Alexy, o qual entende que somente algumas, não todas as propriedades, devem ser levadas a par de comparação para a obtenção da igualdade real²⁰¹. Jorge Miranda afirma que a concepção de uma igualdade real é ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar²⁰². A

¹⁹⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 382.

¹⁹⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426.

¹⁹⁷Id., loc. cit.

¹⁹⁸Id. Ibid., p. 428.

¹⁹⁹Id., loc. cit.

²⁰⁰BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 80.

²⁰¹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 387.

²⁰²MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*, cit., t. 4, p. 225.

intenção igualitária dessa natureza de igualdade consiste, efetivamente, na diminuição das diferenças sócio-econômicas, segundo suas necessidades, e não segundo suas capacidades. Ou seja, esta modalidade de igualdade vem a tratar das diferenças sócio-econômicas de modo efetivo, buscando a comparação mediante critérios de necessidade, e buscando que a distribuição desses bens se dê do modo mais igualitário possível.

Robert Alexy discorre sobre uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual afirma que o princípio do Estado Social exige *realizar progressivamente a igualdade até a medida razoavelmente exigível*²⁰³. Segundo o referido autor em outra obra, *o paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em Estado social*²⁰⁴.

2.4.2. A igualdade de oportunidades

Joaquim Augusto Domingues Damas afirma que reduzir o princípio da igualdade à concepção clássica de igualdade jurídica formal e material significa não extrair da Constituição todas as conseqüências da consagração da “igualdade”. Segundo o referido jurista, o tratamento igual de situações de fato iguais e o tratamento desigual de situações de fato desiguais conduzindo, embora, a uma maior justiça social, revela o princípio numa perspectiva de manutenção das desigualdades fáticas (econômicas, sociais e culturais)²⁰⁵.

Falar em igualdade de oportunidades pressupõe falar em igualdade de chances ou pontos de partida, o que se trata de aplicação de uma regra de justiça, a qual seja aplicada a uma situação de pessoas em competição entre si para a consecução de um objetivo único e que somente uma venha a ser vencedora. A situação acima descrita é um grande exemplo de uma sociedade capitalista extremamente competitiva, como vivemos atualmente.

²⁰³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 407, referindo-se à decisão BverfGE 5, 85(206).

²⁰⁴Id. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, cit., p. 70.

²⁰⁵DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. O princípio da igualdade na relação jurídica de trabalho. *Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano 1, v. 1, p. 106, abr./jun. 1988.

Dentro da noção desenvolvida de igualdade formal, essa competição teria sua largada ou início em um idêntico ponto para os competidores. Todos eles teriam a mesma oportunidade, caracterizada no mesmo caminho a percorrer, até seu destino. No contexto da igualdade liberal não se conta se os competidores tinham bases ou formações diferentes, se estavam preparados ou não, apenas objetiva garantir o início igual da disputa, pouco se importando com a natureza dos concorrentes e a noção de justiça da competição.

Discursando na Universidade Howard em 4 de junho de 1965, tradicional Universidade de afro-descendentes nos EUA, o então Presidente Lyndon Johnson proferiu importante discurso em favor das liberdades civis e ao dizer que somente a liberdade não era capaz de promover os afro-descendentes, afirmou: *Você não pode escolher uma pessoa que, por anos, vem sendo presa por correntes e ao liberá-la, colocá-la em uma linha de partida de uma corrida e dizer a ela que é livre para competir com os demais, e pensar que isto seja totalmente justo*²⁰⁶. Esse discurso tem uma enorme importância histórica como uma demonstração de reconhecimento do governante norte-americano de que somente a liberdade não emanciparia a comunidade afro-descendente americana, mas uma atuação efetiva da sociedade a impulsionar um atitude inclusiva.

Na visão de Joaquim B. Barbosa Gomes, a transição da igualdade formal para a igualdade de fato deixa a noção de igualdade estática ou formal, para um conceito de igualdade substancial que permite surgir a idéia de igualdade de oportunidades, que visa extinguir, ou pelo menos mitigar, o peso das desigualdades econômicas e sociais, com o objetivo de promover a justiça social²⁰⁷.

Não pode o conceito de igualdade de oportunidades apenas proteger, ou pelo menos tentar proteger, os indivíduos que possam ser potencialmente discriminados. Deverá, sim, criar novas desigualdades para que, na proporção aristotélica anteriormente mencionada, recupere a proporção inversa de tratamento desfavorável verificada historicamente. Seu sentido é obter uma sociedade mais igualitária, pretendendo a reparação das desigualdades existentes por meio da criação de outras desigualdades. Nesse sentido, a lição de Ronald Dworkin é bastante clara em delinear que os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas no argumento independente de que uma sociedade

²⁰⁶THE PRESIDENTIAL PAPERS, Lyndon, Utah:CDEX Information Group. Disponível em: <<http://www.hpol.org/lbj/civil-rights/>>. Acesso em: 08 jun. 2004.

²⁰⁷GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, p. 131, jul./set. 2001.

mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade²⁰⁸.

As desigualdades jurídicas devem ser permitidas e, inclusive, devem ser promovidas pelo próprio Estado e pelos particulares, tão somente baseadas em fundamentos juridicamente permitidos. A permissão para tanto deve estar restrita às ações e posturas de desigualdade, estatais ou privadas, que não venham a resultar em violação de direitos fundamentais e que venham a promover a pessoa humana, histórica, econômica ou socialmente desfavorecida. As desigualdades que venham a provocar violações de direitos fundamentais deverão ser reprimidas, bem como aquelas que possuam contexto arbitrário ou seja, destituídas de fundamento objetivo e racionalmente justificável.

Nesse sentido Norberto Bobbio defende que, ao situar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, deve introduzir artificialmente ou imperativamente, discriminações não existentes, tal qual em algumas competições desportivas nas quais os competidores menos experimentados tem concedido para si uma certa vantagem a respeito dos mais experientes. Nesse espeque e na mesma passagem, arremata o jurisfilósofo italiano com a clareza que lhe é peculiar: *uma desigualdade se converte em um instrumento de igualdade, pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade precedente, de modo que a nova igualdade é resultado da nivelção das desigualdades*²⁰⁹.

A igualdade liberal ou formal pressupõe uma igualdade no início de alguma disputa social. A metáfora do Presidente Johnson serve como excelente exemplo: se a disputa social fosse uma corrida, segundo a igualdade liberal, todos devem sair da mesma linha, afinal, todos são livres e iguais para disputar a vitória em condições de plena igualdade. Mas isso não seria justo, estando correto o então presidente, de modo que as largadas devem ser dadas em posições distintas. Com efeito, as classes dominantes americanas, principalmente a população branca, que não sofre todos os entraves da violentíssima discriminação racial nos EUA, ainda mais na educação de base, corre com muito mais velocidade que os afro-descendentes não treinados ou não habituados para aquele tipo de competição. Como uma prova de quatrocentos metros rasos no atletismo,

²⁰⁸DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 368.

²⁰⁹BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 79.

cada um parte de um ponto para suprir o aumento da distância que as raias mais externas implicam nas duas curvas a serem percorridas, e a prova tenha um desfecho mais justo.

John Rawls enuncia um conceito social sobre a igualdade, no sentido de que a injustiça social incorre quando as desigualdades existentes não beneficiam a todos²¹⁰. O célebre defensor do liberalismo político enuncia um princípio da diferença em sua forma mais simples da seguinte forma: *As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades*²¹¹.

João Caupers menciona que entre a igualdade formal dos liberais e o igualitarismo absoluto, procura-se assegurar a todos os cidadãos idênticas oportunidades de ser iguais, para o que se torna necessário fornecer a todos os mesmos meios de ação e as mesmas prerrogativas. Reclama tal postura a promoção por parte do Estado de uma política niveladora com o objetivo de remover os obstáculos que se opõem ao livre desenvolvimento da personalidade dos membros das classes sociais mais desfavorecidas²¹².

A visão igualitária fundada na igualdade de oportunidades pressupõe uma igualdade na chegada da disputa e não na sua largada. O pressuposto de justiça distributiva de Aristóteles, no sentido do trato dos desiguais de forma desigual para se atingir a igualdade se torna necessário, para que todos atinjam condições igualitárias no resultado da disputa social e não na sua partida. Logo, verifica-se que para obtenção da igualdade real ou substancial, uma postura ativa é necessária para que, tratando os desiguais desigualmente conforme a orientação do notável filósofo grego, tratamento esse fundado em desigualdades reais, os menos preparados assim considerados possam ser equiparados factualmente e não apenas juridicamente. As deficiências dos mais fracos devem ser reconhecidas, concedendo-lhes determinados recursos ou vantagens para que possam competir em condições de atingir os mesmos resultados dos mais favorecidos.

Jorge Miranda afirma que a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens especificadamente a determinadas pessoas, as que

²¹⁰RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almino Pissetta e Lenita M. R. Esteves. 2. tir. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 66.

²¹¹Id. *Ibid.*, p. 88.

²¹²CAUPERS, João. *op. cit.*, p. 63-64.

se encontram em situações de inferioridade, de carência ou de menor proteção. Esta diferenciação ou a discriminação positiva é introduzida com vistas a alcançar a igualdade, sendo que tais direitos e vantagens são instrumentais para tal fim²¹³.

Nesse campo é que podemos entender as políticas de ações afirmativas como um instrumento de obtenção da igualdade, instituto que será adiante mais esmiuçado. Há fundamento jurídico para reconhecer que o tratamento desigual seja aceito, e até incentivado, buscando-se uma perspectiva promocional dos mais desfavorecidos como resultado final de uma competição social mais justa.

2.4.3. A igualdade como fator de inclusão social

Carlos Roberto Siqueira Castro aponta que o constitucionalismo contemporâneo tem como tendência não se limitar a um postulado formal de isonomia jurídica, mas fixar, em sede constitucional, medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados do Estado ou então exigir do legislador, mediante coordenadas e indicativos precisos, que adote tais medidas. Segundo o mesmo autor, o ideário da igualdade restou insuflado pelo princípio da solidariedade, na busca incessante pela superação das desigualdades entre as nações e seus povos e, dentro de cada país, entre as pessoas e os estamentos sociais. O Estado e a sociedade civil organizada, segundo o referido autor, deverão promover intervenções solidaristas na busca de uma maior igualdade entre os homens, com o aprimoramento da ordem social e econômica²¹⁴.

Não é necessário lembrar os efeitos excludentes do atual fenômeno da globalização. J.J. Gomes Canotilho afirma que o princípio da igualdade possui estreita conexão com o princípio da democracia econômica e social, o qual abrange as duas dimensões da tríade clássica de liberdade e igualdade²¹⁵. Segundo o mesmo autor, a igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Daí, extrai o célebre

²¹³MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., ed. t. 4, Direitos fundamentais, p. 225.

²¹⁴CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit., p. 388.

²¹⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., 6. ed., p. 350.

constitucionalista que ao Estado cabe o dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades, aglutinando-se os princípios acima citados ao ponto que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito e um princípio de igualdade de democracia econômica e social²¹⁶.

Indubitavelmente, o princípio de igualdade é um princípio de justiça social, fundamentando o Estado democrático de direito e o Estado social, na visão de Canotilho. O princípio garante a igualdade de oportunidades e as reais condições de vida, permitindo a liberdade real, e conectando-se com uma política de justiça social voltada para a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, o princípio garante a idéia de igual dignidade social, como fundamento axiológico-antropológico contra discriminações, objetivas ou subjetivas, impondo a compensação de desigualdade de oportunidades, na visão do constitucionalista lusitano²¹⁷.

Igualdade e discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão, na visão de Flávia Piovesan²¹⁸. Com efeito, a igualdade formal pressupunha somente a proibição da atitude discriminatória, o que não resultou em um grande efeito contra a discriminação. Além de não coibir a discriminação, a igualdade formal não proporciona qualquer forma de inclusão social, ao contrário, deixava o Estado ausente face ao ato excludente perpetrado pela discriminação. Uma igualdade substancial pressupõe inclusão social e uma atitude positiva do Estado, o que não pode ser feito por um Estado observador, quando muito, reparador *ex post facto* de atitudes discriminatórias por meio de mecanismos que não põem fim a práticas discriminatórias historicamente arraigadas.

Eunice Aparecida de Jesus aponta que os homens são iguais em sua natureza humana, em suas necessidades e, principalmente, quanto ao seu fim, ou seja, a felicidade²¹⁹. Se o mundo atual não permite esse alcance, pela enorme diferenciação causada com o neoliberalismo e a acumulação de riquezas, tanto em nível privado, como em nível comparativo de diferentes Estados, o sentido da visão atual de igualdade não se restringe somente a pessoas, mas também a instituições e, mais ainda, perante Estados.

²¹⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. op. cit., p. 351.

²¹⁷Id. Ibid., p. 430.

²¹⁸PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. *Implementação do direito à igualdade*. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*, cit., p. 199.

²¹⁹JESUS, Eunice Aparecida de. op. cit., p. 183.

Se não alcançamos a igualdade mínima entre homens e os povos, a noção de democracia na atualidade não deixa de ser no mínimo utópica, para não dizer fantasiosa. Certo é que a igualdade é algo a realizar-se, mas o recente crescimento das diferenças humanas e dos grupos humanos imposto pela globalização e pelo neoliberalismo coloca em risco a própria noção de democracia, posto que o vetor de aproximação da igualdade mudou diametralmente de rumo.

A busca de uma igualdade nos tempos atuais pressupõe resgatar os desafortunados de uma sociedade cada vez mais excludente, principalmente após o advento da globalização. O exercício dessa igualdade pressupõe uma ação coordenada entre Estados e todos os parceiros sociais, visando à inclusão social mediante uma justiça distributiva e o estabelecimento de uma rígida agenda de compromissos de bem-estar social, tanto em nível interno como internacional. Para tanto, a igualdade formal na relação entre todos os atores sociais deve ser abandonada, para o estabelecimento de desigualdades mediante discriminações juridicamente aceitas, em busca de um direito de inserção social, como define bem José Eduardo Faria²²⁰.

O caminho para as evoluções de uma atuação efetiva do Estado já vinha sendo traçado há muito tempo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 apontou que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos²²¹. Apesar de parecer uma declaração mais assemelhada à igualdade formal das primeiras declarações de direitos do período liberal-burguês, tanto as considerações iniciais do diploma, como os próprios direitos enumerados na declaração, pressupõem a igualdade entre homens e mulheres, com a promoção do progresso social e das melhores condições de vida, em uma liberdade mais ampla com o objetivo de uma igualdade real entre os homens e os povos.

A obtenção da igualdade, mediante a criação de desigualdades jurídicas, não pode ser vista somente em relação às pessoas humanas, mas também em relação aos grupos sociais, às etnias, às pessoas jurídicas e aos Estados. Para todos esses atores sociais, a igualdade formal não pode ser isoladamente aceita, principalmente no trato entre Estados, com maior ênfase na relação dos mais ricos com os mais pobres. A globalização cristaliza e ainda amplia demasiadamente as desigualdades, tanto entre pessoas, como entre

²²⁰FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

²²¹NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Biblioteca de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/declaracao/declaracao_univ.html>. Acesso em: 08 jun. 2004.

instituições e também entre Estados. Chaïm Perelman defende que a comunidade internacional deveria elaborar uma teoria do interesse geral que permitisse justificar um novo direito social internacional em favor dos Estados e populações cujo subdesenvolvimento econômico é indubitável²²².

2.4.4. Conclusões sobre as diversas formas de igualdade

As exposições acima puderam revelar as funções que o princípio da igualdade veio adquirindo através dos tempos até os dias atuais, posto que a história da consideração da igualdade revela, paralelamente aos direitos humanos, diversos aspectos.

A primeira grande consideração de igualdade veio com as revoluções liberais, que instituíram a igualdade formal. Esta não se encontra ultrapassada nem abandonada, mas apenas teve sua deficiência na proteção da pessoa humana posta à prova com o advento da revolução industrial e da sociedade industrial, quando não se revelou útil na proteção dos trabalhadores e dos menos favorecidos.

Contudo, a igualdade formal não perdeu seu sentido, sendo ainda uma das dimensões básicas do princípio da igualdade, ou seja, o direito ao tratamento igual perante a lei e na formação da lei. Ela assegura o direito de qualquer pessoa A ter a aplicação do direito de forma única sem distinções de qualquer espécie, ainda que todos não estejam em igualdade de condições de exercê-los, não sendo assim discriminada. Dessa forma, essa modalidade de igualdade pretende defender um direito individual contra ações de trato desigual.

Por seu turno, a igualdade material ou substancial, verificada pelas condições de fato e não somente por mera enunciação jurídica abstrata, procurou capitanear a fundamentação de um segundo grupo de direitos humanos que são os direitos econômicos, sociais e culturais. Na formulação de Celso Lafer sobre a fundamentação desse grupo de direitos, o direito a participar do bem-estar social²²³ veio trazer ao Estado uma série de prestações sociais estatais, em busca da igualdade das pessoas humanas,

²²²PERELMAN, Chaïm. op. cit., p. 225.

²²³LAFER, Celso. op. cit., p. 127.

desconsiderada pela igualdade formal. Tais direitos passaram a pressupor um trato desigual entre grupos sociais, para que fosse atingida a diminuição máxima das suas desigualdades.

Essa modalidade de igualdade não pressupõe uma função defensiva, porém uma função promocional da pessoa humana na busca de melhores e mais dignas condições de vida, ou seja, a igualdade real é, ela mesma, o próprio objetivo a ser buscado. Os direitos econômicos sociais e culturais nada mais são, na visão de Antonio Enrique Pérez Luño, direitos que desenvolvem as exigências de igualdade²²⁴.

Por fim, entende-se que a igualdade não somente é fundamentada pela redução das diferenças sociais existentes, senão pela criação de desigualdades artificiais na própria aplicação do direito, outorgando-se vantagens a determinados grupos historicamente excluídos do bem estar social. Tais desigualdades, como forma de compensação das desigualdades de oportunidades, pretendem atingir uma igualdade real ou o mais próximo dela, em prol da efetiva dignificação da pessoa humana.

E como tal, a igualdade enseja uma postura ativa dos detentores do poder, inclusive no relacionamento entre instituições de direito privado ou público, mesmo entre os próprios Estados, onde a postura de tratamento desigual se torna necessária, para a busca efetiva da igualdade entre as nações e, via de consequência, entre grupos humanos. Assim, o maior embasamento dessa modalidade de igualdade reside na noção de solidariedade humana, na ajuda aos mais desfavorecidos a não somente atingir condições dignas mínimas de vida, mas também da possibilidade de deter o poder. Pressupõe também integrar os menos favorecidos na sociedade, mediante instrumentos baseados em condições desigualmente mais vantajosas, em face das desigualdades vividas pelo grupo até então, para que tenha as mesmas oportunidades de ascensão ao poder dos grupos até então dominantes. Nesse sentido, obtendo-se a inclusão social dos grupos excluídos, estar-se-á, em última análise, atendendo um princípio de justiça social.

Desta forma, feita esta análise sobre os atuais conceitos da igualdade, merecem ser enunciadas as funções do princípio da igualdade.

²²⁴PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho e constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 83.

2.5. As funções do princípio da igualdade

A primeira função que podemos extrair do princípio da igualdade vem da clássica enunciação de que *todos são iguais perante a lei*, expressão que ainda é comum em muitos textos constitucionais, inclusive na Constituição Federal de 1988. Não obstante tenha sido demonstrado que essa clássica formulação já está ultrapassada em face do seu caráter eminentemente liberal, ainda possui destacada atuação no direito atual, o que, segundo Norberto Bobbio, é uma formulação universalmente reconhecida qualquer seja a natureza da Constituição e da ideologia envolvida²²⁵.

Com efeito, podemos extrair, desde as revoluções liberais do século XVIII, que a expressão impõe tratamento igual do Estado para todos, proclamando que os direitos são os mesmos para todos, vedando privilégios e discriminações, possuindo, portanto, um sentido “negativo” na visão de Jorge Miranda²²⁶, não somente tratando de proibir discriminações, mas também de proteger as pessoas contra atos discriminatórios, na visão do insigne constitucionalista.

Esse sentido comporta, portanto, uma obrigação de trato igual por parte do Estado e um direito de cada um de não ser discriminado, ou seja, prejudicado de alguma forma por uma atitude desse naipe. Robert Alexy sustenta que esta fórmula (*todos são iguais perante a lei*) exige que toda norma jurídica seja aplicada a toda respectiva situação fática, impondo que as normas jurídicas deverão ser obedecidas por todos. Deste sentido, portanto, nasce o princípio da não-discriminação, que será devidamente estudado no próximo capítulo.

Por outro lado, Jorge Miranda afirma um sentido positivo, o qual se qualifica mais rico e exigente, baseado em quatro aspectos: No primeiro, enuncia a obrigação de tratamento igual de situações iguais. No segundo, sustenta o tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, sem serem criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador²²⁷. No terceiro, o tratamento em moldes de

²²⁵BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 71.

²²⁶MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., 3. ed., t. 4, p. 238.

²²⁷Id. *Ibid.*, p. 239.

proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador, ora em mera faculdade, ora em obrigação. Por último, afirma que a igualdade possui um sentido voltado ao tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material. Neste último aspecto destaca o referido jurista que o princípio da igualdade passa a ser um componente ativo do princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma igualdade através da lei²²⁸.

A igualdade, no seu aspecto “positivo”, portanto, segundo Cristina M. M. Queiróz²²⁹, atuará como fundamento principal positivo de controle de racionalidade e/ou razoabilidade das leis, ainda que não único, bem como servirá como instrumento ao serviço de uma técnica de construção da “fundamentação” da decisão judicial.

Essa função positiva incorre em uma função social da igualdade, onde o reconhecimento das desigualdades existentes fundamenta uma ação de cunho positivo, baseado em desigualdades e em proporcionalidades, para a obtenção, ou pelo menos a maior aproximação possível, da igualdade efetiva entre os desiguais como uma finalidade de um Estado social, já que a igualdade não é um estado de fato, mas um ideal a perseguir, um dever ser, na visão de Norberto Bobbio²³⁰.

Feitas tais considerações sobre as diversas características da igualdade, caberá ao estudo uma passagem pela positivação da igualdade no direito constitucional pátrio.

2.6. O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras

O princípio da igualdade esteve previsto em todas as cartas políticas brasileiras. Em nossa primeira Constituição, a de 1824, o princípio da igualdade era mencionado no título 8º denominado no texto como *Das Disposições Geraes, e Garantias*

²²⁸MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 240.

²²⁹QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 111.

²³⁰BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 29.

dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. O artigo 179, inciso XIII, trata da igualdade com a seguinte redação:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

*XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.*²³¹

A Constituição de 1824 foi um texto constitucional inspirado no liberalismo então dominante como corrente político-filosófica. Esse diploma constitucional continha uma previsão de direitos fundamentais voltados a restringir a atuação do Estado, direitos estes assim considerados como de primeira dimensão, ou seja, voltados tão somente para impingir limites ao Estado em favor da liberdade e da individualidade humana.

O referido texto vigeu por todo o império, que veio a ser desfeito com o golpe de Estado de 15.11.1889, ato que levou à proclamação de uma república. Um novo regime foi organizado com a substancial alteração da estrutura de poder até então vigente. Foi eleita uma Assembléia Nacional Constituinte em 15.09.1890, sendo na verdade um Congresso Constituinte, presidido pelo paulista Prudente de Moraes.

Como resultado do Congresso Constituinte eleito em 1890, em 24.02.1891 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, quando foi adotada a forma republicana federativa de governo no país. A Seção II do referido texto constitucional continha uma Declaração de Direitos, onde se situava o artigo 72, o qual, em seu parágrafo 2º, assim prescrevia a igualdade dos cidadãos brasileiros:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

²³¹BRASIL. Constituição de 1824. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

*§ 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.*²³²

Como pode ser verificado no texto acima transcrito, a célebre expressão *todos são iguais perante a lei* vinha a ser pela primeira vez consagrada em um texto constitucional pátrio, o que viria a ser repetido em várias Constituições que se seguiram.

Esse texto constitucional promulgado destacava uma clara intenção de tratar os cidadãos igualmente, com preocupação de extinguir os foros de nobreza, as ordens honoríficas, as prerrogativas e regalias, os títulos nobiliárquicos e de conselho característicos do regime imperial superado pelo golpe de 1889. A intenção da declaração de igualdade guarda grande semelhança com a intenção da Declaração francesa de direitos do homem de 1789, ou seja, extinguir os privilégios e as prerrogativas estamentais da nobreza existente no regime monárquico dissolvido, com a caracterização de uma igualdade puramente formal.

Foi instalada a República velha, regime republicano que viveu por vários anos nas mãos das oligarquias rurais paulistas e mineiras, e que veio a encontrar seu fim na revolução de 1930. Getúlio Vargas subiu ao poder com o sucesso da insurreição, como líder civil do movimento, inclinando-se para as questões sociais, principalmente com a criação do Ministério do Trabalho, logo após a sua ascensão à chefia da nação.

Apenas em 03.05.1932, o então líder assina decreto designando eleições para composição da Assembléia Nacional Constituinte a ser instalada somente em 03.05.1933. Foi promulgada em 16.07.1934 a segunda Constituição republicana do país, com conteúdo bastante renovado. Esse diploma é caracterizado como sendo uma Constituição que teve uma preocupação econômica e social, sob influência da Constituição de Weimar de 1919, com a inscrição de um título sobre a ordem econômica e social. Segundo José Afonso da Silva, foi um compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo²³³.

²³²BRASIL. Constituição de 1891. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²³³SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 82.

No que tange à igualdade, o texto de 1934 foi contundentemente inovador e amplo. Com efeito, o artigo 113, do capítulo II referente aos Direitos e Garantias Individuais, afirma a clássica fórmula da igualdade perante a lei, contudo deixa bastante claro que não haveria privilégios nem distinções, por muitos motivos, fomentando uma base jurídica capaz de vedar posições discriminatórias, seja na aplicação ou na confecção da lei:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

*1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.*²³⁴

Contrariamente ao texto constitucional de 1891, de índole puramente liberal-formal neste particular, o texto de 1934 lança bases jurídicas contra atitudes discriminatórias, enumerando vários fatores proibidos para atitudes discriminatórias, com uma evidente preocupação nesse sentido.

Não bastassem tais inovações no aspecto do trato da igualdade entre os cidadãos com clara proibição de atitudes discriminatórias, o referido texto também foi inovador em aspectos sociais, inaugurando nas Constituições brasileiras a definição de direitos trabalhistas a nível constitucional. No artigo 121, §§ 1º e 2º, também é verificada uma preocupação sobre a igualdade nas relações de trabalho, com a definição expressa dos direitos a serem assegurados por leis trabalhistas, em nível inaugural, da igualdade de remuneração para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, e a vedação de distinção entre os tipos de trabalho:

²³⁴BRASIL. Constituição de 1934. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos²³⁵.

O texto de 1934 teve efêmera vigência, lamentavelmente. Um golpe de Estado em 1937, capitaneado pelo próprio Presidente Getúlio Vargas, constitucionalmente eleito, logrou êxito em derrubar a ordem constitucional então vigente, dissolvendo o congresso e revogando a Constituição de 1934. Em seu lugar foi promulgada a Constituição de 10.11.1937, que recebeu o apelido de Constituição *polaca*, por sua semelhança com o texto constitucional daquele país europeu.

Com a nova ordem instalada, houve ditadura pura e simples, com todos os poderes concentrados nas mãos do Presidente da República, segundo José Afonso da Silva²³⁶. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos afirma que o Estado criado pela ditadura conhecido como Estado Novo, nada mais era que um estado arbitrário despojado de quaisquer controles jurídicos, onde primava a vontade incontestada do ditador Getúlio Vargas²³⁷.

No campo da igualdade, é verificada uma tendência regressiva em comparação com o texto anteriormente vigente. Ao assegurar a igualdade na seção *Dos Direitos e Garantias Individuais*, o artigo 122 repete a clássica fórmula liberal da igualdade da Constituição de 1891, não mais trazendo as vedações às discriminações como no texto de 1934, então revogado:

²³⁵BRASIL. Constituição de 1934, cit.

²³⁶SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 83.

²³⁷BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 69.

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

*1º) todos são iguais perante a lei;*²³⁸

Com a mesma tendência omissiva, a igualdade de remuneração e a proibição de distinção entre as diversas modalidades de trabalho não foi tratada pelo texto constitucional emanado da ditadura então instalada.

O regime ditatorial de Getúlio Vargas foi derrubado em 1945, por meio de um processo de redemocratização do país influenciado pela vitória dos países aliados contra os horrores do nazismo e do fascismo. A ditadura de Getúlio Vargas implantada em 1937 era ideologicamente bem mais próxima aos regimes derrotados pela guerra na Alemanha e na Itália. O pós-guerra foi uma época de reconstituição dos direitos fundamentais, como anteriormente visto, não sendo o regime instalado compatível com essa tendência.

Foi instalada uma nova assembléia constituinte em 02.02.1946, cujo resultado foi um novo texto constitucional promulgado em 18.09.1946, cumprindo uma nova tarefa de redemocratização, contudo sem grandes inovações, se comparada com o texto de 1934, revogado pela ditadura vencida. José Afonso da Silva afirma que essa Constituição foi preparada por uma assembléia predominantemente conservadora compromissada com os interesses da propriedade privada, e que qualifica como um texto que *nasceu de costas para o futuro* e esteve compromissada com as fontes formais do passado²³⁹.

Quando o texto de 1946 garante a igualdade dos brasileiros, o faz do mesmo modo e meio que as Constituições de 1891 e 1937, enunciando a clássica forma da igualdade perante a lei:

²³⁸BRASIL. Constituição de 1937. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²³⁹SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 85.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

*§ 1º Todos são iguais perante a lei.*²⁴⁰

E quando trata dos direitos trabalhistas, nesse aspecto retoma a linha do texto de 1934, proibindo o texto constitucional em seu artigo 157, a diferença de salário para um mesmo trabalho pelos motivos ali expostos, bem como não permitindo a distinção entre trabalho manual ou técnico:

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

.....

II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

.....

*Parágrafo único - Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.*²⁴¹

A democracia instalada em 1946 é o período democrático mais duradouro na história republicana brasileira até hoje (duração esta que torcemos para que seja suplantada pela atual Constituição), o que resultou em 18 anos de vigência democrática, ainda que sob o signo de graves crises político-institucionais como aquelas ocorridas em 1954, 1955 e 1961. Em 1964 os militares depuseram o Presidente João Goulart, iniciando o ciclo da ditadura militar que durou, em tese, até 1985, quando se iniciou o período de transição democrática completado em 1988.

²⁴⁰BRASIL. Constituição de 1946. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²⁴¹Id. Ibid.

Os governos militares fizeram promulgar uma nova Constituição em 1967, que foi emendada em 1969, emenda que, segundo alguns autores como José Afonso da Silva²⁴², significou uma nova Constituição.

Contudo, o texto constitucional de 1967, mantido pela Emenda nº 1 de 1969, voltou a assumir os mesmos ditames da Constituição de 1934 no que tange à igualdade, ou seja, além da clássica enunciação da igualdade formal, proíbe a distinção formulada em diversos critérios (cujo número é menor que o texto de 1934), mas expressando claramente a punição do preconceito de raça:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. ²⁴³

Para o texto emendado em 1969, o dispositivo manteve a mesma redação, mas com outra numeração:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. ²⁴⁴

²⁴²SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 87.

²⁴³BRASIL. Constituição de 1967. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²⁴⁴Id. *Ibid*.

No que tange à igualdade de salários, a mesma fórmula de 1934 e 1946 foi mantida no texto de 1967, como também em 1969, constando a proibição de diferenças de salários e uma novidade entre os textos anteriores, proibição de distinção de critérios de admissão pelos motivos ali apontados, bem como a proibição de distinção entre trabalho manual e intelectual:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

.....

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;

.....

XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;²⁴⁵

Em 1985 os militares deixaram o poder, sendo que o Presidente eleito pelo então existente Colégio Eleitoral, o governador mineiro Tancredo de Almeida Neves, não chegou a assumir a presidência por motivos de saúde e, em seu lugar, assumiu José Sarney, eleito seu vice-presidente. Era a implantação da Nova República, que deveria ser democrática e social, mediante a realização de uma nova assembléia constituinte, orientada por um estudo de uma comissão de estudos constitucionais.

Foi designada pela Emenda Constitucional nº 26 de 27.11.1985 uma Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos integrantes da Câmara dos Deputados e o Senado Federal, traduzindo-se, de fato, em um Congresso Constituinte regularmente eleito. Foi produzido um texto bastante avançado em comparação com os demais, relativamente ao tema da igualdade entre os brasileiros.

A Constituição promulgada em 05.10.1988 tem como marco inicial a importante afirmação em seu preâmbulo de que, entre outros valores a serem assegurados

²⁴⁵BRASIL. Constituição de 1967, cit.

pelo texto, a igualdade e a justiça seriam valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

O primeiro artigo do texto constitucional afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamentos tanto a dignidade da pessoa humana como o valor social do trabalho.

Já no artigo 3º do referido diploma é fixada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e, principalmente, quaisquer outras formas de discriminação. Esta última ponderação deixa claro que um dos objetivos do Estado brasileiro é a promoção geral com o combate da discriminação:

1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁴⁶

Ao contrário dos outros textos que enumeravam alguns fatores de discriminação, o texto de 1988 amplia o conceito de enumeração taxativa dos fatores de discriminação, para *quaisquer outras formas de discriminação*, um conceito significativamente arrojado em comparação com as Constituições anteriores. Esse amplo conceito já é previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²⁴⁷, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁴⁸, no Pacto Internacional de

²⁴⁶BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²⁴⁷NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em: 01 dez. 2004. Art. 7º *Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.*

²⁴⁸ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_5.html>. Acesso em: 02 set. 2004, Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em

Direitos Civis e Políticos²⁴⁹ e na Convenção Internacional para prevenção contra todas as formas de discriminação racial em seu preâmbulo²⁵⁰. Em todos esses diplomas internacionais que o país ratifica, a discriminação é entendida como sendo de amplos fatores.

Continua a Constituição Federal de 1988, em seus princípios fundamentais, a tratar das relações internacionais do Estado brasileiro, onde como princípio, consta a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre os Estados.

No título II relativamente aos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º do atual texto tem em seu *caput* a mesma fórmula de igualdade estabelecida nas Constituições brasileiras desde 1891, relativamente à igualdade perante a lei, mas deixando claro que não pode haver distinção de qualquer natureza, com a expressa proibição do arbítrio e garantias da inviolabilidade de vários direitos. Por outro lado, prevendo uma extensa relação de garantias individuais, inicia a relação do artigo 5º com a previsão de igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição²⁵¹;

San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Art. 2º. *Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.*

²⁴⁹NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional dos direitos civis e políticos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_3.html>. Acesso em 02 set. 2004. Art. 2º. §1. *Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação.*

²⁵⁰NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional para prevenção contra todas as formas de discriminação racial. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004. *Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os direitos estabelecidos nessa Declaração, sem distinção alguma, e principalmente de raça, cor ou origem nacional.*

²⁵¹Id. Ibid.

O novo texto constitucional também reconhece expressamente que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão. Tratou-se de uma novidade em comparação com o texto de 1967 e as alterações de 1969, quando tais textos previam que o preconceito de raça seria punível na forma da lei. A novidade do atual texto constitucional foi a consideração da prática do racismo como crime, e da severa qualificação dessa modalidade criminosa como exposto no inciso XLII:

*XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*²⁵²

No que tange a direitos assegurados aos trabalhadores, a Constituição confere várias garantias que visam a manutenção da igualdade entre os trabalhadores, iniciando-se com as clássicas proibições de distinções de diferenças de salários. Proíbe o atual texto constitucional no inciso XXX do artigo 7º as diferenciações sobre o exercício de funções e de critério de admissão pelos motivos na norma apontada. Igualmente, proíbe expressamente a Constituição atual qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalhador portador de deficiência (XXXI) e a proibição da distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

No que tange à diferenciação de salários, o constituinte de 1988 foi bastante enfático em não permitir a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Este texto é mais amplo que seu antecessor, em seu artigo 158, III²⁵³, onde a proibição residia tão somente na diferença de salários e nos critérios de admissões. Com a inclusão do critério de exercício de funções, a mobilidade funcional passa a ser protegida contra atos discriminatórios:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

²⁵²BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

²⁵³III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil.

Por outro aspecto, o texto de 1988 foi bastante inovador, em comparação às Constituições anteriores, no que tange à defesa do portador de deficiência. A proibição da discriminação foi expressa e clara, quando não havia anteriormente norma constitucional que defendesse os portadores de deficiência ou de necessidades especiais de trabalho, contra atos discriminatórios:

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

A igualdade também é assegurada pela atual Constituição em outros aspectos que não são relevantes para o presente estudo, como igualdade nas concorrências, no trato familiar e no escolar, entre outros pontos.

Podemos extrair do texto constitucional atual que a igualdade nela pretendida é a igualdade social com ampla igualdade de oportunidades e não somente a formal como em Constituições anteriores, visando suprimir as desigualdades sócio-econômicas mediante uma série de políticas e incumbências determinadas ao Estado brasileiro. A proibição contra as discriminações é bastante ampla em termos gerais, uma vez que veda qualquer modalidade de discriminação, contendo previsões específicas e bastante detalhadas em algumas situações pontuais, como no trabalho por exemplo.

Feitas tais considerações, o estudo deve caminhar para analisar o princípio da igualdade dentro do direito do trabalho.

2.7. O princípio da igualdade e o direito do trabalho

Existem dois grupos de direitos humanos nas relações do trabalho, os direitos humanos comuns a todas as pessoas e os direitos humanos específicos do trabalhador, na classificação de Amauri Mascaro Nascimento²⁵⁴. O mesmo autor afirma,

²⁵⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*, cit., p. 291.

em outra obra, que os direitos fundamentais têm como fundamento, na esfera das relações do trabalho, a necessidade de garantia de um mínimo ético que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade para bens jurídicos valiosos²⁵⁵.

Segundo Alfredo Montoya Melgar, enquanto pessoa, o trabalhador é titular de um feixe de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição espanhola, tal qual aqui no Brasil. Segundo o referido autor, esses direitos se mantêm no âmbito do contrato de trabalho, sem prejuízo de determinadas adaptações ou modalidades que procuram equilibrar os interesses do trabalhador e do empresário, onde a existência de uma relação laboral condiciona o exercício do direito fundamental²⁵⁶.

Manuel Carlos Palomeque López afirma que os direitos constitucionais laborais têm origem específica ou razão de ser exclusiva ou principal no âmbito das relações do trabalho. Seriam, segundo o referido autor, direitos constitucionais especificadamente laborais e, portanto, direitos específicos. Os titulares desses direitos seriam os trabalhadores assalariados ou os empresários, na qualidade de sujeitos de uma relação trabalhista²⁵⁷. O catedrático da Universidade de Salamanca afirma, por outro lado, que outros direitos constitucionais de caráter geral e, por isso, não especificadamente laborais, podem ser exercitados pelos sujeitos das relações do trabalho, no seu âmbito, por adquirirem um conteúdo ou dimensão laboral superveniente, produzindo uma impregnação laboral de titularidade geral ou inespecífica. Assim, seriam direitos constitucionais laborais inespecíficos²⁵⁸.

Podemos, portanto, concluir que os direitos humanos atingem todas as relações jurídicas humanas públicas e privadas e, por consequência, as relações de trabalho. As enunciações de tratamento igual abrangem todas as relações da sociedade, e também, as relações de trabalho, sendo direitos fundamentais inespecíficos de incidência nas relações de trabalho, na visão do citado jurista espanhol.

²⁵⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador, cit., p. 906.

²⁵⁶MONTOYA MELGAR, Alfredo. op. cit., p. 309.

²⁵⁷PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. O direito constitucional à igualdade e à não discriminação por razão de gênero nas relações de trabalho em Espanha. *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, Goiânia, ano 7, n. 9, p. 95, nov. 2001.

²⁵⁸Id. Ibid., p. 95.

Já as proibições de tratamento salarial e funcional desigual, bem como da não discriminação na admissão e na relação laboral previstos no artigo 7º de nossa atual Constituição, entre outros, tratam de direitos fundamentais específicos na relação laboral, atingindo somente os sujeitos de uma relação de trabalho.

A importância dessa distinção reside na interação entre o direito do trabalho e o direito constitucional geral aplicado às relações do trabalho. Resta evidente, portanto, que os direitos fundamentais da pessoa humana atingem o direito do trabalho e também atuam nas suas regulações, podendo integrá-lo como um de seus princípios, ainda que sejam relações privadas. Seria a aplicação da teoria da eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros dos direitos, liberdades e garantias²⁵⁹, reconhecida pela doutrina alemã como *Drittwirkung der Grundrechte*.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que, segundo as concepções sociais, os direitos fundamentais significam, também, uma relação não entre o cidadão e o Estado, mas entre particulares, como as relações que se estabelecem entre o empregador e o empregado, na defesa deste contra a exacerbação do poder diretivo daquele²⁶⁰. E no mesmo texto, afirma que esses princípios têm aplicação no direito do trabalho e nas diferentes questões que suscita, pois alguns são princípios e garantias assegurados a todas as pessoas, que vêm a proteger, também, aqueles que figuram nas relações individuais e coletivas de trabalho.

Desta forma, segundo Joaquim Augusto Domingos Damas, os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva incompatível com a concepção liberal que os visualizava como direitos de defesa contra os poderes públicos. São, assim, princípios objetivos de toda a ordem jurídica²⁶¹.

Pinho Pedreira afirma que a igualdade seria um princípio fundamental do direito do trabalho²⁶², afirmação que merece a necessária acolhida. Fundamenta o ilustre jurista baiano a sua consideração como princípio trabalhista citando exemplos na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália e em Portugal, além de vários países latino-

²⁵⁹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., 6. ed., p. 1270.

²⁶⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador, cit., p. 906.

²⁶¹DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. op. cit., p. 107.

²⁶²PEDREIRA, Luiz de Pinho. O princípio da igualdade de tratamento. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 443, abr. 1996.

americanos. Alfredo Ruprecht afirma a igualdade, por ser um componente do princípio da não-discriminação, como um dos princípios do direito do trabalho²⁶³.

A igualdade de tratamento dos trabalhadores foi prevista no Tratado de Paz de Versailles, o qual, no seu artigo 427, concebia como sétimo princípio que homens e mulheres teriam igual remuneração e, como oitavo princípio, a igualdade de tratamento econômico aos trabalhadores residindo legalmente em cada país²⁶⁴. Em nossos textos constitucionais desde a carta de 1934, com exceção da autoritária carta de 1937, e na própria Consolidação das Leis do Trabalho, no parágrafo único do artigo 3º, e no seu artigo 5º, há consagração da igualdade de tratamento.

O direito do trabalho, nascido como um direito fundado em reconhecimento e imposição de desigualdades, tem uma relação muito interessante com o princípio da igualdade. Em um primeiro momento, quando assume uma natureza protetiva dos mais débeis na relação de trabalho, quebra qualquer noção de igualdade de tratamento entre os pólos da referida relação jurídica, pois assume clara postura de trato desigual, em face da desigualdade sócio-econômica dos contraentes. Seria a rejeição expressa e incontestável da noção de igualdade formal assim mencionada no item 2.2 deste capítulo.

Pinho Pedreira qualifica como paradoxal que um direito eminentemente desigualitário como o direito do trabalho possua como um dos seus princípios, o princípio da igualdade²⁶⁵. E o trato não é desigual tão somente pelo caráter protetivo do direito do trabalho em função de sua natureza. Desigual é a natureza da relação contratual que une as partes, seja pela desigualdade pré-existente entre os contraentes, seja pela imposição de relações desiguais na execução do contrato.

Serve como exemplo a relação de sujeição do empregado ao poder do empregador, que é a pessoa que dirige e coordena o trabalho prestado dentro de sua atividade empresarial. Este possui uma faculdade de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida, segundo Amauri Mascaro Nascimento²⁶⁶. Consoante entendimento desse renomado professor, este poder de direção se representa em três principais formas, possuindo o empregador o poder de

²⁶³RUPRECHT, Alfredo R. op. cit., p. 102.

²⁶⁴SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 104.

²⁶⁵PEDREIRA, Luiz de Pinho. O princípio da igualdade de tratamento, cit., p. 444.

²⁶⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 339.

organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado²⁶⁷. O poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado, estando este subordinado e mediante a direção do empregador, que impõe o modo como o trabalho será executado, e se não for cumprido, o poder de punição.

Logo é possível verificar que não há igualdade jurídica, muito menos de fato, nas relações do trabalho. Procura-se, portanto, mediante desigualdades expressas, a equiparação das situações fáticas dos contratantes para uma situação mais equânime no ajuste de condições de trabalho, ou ao menos a atenuação de tão acentuadas diferenças. Tais caminhos se encontram devidamente expressos no atual e em vários textos constitucionais anteriores, seja no caput do artigo 7º da atual carta, quando define que os direitos ali consagrados visam a melhoria da condição social dos trabalhadores, seja nos direitos previstos nos artigos 8º a 11, relativos aos direitos dos trabalhadores à associação de um modo geral. O constituinte assume expressamente desigualdades voltadas para a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, como objetivos fundamentais da República (art. 3º), voltadas para um resultado mais igualitário e atenuador das diferenças sociais.

Por outro lado, o estudo da igualdade nas relações do trabalho traz uma segunda questão, a do direito dos trabalhadores receberem um tratamento igual por parte do empregador. Manuel Alonso Olea entende que a exigência da igualdade se perfaz com uma interdição da arbitrariedade imposta aos poderes públicos pela Constituição espanhola, que também se aplica às relações de trabalho. Nela, as condições de trabalho não podem variar entre os trabalhadores, devendo ser estabelecidas condições iguais de trabalho, salvo se houver razão justificada, classificando como um primeiro princípio da exigência de igualdade (o segundo seria a proibição de discriminação)²⁶⁸.

Esta proibição acima mencionada restringe os poderes do empregador para que não aja com arbítrio, ou seja, que impeça a promoção de uma diferenciação sem justificativa aceitável. Confere a cada um dos sujeitos integrantes de uma determinada categoria o direito de obter um tratamento igual em relação aos demais trabalhadores, sendo um importante princípio na generalidade dos sistemas jurídico-laborais, na visão de Joaquim Augusto Domingues Damas²⁶⁹. Segundo o referido autor, o desigual tratamento tem unicamente como limite o arbítrio, entendendo como tal a falta de uma justificação

²⁶⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit.

²⁶⁸ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18 ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 371-372.

²⁶⁹DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. op. cit., p. 118.

objetiva e razoável para um tratamento diferenciado entre trabalhadores da mesma categoria²⁷⁰.

Pinho Pedreira afirma que o princípio da igualdade se bifurca em duas direções, a primeira já anteriormente vista, resultante de um comportamento positivo, com a criação de deveres de tratamento por parte do empregador, e uma segunda, de comportamento negativo, onde o empregador está proibido de distinguir um trabalhador ou um grupo de trabalhadores por determinadas circunstâncias: O princípio da não discriminação é o aspecto negativo do princípio da igualdade²⁷¹. É o que será visto no próximo capítulo.

²⁷⁰DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. op. cit., p. 119.

²⁷¹PEDREIRA, Luiz de Pinho. O princípio da igualdade de tratamento, cit., p. 445.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

3.1 Histórico da obrigação de não discriminar e a relação do princípio da não discriminação com a igualdade

O princípio da não discriminação é uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo qual são formuladas regras constitucionais e legais determinando que os atos discriminatórios não poderão ser aceitos. Gilmar Ferreira Mendes define, com base na doutrina alemã, que a isonomia tanto pode ser vista como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), como a proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*)²⁷².

Guilherme Machado Dray afirma que falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como uma concretização ou reflexo²⁷³.

Falar em discriminação importa diferenciação. Com efeito, o vocábulo “discriminar” significa distinguir, discernir coisas, pessoas, idéias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos, segundo a visão de Jorge Luiz Souto Maior²⁷⁴. Todos os atos da vida que tenham decisões importam diferenciações, discernimentos. Mas muitos desses atos, principalmente aqueles que tomam decisões sobre pessoas, podem não ser juridicamente aceitos, por efetuarem distinções não aceitas pelo nosso direito, em especial pelo princípio da não discriminação. Saber quando uma distinção pode ou não pode ser aceita é o objeto do estudo da não discriminação, posto que, a discriminação tratada para os efeitos deste estudo constitui uma distinção que não é juridicamente aceita.

Infelizmente, a vida em sociedade proporcionou e ainda proporciona uma série de discriminações entre seus componentes. Desde os mais remotos tempos de que se têm notícia, os seres humanos dificilmente se relacionaram em condições de igualdade. Ao

²⁷²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 43.

²⁷³DRAY, Guilherme Machado. op. cit., p. 97.

²⁷⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, ano 68, n. 2, p. 97, abr./jun. 2002.

contrário, sempre foi imposto por um grupo mais forte sua hegemonia, tratando outros seres humanos com o desprezo que não dispensavam a si mesmos.

O mais antigo fenômeno discriminatório de que se tem notícia e ainda, infelizmente, muitas vezes presente, é a discriminação exercida por homens contra mulheres. Essas, biologicamente analisadas, não possuem a mesma compleição física dos seres humanos do sexo masculino, estando em condições físicas de inferioridade, além de diferenças marcantes em termos de fisionomia e fisiologia. Tais características vieram a colocar a mulher em situação de inferioridade em toda a pré-história e durante toda a história da civilização humana, situação que perdura até os dias atuais.

No próprio livro do Gênesis, texto do antigo testamento que narra a criação do mundo na visão judaico-cristã, o criador, ao verificar que Adão e Eva haviam pecado, condenou a mulher a ter filhos com uma dor multiplicada e estar debaixo do poder de seu marido, o qual a dominaria²⁷⁵. Não obstante, durante algumas passagens da história os matriarcados tenham sido a forma de poder existente, o certo é que as visões pré-concebidas da mulher como um ser inferior dominaram a antiguidade, a idade média, a idade moderna e, para a maioria da população mundial, a mulher ainda é vista nessa condição, como um ser inferior e não dotada de plena capacidade.

Por outro lado, o ser humano sempre teve tendência a discriminar aqueles que não apresentavam semelhanças. As pessoas que não tinham a mesma condição social, a mesma cor de pele, os mesmos costumes e a mesma cultura, os mesmos credos, enfim, as diferenças que fazem a raça humana tão bela e variada, nunca foram aceitas com facilidade. Como já foi visto, na Grécia antiga e em Roma, os escravos não eram considerados pessoas que tinham sua dignidade reconhecida, sendo meros objetos. Os estrangeiros possuíam direito próprio distinto, os homens não consideravam todos os seres da raça humana iguais e detentores da mesma dignidade e dos mesmos direitos.

Em especial situação, negativa frise-se, sempre se encontraram as pessoas que portam algum tipo de deficiência que necessite de cuidados especiais para o exercício de sua vida. Desde a mitologia grega onde Hefestos, filho de Zeus e Juno, era coxo e

²⁷⁵BÍBLIA (V. T.). *Edição Barsa para a Família Católica*. Rio de Janeiro: Barsa, 1964. Gênesis, 3-16, Velho Testamento, p. 3.

disforme²⁷⁶, os portadores de necessidades especiais eram discriminados, muitas vezes com a exclusão sumária ou mesmo com a morte. Platão recomendava a eliminação das pessoas defeituosas, monstruosas ou inúteis, o que também era previsto no império romano, assim como por toda a idade média e ainda na idade moderna. Somente após as guerras mundiais ocorridas no século XX foi verificada preocupação específica com os portadores de necessidades especiais²⁷⁷.

A utilização em larga escala de mão-de-obra escrava inicialmente foi nativa, mas depois decorrente de massivo tráfico de nativos negros da África para a América colonial até meados do século XIX. Esse tráfico veio a injetar em quase todos os países americanos uma expressiva população negra que vivenciou, e ainda vivencia, grande fenômeno de discriminação e exclusão social, mesmo em países desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos da América. Esse país tem uma grande preocupação jurídica com a discriminação, em uma sociedade formada por um enorme contingente populacional negro e latino, convivendo com tão ásperas diferenças de tratamento advindas da maioria branca. Por outro lado, países de colonização britânica chegaram a adotar regimes de discriminação e exclusão explícita, como o inqualificável regime do *apartheid* vigente na República Sul-Africana até poucos anos atrás.

Infelizmente, muitos são os fatos envolvendo discriminação de seres humanos na história, mas nada mais grave que o nazismo, em termos de explicitude e brutalidade dos meios utilizados. Esse regime totalitário vigente na Alemanha entre 1933 a 1945, entre tantas outras aberrações que trouxe consigo, pregava uma superioridade científica da raça ariana sobre outras raças e grupos sociais, em especial judeus, homossexuais e ciganos. Os judeus, por sua vez, foram considerados culpados pelos problemas enfrentados pelos povos germânicos em sua história e condenados a um extermínio brutal considerado pelos nazistas como uma *solução final*. Por meio dela foram mortos aproximadamente seis milhões de judeus europeus nos campos de concentração, além dos sofrimentos passados por muitos outros que conseguiram sobreviver a tais atrocidades. Esse tratamento discriminatório cruel marcou a disciplina jurídica dada à discriminação, definitivamente.

²⁷⁶ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Direito Trabalhista*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 5, p. 22, maio 2000.

²⁷⁷LORENTZ, Lotiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano 65, n. 5, p. 519, maio 2001.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, nascida poucos anos após (1948) a derrota do nazismo, afirma em seu primeiro artigo a igualdade de todos os homens em dignidade e direitos e, no seu segundo artigo, a igual capacidade do gozo de direitos e as liberdades ali previstas, sem distinção de qualquer espécie, enumerando alguns fatores de distinção, mas não as limitando a qualquer condição²⁷⁸. No artigo 7º, a referida Declaração volta a proibir qualquer forma de discriminação e condena qualquer incitamento à discriminação. A figuração da igualdade no primeiro artigo e a não discriminação no segundo, demonstra a importância desses princípios para a consolidação e a formação das declarações de direitos humanos. A igualdade e a proibição de discriminação são os pilares mestres de qualquer sistema de proteção de direitos humanos.

As convenções internacionais que intentam eliminar diversas formas de discriminação vieram a demonstrar a preocupação internacional pela aplicação desses princípios, citando como exemplo a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial ou a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação feminina. Como já foi visto, nossa evolução constitucional também acompanhou essa tendência universal de rigidez crescente contra a discriminação. Nosso atual texto tem posições muito firmes e algumas até mesmo arrojadas em comparação com cartas anteriores, relativamente ao tema da não discriminação.

Caberá ao estudo, neste aspecto específico da não discriminação, tentar conceituar o que vem a significar um ato discriminatório.

3.2. Conceituação de discriminação

Uma rápida pesquisa sobre o tema permite verificar diversos conceitos de discriminação, estruturados sob diversos prismas. Caberá pesquisar o maior número

²⁷⁸NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em 10 ago. 2004. Art. 2º: *Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer 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.*

possível de conceitos de discriminação, para buscar um conceito melhor aplicável ao objeto do estudo, ou seja, voltado para as relações de trabalho.

A pesquisa sobre o tema tem início com uma análise de conceitos de discriminação formulados por normas positivas, sejam da ordem jurídica interna ou da ordem jurídica internacional, bem como da comunidade europeia. Esses conceitos, em muitos casos, são adotados por juristas de vários ramos do direito, na busca da definição de um conceito teórico do ato discriminatório.

Após a análise dos conceitos formulados pelas diversas normas legais nacionais, internacionais e comunitárias sobre o tema, a pesquisa caminha para a busca de uma conceituação de discriminação elaborada por juristas dos mais diversos ramos do direito e buscar sua aproximação com o direito do trabalho.

3.2.1. Conceitos existentes na ordem jurídica positiva interna

Uma clara definição de um ato de discriminação não é encontrada em nosso ordenamento jurídico interno, muito embora muitos diplomas legais utilizem a expressão *discriminação* para várias funções, entre elas a tipificação de atos penais ou para a proscrição de atos discriminatórios, até mesmo ao tratar de discriminações nas relações do trabalho. Entre essas menções, em outros campos do direito, podemos citar as Leis 8.672/93 em seu artigo 2º, inciso III, e a Lei 9.615/98, no mesmo artigo, diplomas que tratam sobre o desporto nacional; o artigo 239 da Lei 8.212/90, que trata da discriminação sofrida por servidor público federal, ou mesmo na Lei 10.216/2001, em seu artigo 1º, quando trata da discriminação das pessoas acometidas de transtorno mental. Os referidos diplomas mencionam e proíbem a prática de discriminação, contudo, sem definição precisa do que sejam tais atos.

No atual texto constitucional, não há qualquer afirmação que permita conceituar a discriminação, apenas a menção de sua proibição em várias passagens. Esse texto, entretanto, garante um amplo espaço de reconhecimento da discriminação dentro do ordenamento jurídico, na medida em que várias normas constitucionais de caráter

fundamental são demasiadamente claras ao afirmar que a discriminação de qualquer espécie deve ser combatida.

Já foi mencionado nesta dissertação, mais precisamente no item 2.6, que a erradicação de qualquer forma de discriminação é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, IV, do texto constitucional atual. Igualmente, figura como garantia constitucional a determinação de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforme disposição expressa do inciso XLI, do artigo 5º da Carta Política. A disposição acima permite verificar que a preocupação do constituinte de 1988 é a mais ampla possibilidade de repressão dos atos discriminatórios.

Na enumeração de direitos trabalhistas dentro do texto constitucional, em seu artigo 7º, consta expressamente, no inciso XXXI, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Fora do âmbito trabalhista, a discriminação somente volta a ser mencionada no texto constitucional no artigo 227, que trata dos direitos da criança e do adolescente, impondo como dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, a salvo de toda a forma de discriminação²⁷⁹.

Na esfera trabalhista, a própria Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 prevê em seu artigo 5º, portanto a título introdutório no texto consolidado, que *a todo trabalho de igual valor, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo*²⁸⁰. Não há utilização da expressão *discriminação*, o que aliás não poderia acontecer, eis que a referida expressão figurou inicialmente nas declarações de direitos humanos do pós-guerra em 1948, como expressão autônoma derivada da expressão inglesa *discrimination* e não traduzida para as demais versões como *distinção*²⁸¹. Por outro lado, é possível verificar a preocupação do legislador consolidado com a discriminação salarial motivada pelo sexo do

²⁷⁹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

²⁸⁰BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁸¹BOSSUYT, Marc. *L'Interdiction de la discrimination dans le droit International des droits d'homme*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylent, 1976. p. 13.

trabalhador. Contudo, o legislador o fez mediante a expressão distinção, até então utilizada, sem preocupação de definir o que ela seria efetivamente.

A proibição da discriminação nas relações de trabalho possui um histórico legislativo interessante, baseado em diplomas de natureza penal que passaram a considerar como delito criminal a prática de atos discriminatórios, sem utilização efetiva da expressão *discriminação*. Somente veio a ser utilizada nos anos 80 e 90, mais precisamente depois do advento da Constituição Federal de 1988. A Lei 1.390/51, também conhecida como *Lei Afonso Arinos*, assim denominada por ter sido iniciativa do então deputado federal e célebre constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco, da União Democrática Nacional - UDN, não define exatamente o que seja discriminação. Contudo, essa lei tipifica uma série de atos caracterizados como discriminatórios, para os efeitos penais ali previstos. Atos como preconceito de raça e cor são considerados pelo diploma contravenções penais. Entre eles estão a recusa de serviço e de admissão de aluno, recusa de atendimento, de venda, de hospedagem, óbice de acesso ao funcionalismo público e também de acesso ao emprego, na forma prevista em seu artigo 7º:

Art 7º Negar emprêgo ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, emprêsa concessionária de serviço público ou emprêsa privada, por preconceito de raça ou de côr. Pena: prisão simples de três meses a um ano e multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros), no caso de emprêsa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e emprêsa concessionária de serviço público.

*Art 8º Nos casos de reincidência, havidos em estabelecimentos particulares, poderá o juiz determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento por prazo não superior a três meses.*²⁸²

É possível verificar nas disposições da Lei Afonso Arinos uma proteção voltada contra a recusa na admissão do trabalhador por motivos de raça ou cor de pele. Insta destacar que o diploma em referência não menciona nada sobre o óbice imposto sobre a manutenção do emprego pelos motivos acima expostos. Como punição, a lei prevê a penalidade criminal com natureza de contravenção e o pagamento de uma multa, além da

²⁸²BRASIL. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2004.

possibilidade de suspensão do funcionamento do empregador faltoso pelo prazo de três meses.

Em 9 de julho de 1968 foi sancionada a Lei 5.473/68, cujo primeiro artigo dispõe que seriam nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criassem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, nos seguintes termos:

Art 1º São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.

Parágrafo único. Incorrerá na pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa de NCr\$100,00 (cem cruzeiros novos) a NCr\$500,00 (quinhentos cruzeiros novos) quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento da presente Lei.²⁸³

Como é possível observar na redação acima transcrita, adota-se um mecanismo legal de nulificação de disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos para provimento de cargos para seleção, tanto nas empresas privadas como nos entes públicos. Interessante ressaltar que, no intuito de nulificar os dispositivos ou providências que venham a criar discriminações, passa a ser reconhecida pelo nosso ordenamento, a discriminação por efeito adverso, cuja definição será estudada mais detalhadamente.

A Lei 7.347 de 20 de dezembro de 1985 veio a regular a questão, praticamente repetindo os mesmos dizeres da Lei 1.390/51, nos seguintes termos:

²⁸³BRASIL. Lei 5.473/68. Senado Federal. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22005473%22&s4=1968&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 06 set. 2004.

Art. 9º. Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.

Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR), no caso de empresa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público.

Art. 10. Nos casos de reincidência havidos em estabelecimentos particulares, poderá o juiz determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento, por prazo não superior a 3 (três) meses.²⁸⁴

Não houve nenhuma novidade no trato das discriminações nas relações de emprego, posto que a dispensa discriminatória continuou a não sofrer qualquer impedimento legal.

A Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989, destinada a definir os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, utilizou-se da expressão *discriminação* para definir os crimes ali previstos, com um extenso rol de tipos penais. Entre eles, pode ser encontrado entre seus artigos dois tipos penais aplicáveis às relações do trabalho:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

²⁸⁴BRASIL. Lei 7.347/85. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.²⁸⁵

É possível extrair do artigo 4º, em relação às empresas privadas, e do artigo 3º, em relação aos empregos e cargos públicos, a proteção não somente na admissão, mas também na manutenção do emprego. Com efeito, a expressão *obstar* tem significado claro de causar embaraço ou impedimento, ou servir de obstáculo²⁸⁶, o que pode ocorrer tanto na admissão como na manutenção do emprego.

A Lei 9459 de 13 de maio de 1997²⁸⁷ alterou a Lei 7.716/89, como também o Código Penal de 1940. Esse diploma ampliou os motivos dos atos discriminatórios, antes exclusivamente por motivos de raça ou cor, para incluir também, os motivos de etnia, religião e procedência nacional.

Em termos de discriminação nas relações do trabalho, a Lei 9.029/95 é um ponto destacado e inovador de nossa legislação, sendo que seu estudo mais detalhado será feito no penúltimo capítulo desta dissertação. Para efeitos de conceituação de discriminação, cabe analisar o seu artigo 1º, o qual proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória, considerada como limitativa do acesso à relação de emprego ou sua manutenção. O diploma em questão especifica o que seria um ato discriminatório pelo seu resultado, conforme a redação do seu primeiro artigo:

Art. 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 menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.²⁸⁸

²⁸⁵BRASIL. Lei 7.716/89. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

²⁸⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1429.

²⁸⁷BRASIL. Lei 9029/95. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

²⁸⁸Id. *Ibid.*

É possível deduzir do diploma legal em questão, em uma primeira visão, que qualquer prática discriminatória fica totalmente proscria no âmbito das relações do trabalho. Contudo, é adicionada à prática discriminatória no mesmo artigo 1º, a existência de uma situação limitativa para acesso à relação de emprego ou sua manutenção, mediante a conjunção aditiva e. Extrai-se da previsão legal que o ato discriminatório assim será considerado aquele que promover uma *limitação* no livre acesso da relação de emprego ou na sua manutenção. Considera, portanto, a noção de prejuízo total ou parcial do empregado no acesso ou na manutenção do emprego, fundada nos motivos ali expostos.

A redação da Lei 9.029/95 poderia ter sido mais feliz, posto que a definição de ato discriminatório, segundo diplomas da ordem jurídica internacional ou interna de outros países, é muito mais definida. Mas é possível extrair dessa breve análise que a conceituação de discriminação feita pelo legislador na Lei 9.029/95 foi voltada para o reconhecimento de um ato que importasse em um resultado limitativo, portanto prejudicial no acesso ou na manutenção da relação empregatícia. A consideração do efeito discriminatório é fundamental, tanto para a definição da discriminação direta como, principalmente, para a discriminação por efeito adverso.

De modo indireto, a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, considera em seu artigo 8º, inciso III, como crime punível com a reclusão de um a quatro anos, a negativa, sem justa causa, de emprego ou trabalho a alguém que porte deficiência.²⁸⁹

Em 26 de maio de 1999 foi sancionada a Lei 9.799/1999, que veio a introduzir no corpo da Consolidação das Leis do Trabalho uma série de disposições e regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Em destaque neste diploma, observa-se uma ampla definição da discriminação contra a mulher, com a introdução do artigo 373-A, o qual tipifica como discriminatórias uma série de condutas por parte dos empregadores ali relacionadas:

²⁸⁹BRASIL. Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004. Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

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.*²⁹⁰

Neste aspecto, o legislador, ao invés de proibir a discriminação pura e simples do acesso da mulher, optou por tipificar as situações de discriminação que entendia como merecedoras de regulação e fez uma extensa narrativa desses atos discriminatórios no texto da lei. Assim, atos discriminatórios típicos como anúncio de emprego com referência a sexo, recusar emprego, promoção ou efetuar dispensa em virtude do sexo, considerar o sexo como elemento de composição da remuneração, exigir atestado ou exame de qualquer

²⁹⁰BRASIL. Lei 9.799/1999. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=@docn&s3=%22009799%22&s4=1999&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbra s%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>.>. Acesso em: 06 set. 2004.

natureza, adoção de critérios subjetivos na admissão, ou proceder revistas íntimas, foram escolhidos como atos com tipificação legal. Tais situações, quando da sanção da lei, já eram reguladas pelas disposições previstas nas Convenções 111 da OIT e na Convenção para Erradicação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, das Nações Unidas, diplomas em plena vigência no território nacional.

Importante destacar a previsão de ações afirmativas, pelo referido diploma, no parágrafo único do artigo 373-A, assim definidas pela disposição legal como aquelas políticas temporárias de correção das distorções que afetem a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. No mesmo sentido, a emenda ao texto consolidado em questão cria programas especiais de incentivo e aperfeiçoamento profissional de mão-de-obra, ou integra o desenvolvimento de ações conjuntas, visando ao incentivo ao trabalho da mulher. Por fim, no que tange à mulher grávida, são previstas algumas disposições de garantia de condições de trabalho durante o período de gravidez e de condições para uma gestação mais saudável.

A análise dos diplomas nacionais em questão não permite obter uma definição mais precisa do que consiste um ato discriminatório. Nos diplomas penais é encontrada a previsão de atos mais específicos e, na esfera trabalhista, somente é verificada a recusa ou óbice para o emprego. Na Lei 9029/95 verifica-se a previsão de um ato discriminatório pelos seus efeitos, ou seja, a caracterização de um ato que provoque limitação no acesso ou na manutenção da relação empregatícia. Tal previsão não deixa de ser uma tendência mais moderna, principalmente ao reconhecer a possibilidade de ocorrência de uma discriminação por efeito adverso, mas carece de uma definição mais precisa de um ato discriminatório.

3.2.2. Conceitos da ordem jurídica no âmbito internacional

Inúmeros são os diplomas internacionais que tratam da discriminação, e que trazem em suas disposições importantes definições dos atos discriminatórios. Ao contrário do panorama legislativo interno, vários diplomas internacionais definem com maior

precisão a discriminação. Tais diplomas, entretanto, são voltados aos objetivos da proteção de grupos específicos.

A Carta das Nações Unidas promulgada em 26 de junho de 1945 adota como um dos propósitos da organização que ali estava sendo criada, no artigo 1, item 3, e repetido no artigo 55, obter uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião²⁹¹. Não foi adotada naquele texto a expressão *discriminação*, mas deixou claro o diploma que não seriam aceitas distinções fundadas nos motivos acima apontados.

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 2º, enuncia que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidas na declaração, sem distinção de qualquer espécie, não sendo adotada nessa parte da declaração a expressão *discriminação*. Contudo, no artigo 7º, ao ser proclamada a igualdade entre os homens, é enunciada sua proteção contra qualquer *discriminação* que viole a declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação²⁹². A expressão *discriminação* surge pela primeira vez no texto da declaração, mas ainda sem definição explícita, devendo ser entendida para o texto em tela, como a não aplicação em condições de igualdade, dos preceitos da referida declaração e dos direitos ali previstos.

A Declaração Americana dos Direitos do Homem, celebrada em abril de 1948 em Bogotá, Colômbia, afirma em seu artigo 2º um princípio de igualdade para aplicação dos direitos ali previstos, sem distinções de qualquer natureza²⁹³. Não utiliza a expressão *discriminação* em qualquer parte do texto. A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, utiliza muito a expressão discriminação em várias disposições, mas sem fazer qualquer

²⁹¹NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. *UNICEF*. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/uncarta.htm>>. Acesso em 02 set. 2004.

²⁹²NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

²⁹³ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

definição, afirmando a não-discriminação como um dos princípios do texto, ainda que não definida²⁹⁴.

O artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos menciona que não poderá haver discriminação em relação aos indivíduos que se encontrem em seu território, assim como em vários outros artigos quando trata dos direitos políticos, proteção infantil, exercício de direitos, entre outros²⁹⁵. O referido pacto não traz também uma definição de discriminação. O artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da mesma data, diz também que os direitos ali previstos devem ser garantidos sem discriminação alguma²⁹⁶, sem conter também qualquer definição.

Sem definições claras do que seja discriminação, a expressão é encontrada também, entre outros diplomas internacionais, na Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da Humanidade²⁹⁷, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento²⁹⁸, na Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais²⁹⁹, na Declaração dos Direitos da Criança³⁰⁰, na

²⁹⁴ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana dos Direitos Humanos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_5.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

²⁹⁵NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992

²⁹⁶NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992;

²⁹⁷NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da humanidade. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de novembro de 1975 - Resolução n.º 3384 (XXX).

²⁹⁸NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

²⁹⁹NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Resolução n.º 1514 (XV) da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1960.

³⁰⁰NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos direitos da criança. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Crianca/texto/texto_10.html>.

Convenção sobre os Direitos da Criança³⁰¹, na Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a Mulher³⁰², nos princípios da proteção a pessoas acometidas de transtorno mental e a melhoria da assistência à saúde mental³⁰³, bem como em tantos outros diplomas. Nesses textos, a discriminação sempre é referida, mas não ganha uma definição precisa.

A Declaração Sócio-Laboral do Mercosul, em seu artigo 1º, consagra a não-discriminação como princípio, garantindo a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no emprego e ocupação, utilizando-se das expressões “sem distinção ou exclusão” pelos motivos apontados no texto³⁰⁴.

A Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino é o primeiro diploma das Nações Unidas a trazer uma definição sobre discriminação, em seu artigo 1º, nos seguintes termos:

Artigo 1º. §1. Aos efeitos da presente Convenção, se entende por discriminação toda distinção, exclusão, limitação ou preferência fundada na raça, na cor, no sexo, no idioma, na religião, nas opiniões políticas ou de qualquer outra índole, na origem nacional ou social, na posição econômica ou o nascimento, que tenha por

Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961.

³⁰¹NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da criança. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Crianca/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004, Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990.

³⁰²NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a Mulher. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_11.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Proclamada pela Assembléia Geral na Resolução 2263(XXII), de 7 de novembro de 1967

³⁰³NAÇÕES UNIDAS. princípios da proteção a pessoas acometidas de transtorno mental e a melhoria da assistência à saúde mental. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Deficiencia/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004, Doc. das Nações Unidas n. A/ 46/ 49 de 17.12.1991.

³⁰⁴MERCOSUL. Declaração Sócio-Laboral do Mercosul. Instituto Nacional de Saúde do Trabalho – CUT. Disponível em: <<http://www.instcut.org.br/mer02.htm>>. Acesso em: 05set. 2004. *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.*

finalidade ou por efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento na esfera do ensino, e, em especial:

- a) *Excluir uma pessoa ou um grupo de acesso aos diversos graus e tipos de ensino.*
- b) *Limitar a um nível inferior a educação de uma pessoa ou de um grupo.*
- c) *A reserva do previsto no artículo no "artigo 2" da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos.*
- d) *Colocar uma pessoa ou um grupo em uma situação incompatível com a dignidade humana.*³⁰⁵

O texto em destaque traz uma série de definições importantes, as quais merecem uma atenção especial. Em primeiro lugar, traz uma definição de quais atos seriam considerados discriminatórios, afirmando que seriam aqueles que incorressem em uma *distinção, exclusão, limitação ou preferência fundada*. Ou seja, seria tanto uma distinção como um ato teoricamente neutro, como uma exclusão e uma limitação referindo-se a atos prejudiciais, ou uma preferência, ou seja, um ato vantajoso para alguns e prejudicial para outros.

No que tange aos motivos, há na Convenção da proteção contra a discriminação no ensino uma enumeração de motivos relativos aos atos ali considerados discriminatórios. Não há como ser entendida como uma descrição limitativa, mas apenas indicativa. A lição de Marc Bossuyt revela que é um princípio de direito internacional, como adiante será estudado, no qual a descrição dos motivos da discriminação em normas internacionais é, a princípio, indicativa e, excepcionalmente, limitativa³⁰⁶. Segundo o referido autor, esse princípio advém dos trabalhos que antecederam a preparação da Carta das Nações Unidas, diploma que prescrevia alguns motivos para a não discriminação e que

³⁰⁵NAÇÕES UNIDAS. Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Crianca/texto/texto_7.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura Entrou em vigor em 22 de maio de 1962, em conformidade com o artigo 14. A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em sua décima primeira reunião, celebrada em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960.

³⁰⁶BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 56.

deixava uma impressão de que a enumeração seria limitativa, a qual em nada se alinhava com as intenções dos seus autores³⁰⁷.

Por outro lado, a definição da mencionada convenção é clara ao apontar que os atos acima elencados são considerados discriminatórios quando venham a ter como finalidade ou efeito *destruir ou alterar a igualdade de tratamento na esfera do ensino*. Esse posicionamento recai na ocorrência de um tratamento desigual no ensino, sendo qualquer resultado nesse sentido pelos motivos ali expostos e que, em especial, venha a provocar os quatro resultados previstos na definição da discriminação (exclusão de acesso, limitação de nível inferior, ensino separado para grupos de pessoas ou colocação em situação incompatível com a dignidade humana).

É possível extrair da definição dada pela referida convenção, pioneira em termos das Nações Unidas para definição de uma discriminação, as seguintes características: (1) a existência de uma determinada ação de distinção, exclusão, limitação ou preferência; (2) ação ocasionada por um dos motivos ali previstos, com uma percepção aberta e não taxativa, principalmente quando menciona a expressão *de qualquer índole* e (3) tem como resultado destruir ou alterar a igualdade de tratamento na esfera do ensino, possuindo algumas características especiais ali enunciadas, mas também não taxativas e exclusivas.

O segundo diploma a ser analisado é a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas da discriminação racial, de 21 de dezembro de 1965³⁰⁸, diploma de grande relevância internacional. Ao contrário da Convenção anteriormente estudada sobre a discriminação escolar, essa convenção não trata propriamente de um ambiente ou de uma situação peculiar, mas da discriminação racial em todas as esferas da convivência humana e, portanto, muito mais genérica. Essa Convenção é aberta no trato das situações e dos ambientes previstos ao contrário da Convenção sobre o ensino, mas restrita a alguns motivos específicos que orbitam em torno do tema da discriminação racial. Nesse sentido, Marc Bossuyt afirma que a única possibilidade de limitação dos motivos ocorre na

³⁰⁷BOSSUYT, Marc. op. cit.

³⁰⁸NAÇÕES UNIDAS. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969.

convenção de eliminação das formas de discriminação racial, na medida em que trata de um motivo excepcional e tema prioritário da Carta das Nações Unidas³⁰⁹.

É importante lembrar o pesadelo da segunda guerra mundial ocorrido vinte anos antes da aprovação da referida Convenção, quando todas as atrocidades cometidas pelos nazistas foram feitas mediante opiniões supostamente científicas de que havia uma supremacia da raça ariana sobre as demais, situação falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, segundo o preâmbulo da referida declaração. Também não custa lembrar que na época de sua aprovação, nas Nações Unidas, o panorama sócio-político existente era muito diferente do atual, em plena *guerra fria* e do *apartheid* em alguns países africanos, um planeta onde a democracia era característica quase que exclusiva dos países mais desenvolvidos com a ocorrência de inúmeros conflitos armados, locais ou regionais.

A Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial define-a em seu artigo 1º nos seguintes termos:

Artigo 1º §1. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará 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 ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Uma análise mais detalhada revela que há uma definição específica para a *discriminação racial*. A referida Convenção qualifica como ato discriminatório aquele que importa uma *distinção, exclusão, restrição ou preferência*, portanto adotando os mesmos atos previstos na Convenção voltada contra a discriminação na educação.

No que tange aos motivos, pretende-se qualificar como discriminatórios os atos que não respeitem a igualdade racial ao indicar em várias possibilidades, como a *raça*, a *cor* (da pele), a *descendência ou origem nacional ou étnica*. Por ser um diploma

³⁰⁹BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 60.

específico a tratar de discriminação racial, os motivos dos atos a serem considerados estão bem definidos.

O diploma em questão inova a definição da intenção discriminatória e não poderia ser diferente, em função de a aplicação da convenção abranger todas as esferas da convivência humana. Com efeito, a Convenção qualifica como ato discriminatório aquele que tenha por objeto ou resultado, ou seja, havendo ou não intenção discriminatória, caso contrário utilizaria a conjunção aditiva “e”. Este é um ponto extremamente importante pois ao entender que o objeto ou o resultado do ato importa discriminação, exclui uma intenção discriminatória. Ou seja, quando menciona alternativamente o *resultado* do ato discriminatório, expressa que a intenção discriminatória não é, desta forma, necessária para a caracterização do ato discriminatório. Assim, a Convenção permite o reconhecimento da discriminação por efeito adverso.

A Convenção em questão define o ato discriminatório como aquele que tenha por objeto ou resultado *anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública*. É possível extrair da redação acima que o objetivo da proteção é a condição de igualdade das pessoas envolvidas no usufruto de direitos humanos e liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública. Contrasta essa Convenção com os efeitos previstos na Convenção sobre a discriminação na educação, a qual define como objeto de proteção a igualdade de tratamento entre os estudantes. A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, por sua vez, tem como objeto de defesa o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Em 18 de dezembro de 1979, a Assembléia das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Esse texto também apresenta uma definição de discriminação, com os seguintes dizeres:

Art. 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.*³¹⁰

A definição de discriminação da referida Convenção guarda proximidades com a definição trazida pela Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, contudo, não promove qualquer enumeração de motivos. Traz, entretanto, o objeto da proteção contra a discriminação, *a igualdade entre homens e mulheres*, assunto muito importante no direito do trabalho, uma vez que é facilmente verificável, em muitos países, uma discrepância entre as remunerações pagas aos homens e mulheres que exerçam as mesmas atividades laborais.

Por fim, continuando a análise das normas de origem nas Nações Unidas, merece destaque a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 25 de novembro de 1981.

O parágrafo 2º, do artigo 2º da referida declaração assim define a discriminação, conjuntamente com a intolerância:

Artigo 2º §1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.

*§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.*³¹¹

³¹⁰NAÇÕES UNIDAS. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14.11.1983. Ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto n.º 89.406, de 20.3.1984.

³¹¹NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_4.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 - Resolução 36/55.

Na mesma esteira que as convenções anteriores, a referida declaração opta por definir a intolerância e discriminação motivadas na religião ou nas convicções como todo ato de distinção, exclusão, restrição ou preferência. Por outro lado, considera como efeito a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada na Cidade de Guatemala, em 7 de junho de 1999, no vigésimo nono período ordinário de sessões da Assembléia Geral e assinada pelo Brasil possui uma definição de discriminação no seu artigo 2º, nos seguintes termos:

2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência

a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação³¹².

O texto interamericano busca a defesa das *peças portadoras de deficiência* ou hodiernamente consideradas como *peças com necessidades especiais*. A Convenção

³¹²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/base8a.htm>>. Acesso em: 05set. 2004. Em vigor no Brasil mediante Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001; entrando em vigor em 14 de setembro de 2001, e promulgada pelo Decreto 3.956 de 8 de outubro de 2001. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05set. 2004.

considera como ato discriminatório a existência de *diferenciação, exclusão ou restrição*, voltada contra as pessoas portadoras de deficiência e assimilados, e que tais atos tenham o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, por parte das pessoas portadoras de deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

3.2.3. Conceitos previstos em Convenções da Organização Internacional do Trabalho

O papel das Convenções da Organização Internacional do Trabalho na definição da discriminação é extremamente importante, tanto no âmbito das relações do trabalho como em outros ramos do direito. Seus textos são referência para conceituação de discriminação por vários autores nacionais e internacionais, juslaboristas ou não. A Organização tem como fundamento, desde sua constituição em 1919 com o Tratado de Versailles, no seu artigo 427, no sétimo princípio, a igualdade de tratamento dos trabalhadores e que homens e mulheres teriam igual remuneração; e, no oitavo princípio, a igualdade de tratamento econômico aos trabalhadores residindo legalmente em cada país³¹³. A entidade declarou, também, conforme o texto adotado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86ª reunião em 18 de junho de 1998, em seu artigo 2º, item “d”, como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, *a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*³¹⁴.

Algumas convenções como a convenção 168 e a 117 têm previsão contra a discriminação de trabalhadores. A última, em especial, tem determinações expressas de proteção contra a discriminação por um rol bastante extenso de motivos, entre eles raça, cor, sexo, crença, associação tribal, filiação sindical, em respeito a diversas situações laborais, em especial na legislação trabalhista, acordos coletivos, admissão, recrutamento, promoções, oportunidades de aperfeiçoamento profissional, condições de trabalho, condições de higiene, saúde e bem estar, disciplina e participação na negociação coletiva e

³¹³TRATADO DE VERSAILLES. University of San Diego History Department. Disponível em: <<http://history.acusd.edu/gen/text/versaillestreaty/ver400.html>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

³¹⁴ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edílson Alkmin Cunha. Estação Gráfica, 1998. p. 9.

níveis de salário ³¹⁵. Estabelece, também, o diploma que deverão ser tomadas todas as medidas práticas e possíveis no sentido de reduzir quaisquer diferenças nos níveis de salário resultante de discriminação pelos motivos já expostos.

A Convenção 100 não traz uma definição expressa do que seja discriminação, contudo trata de um aspecto marcante da diferenciação de salários entre homens e mulheres por discriminação, sendo essa expressão utilizada no texto. Com efeito, a mencionada Convenção afirma que cada membro deverá assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina, sendo que no primeiro artigo, inciso “b”, quando define a igualdade de remuneração, afirma que essa igualdade deve ser realizada sem discriminação fundada no sexo. Esse texto foi aprovado na 34ª Conferência Internacional do Trabalho em 1951³¹⁶.

No entanto, o texto da OIT que merece maior destaque neste estudo sobre a discriminação é a Convenção 111, aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra em 1958, a qual entrou em vigor no plano internacional em 15.06.1960. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104 de 24.11.1964, ratificada em 26.11.1965, promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 19.01.1968, estando vigente em nosso país desde 26.11.1966.

Seu preâmbulo deixa claro que a discriminação constitui uma violação dos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em observância aos preceitos da Convenção de Filadélfia no sentido de que todos os homens têm direito ao progresso material e ao desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica, com oportunidades iguais. Logo em seu artigo 1º, a Convenção 111 da OIT trata da discriminação nas relações de trabalho, com uma definição bastante clara do ato discriminatório, adotada por vários autores como suficiente, nos seguintes termos:

³¹⁵ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 117. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm>>. Acesso em: 02 set. 2004. Aprovada na 46ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1962, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 65, de 30.11.66, ratificada em 24.03.1969, promulgada pelo Decreto 66.496 de 27.04.1970, vigente no território nacional desde 24.03.1970.

³¹⁶SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994. p. 209. Aprovada na 34ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1951, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.56, ratificada em 25.04.1957, promulgada pelo Decreto 41.721 de 25.06.1957, vigente no território nacional desde 25.04.1958. *A expressão “igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor”, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.*

Art 1. 1. *Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:*

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

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 adequados³¹⁷.*

2. *As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.*

3. *Para fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.*

Afirma o texto convencionado pela OIT que a discriminação se caracteriza, inicialmente, por uma distinção, exclusão ou preferência. Os efeitos das expressões utilizadas já foram analisados.

No campo dos motivos, estão enumerados alguns deles, mas como princípio consagrado no direito internacional anteriormente exposto, e configurando um texto que tem abrangência nas relações de trabalho, sua enumeração é expressamente indicativa e aberta. A Convenção 111 é suficientemente clara no item 1.1. “b”, ao deixar explicitamente aberta a enumeração de motivos para os Estados membros, que poderão adotar outros motivos, nas formas ali previstas. Este aspecto é fundamental para a caracterização da não limitação dos motivos discriminatórios.

Por fim, a Convenção não leva em consideração o objetivo do ato discriminatório, mas apenas seu efeito. Tal disposição vem a consagrar que não há qualquer interesse na busca e muito menos na prova da intenção do empregador, quando for analisado um caso concreto de discriminação, desprezando completamente esse elemento.

³¹⁷SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 244.

Basta a verificação concreta dos resultados previstos na norma para a caracterização de um ato como discriminatório.

O texto da OIT não prevê como efeito, como nas convenções contra a discriminação das Nações Unidas, a não consideração de direitos humanos e de liberdades fundamentais. Toma outro caminho, próximo à Convenção internacional de discriminação no ensino das Nações Unidas anteriormente relatada, já que há somente dois anos de diferença entre ambas (1958-1960), na defesa da igualdade dos indivíduos a serem protegidos.

3.2.4. Conceitos de discriminação fornecidos pela ordem jurídica interna de outros países

A Definição do Decreto-Lei nº 392/79 de 20 de setembro, da República Portuguesa, diploma voltado para a discriminação contra a mulher, define como discriminação no art. 2º, “a”³¹⁸:

Art. 2º para efeitos de aplicação do presente diploma entende-se por:

a) Discriminação: toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada no sexo que tenha como finalidade ou consequência comprometer ou recusar o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos assegurados pela legislação do trabalho.

A norma trabalhista portuguesa merece um destaque especial, na medida em que, diversamente de outras normas, reconhece como efeito, o comprometimento ou a recusa de reconhecimento, o gozo e o exercício dos *direitos assegurados pela legislação do trabalho*. Insta lembrar que a Convenção 111 da OIT aponta *a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão* como objeto de proteção.

³¹⁸LEITE, Jorge; ALMEIDA, F. Jorge Coutinho. op. cit., p. 114.

O novo Código do Trabalho português, aprovado pela Lei 99/2003 de 27 de agosto de 2003, introduz novos conceitos de discriminação e igualdade no trabalho, assim dispostos:

Artigo 22.º - Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho

1 - Todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

2 - Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Artigo 23.º - Proibição de discriminação

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.º 1.

O novo código português traz algumas novidades que merecem destaque. A primeira delas é a ampla enumeração de motivos em comparação com as demais normas até aqui vistas, com clara menção de que os motivos ali expostos não são taxativos, mas

exemplificativos, como bem afirma Estevão Mallet³¹⁹. A segunda é a consideração como discriminação dos termos discriminatórios, como aponta a norma que o trabalhador seja *privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever* pelos motivos ali expostos, considerando os efeitos positivos ou negativos de uma discriminação, seja pela privação de direitos, seja pela imposição de maiores ônus. Por outro lado, a atual norma portuguesa contempla a existência de discriminação por efeito adverso, considerada na Europa como *discriminação indireta*.

Outro diploma de ordem jurídica interna que merece destaque nesta pesquisa, é a definição dada pela ordem jurídica italiana através da Lei nº 40, de 6 de março de 1998, a qual dispõe, em seu artigo 41, a definição de discriminação como sendo um comportamento que, *direta ou indiretamente, implica em uma distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica, convicção ou prática religiosa, com o propósito de destruir ou de comprometer o reconhecimento, o usufruto ou o exercício, em condições de paridade, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no campo político, econômico, social e cultural, e em outros setores da vida pública*.³²⁰

A legislação italiana em destaque tem como ato discriminatório a utilização da expressão *todo comportamento* que venha direta ou indiretamente implicar uma distinção, exclusão, restrição ou preferência. Importante destacar que, ao contrário de outras normas já verificadas, a norma italiana em destaque assume expressamente, não deixando qualquer dúvida, o reconhecimento da discriminação direta ou por efeito adverso (indireta). Igualmente, a norma italiana em destaque aponta como objeto a violação das condições de paridade, da fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em todos os setores da vida pública.

Entre as várias normas internas existentes que conceituam a discriminação, uma merece destaque, tendo em vista que será a base de vários estudos de atos

³¹⁹MALLET, Estêvão. Direito do trabalho e discriminação. *Revista da Amatra II*, ano 4, n. 10, p. 24, dez. 2003.

³²⁰ITÁLIA. Lei 40, de 6 de março de 1998. Parlamento Italiano. Leggi delle XIII legislatura. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/980401.htm>>. Acesso em: 05set. 2004. *Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle liberta' fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*.

discriminatórios nesta dissertação, advindas em um país onde os casos de discriminação no trabalho são amplamente estudados: Os Estados Unidos da América. O conhecido *Civil Rights Act*, que é considerado por Rothstein e Liebman³²¹o mais amplo e importante diploma legal já promulgado sobre direitos civis e liberdades fundamentais naquele país, celebrou, em dois de julho de 2004, seu quadragésimo ano. O seu sétimo título entre onze, amplamente conhecido nos EUA como *Title VII*, configura uma seção onde são regulados os direitos civis nas relações de trabalho. Neste título, há uma proibição expressa da discriminação baseada em raça, cor, religião, sexo e origem nacional. O foco inicial, segundo os referidos autores, foi a discriminação racial, mas outras possibilidades de discriminação foram reguladas pelo Congresso federal norte-americano.

O artigo 2000e-2, originalmente concebido como artigo 703 na redação original de 1964, assim dispõe sobre práticas ilegais de um empregador:

- (a) *Será considerada como prática ilegal de emprego, por parte de um empregador –*
- (1) *a omissão ou recusa em contratar ou dispensar qualquer pessoa, ou de outra maneira, discriminar contra qualquer pessoa com respeito à sua indenização salarial, termos, condições ou privilégios do emprego, por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional da pessoa,*
- (2) *limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos ao emprego de qualquer modo que possa privar, ou tende a privar qualquer pessoa de oportunidades no emprego ou, de qualquer maneira, afetar adversamente sua condição de empregado, por causa de sua raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.*³²²

³²¹ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. *Employment law*. 3. ed. New York: The Foundation Press, 1994. p. 225.

³²²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Civil Rights Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 05 set. 2004. SEC. 2000e-2. [Section 703](a) *It shall be an unlawful employment practice for an employer - (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.*

A norma em questão não faz uma definição exata do que seja discriminação, contudo, a norma pretende prescrever alguns comportamentos como discriminatórios. No primeiro item (a), a norma pressupõe uma omissão ou recusa na contratação, bem como na dispensa de um trabalhador ou de qualquer forma de afetação adversa, em relação a diversos aspectos da relação empregatícia pelos motivos ali apontados. Já no item (b), considera como discriminação a limitação, segregação ou classificação de empregados que possa, ou tenda a privar, de oportunidades no emprego ou afetar sua condição de trabalho em uma relação já existente, pelos motivos ali expostos.

Verifica-se no diploma norte-americano uma possibilidade ampla de situações dentro da previsão legal, destacando-se que se trata de legislação de um país com tradição jurídica do *common law*, aliado ao fato de ser uma nação com graves e intensos problemas discriminatórios. A norma norte-americana autoriza distinções nas seguintes situações:

- 1) Por motivo de religião, sexo ou origem nacional (sem incluir a raça) quando se trata de uma qualificação ocupacional de boa fé razoavelmente necessária para a operação do negócio;
- 2) quando o empregador age com base em resultados de um teste profissionalmente desenvolvido que não seja elaborado, intencionado ou voltado a discriminar por motivo de raça, cor, religião, sexo ou origem nacional;
- 3) quando o empregador possua um sistema de boa fé de antigüidade ou de mérito ou proporcione os ganhos dos empregados por quantidade ou qualidade da produção;
- 4) nas diferenças de pagamento baseadas no sexo autorizadas pelo *Equal Pay Act* de 1963.³²³

³²³ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 228.

A seção VII do *Civil Rights Act* não é aplicável, segundo o próprio diploma, para uma série de empregadores, os quais merecem destaque:

- 1) empregador com menos de 15 empregados;
- 2) atividades empresariais desempenhadas dentro ou próximo de reservas indígenas que tenham tratamento preferencial para os nativos;
- 3) membros do partido comunista;
- 4) Instituições educacionais de propriedade ou dirigidas por organizações religiosas que venham a empregar membros dessa religião.³²⁴

Em 3 de janeiro 1991, após intensa negociação entre o Senado e a Casa Branca, uma vez que no ano anterior proposta semelhante havia sido vetada pelo Presidente George Bush, sem ser derrubado o veto por apenas um voto no Senado Federal, foi promulgada uma emenda ao *Civil Rights Act*, a qual, entre outros aspectos, passava a regular a questão da discriminação por efeito adverso, adicionando o item “k” ao artigo 703 nos seguintes termos:

“(k)(1)(a) Uma prática ilegal de emprego baseada em impacto diferencial é estabelecida conforme este título somente se-

(i) a parte reclamante demonstrar que o réu utiliza uma particular prática empregatícia que causa um impacto diferencial com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, e o réu não conseguir demonstrar que a prática atacada é relacionada com o trabalho para o cargo em questão e consistente com a necessidade do emprego

³²⁴ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 228.

(ii) a parte reclamante fizer uma demonstração descrita no subparágrafo “c” com respeito a uma prática alternativa de emprego, e o réu recusar a adotar esta prática alternativa de emprego.³²⁵

Por outro lado, diplomas legais como o *Age Discrimination in Employment Act*, de 1967, em seu artigo 623³²⁶, tem uma definição de discriminação semelhante à do *Civil Rights Act*, apenas com motivação para a questão da discriminação por idade, com uma previsão adicional no item “3”, para a consideração, como discriminatória, da redução do salário de qualquer empregado.

Muito diferente, entretanto, é a conceituação de discriminação do *Americans with Disabilities Act*, uma vez que se trata de uma norma extremamente genérica e que não somente visa combater a discriminação sofrida pelos portadores de deficiência, no trabalho, como também a discriminação em outros campos da vida civil. Esta norma tem uma definição muito ampla de discriminação. O artigo 12.112 (102) possui uma norma geral (item “a”) que proíbe a discriminação contra um indivíduo considerado portador de deficiência, no que tange no formulário de candidatura a emprego, na contratação, durante a relação ou na dispensa dos empregados, indenização dos empregados, treinamento profissional e outros termos, condições e privilégios do emprego.

Art. 12112. [Artigo 102] (a) Regra geral. Nenhum abrangido por este diploma deverá discriminar contra uma pessoa considerada como portadora de deficiência em função de procedimentos para candidatura a um emprego, na contratação, desenvolvimento, ou dispensa de empregados, nas indenizações de empregados, treinamento profissional e outros termos, condições e privilégios do emprego.

(b) Interpretação- Como usado na subseção (a) deste artigo, o termo “discriminar” inclui também:

³²⁵FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER JR., George M. *The law of employment discrimination*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 232.

³²⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Age Discrimination in Employment Act. Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/adea.html>>. Acesso em: 05set. 2004. SEC. 623. [Section 4] (a) *It shall be unlawful for an employer- (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age; (2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's age; or (3) to reduce the wage rate of any employee in order to comply with this chapter.*

1. *limitar, segregar ou classificar um candidato a emprego ou empregado de modo que afete adversamente as oportunidades ou a condição do referido candidato ou empregado;*

2. *participar de um contrato ou organização ou relacionamento que tenha o efeito de subordinar um candidato ou empregado qualificado como portador de deficiência de uma entidade abrangida pelo diploma, de uma discriminação proibida por este sub-capítulo, com uma agência de emprego ou de referência, sindicato profissional, organização que promova benefícios contratuais para um empregado de uma entidade abrangida, ou uma organização que promova programas de treinamento ou de aprendizado.*³²⁷

Pode ser extraído do último diploma que não somente uma regra geral é necessária, mas algumas definições acessórias são importantes para a proteção dos trabalhadores ou candidatos a emprego portadores de deficiência física. As preocupações trazidas nos aspectos 1 e 2 do item “b” da referida norma prevêm situações em que poderá haver discriminação na contratação ou nos contratos indiretos que envolvam as relações de emprego.

3.2.5. Conceitos de discriminação fornecidos por normas comunitárias

A Comunidade Econômica Européia foi criada em 25 de março de 1957, por meio do Tratado de Roma, visando estabelecer um mercado comum e uma aproximação progressiva das políticas econômicas dos Estados integrantes. Derivou inicialmente de uma Comunidade Européia do Carvão e do Aço, constituída por um tratado assinado em Paris em 18 de abril de 1951, em face da proposição feita em 9 de maio de 1950 por Robert Schuman, ministro francês dos negócios estrangeiros. Essa proposição visou colocar toda a produção franco-alemã de carvão e de aço sob uma “alta autoridade comum”, em uma organização aberta à participação de outros países europeus³²⁸. Com a formação da Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM), houve uma fusão de

³²⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Americans with Disabilities Act. Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>>. Acesso em: 05 set. 2004. SEC. 623..

³²⁸MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao direito comunitário*. Trad. de José Manuel Caseiro Alves, Ricardo Veiga Ferrão e António Robalo Cordeiro. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 17.

comunidades mediante um tratado assinado em 8 de abril de 1965, pelo qual foi estabelecido um conselho único e uma comissão única das comunidades europeias.

É possível notar que a Comunidade Europeia teve sua formação voltada para finalidades econômicas e seus tratados não tiveram a preocupação inicial de regularem direitos fundamentais, senão aqueles decisivos e necessários para regulação das relações econômicas estabelecidas em 1957. Logo, as normas comunitárias europeias originárias não reconhecem expressamente o princípio da igualdade, inexistindo um catálogo de direitos fundamentais próprios. O que existe, na visão de Guilherme Machado Dray, são manifestações fragmentárias desse mesmo princípio geral: a igualdade em função do sexo e a igualdade em razão da nacionalidade³²⁹.

Contudo, desde 19 de junho de 1983, os dez chefes de Estado então integrantes da Comunidade Econômica Europeia assinaram uma declaração sobre a determinação de alcançar uma aproximação política comum, compreensiva e coerente, e a vontade de transformar todo o complexo de relações entre os seus Estados numa União Europeia³³⁰. Essa disposição da formação de União Europeia veio a obter sua consagração no Tratado de Maastrich, assinado em 7 de fevereiro de 1992, quando foi institucionalizada a União Europeia. No caminho dessa evolução, após idas e vindas em razão da mudança de vontade de alguns Estados integrantes, já foi firmada uma Constituição Europeia que entrará em vigor em 1º de novembro de 2006 ou até o depósito do último instrumento de ratificação, se for posterior a esta data.

Nesse projeto, buscando definir o papel da Europa como centro da civilização, é proporcionado o reconhecimento do humanismo pelos seus valores da igualdade de todos os seres, a liberdade e o respeito pela razão que enraizaram na vida da sociedade o papel central da pessoa humana e dos seus direitos invioláveis e inalienáveis. Do mesmo modo seria garantido o respeito pelo direito atuando em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo, como os objetivos da União consolidados na Constituição.

Em busca desses objetivos, baseia-se o projeto nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Tais valores reforçam a proteção dos direitos fundamentais e das obrigações internacionais assumidas em tratados como a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União Europeia

³²⁹DRAY, Guilherme Machado. op. cit., p. 247.

³³⁰MATHIJSEN, P. S. F. R. op. cit., p. 24-25.

e pelo Conselho da Europa, voltadas para as pessoas individualmente consideradas como para a comunidade humana e as gerações futuras. Desse modo, reconhece o projeto de constituição direitos, liberdades e princípios no texto enunciados. Um deles é o princípio da igualdade e o da não-discriminação, no Artigo II-81³³¹, onde fica proibida a discriminação nos seguintes termos:

Artigo II-81º

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

É preservada também, de modo mais específico, a igualdade em função da diversidade cultural, religiosa e lingüística, entre homens e mulheres, das crianças, das pessoas idosas e das pessoas com deficiência. É respeitada expressamente a igualdade entre homens e mulheres em todos níveis e, em especial, no emprego, trabalho e remuneração. Esse é um projeto para um futuro bem próximo com a adoção do tratado e, depois, com a sua ratificação pelos Estados comunitários.

Em termos atuais, é verificada a disposição do Tratado de Roma em reconhecer a igualdade de remuneração entre os sexos e entre as nacionalidades. Dispõe o artigo 119 do Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia, a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e femininos³³². Verifica-se, portanto, que a proteção contra discriminações é muito restrita em termos das

³³¹UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. *Conselho da União Europeia*. Disponível em: <<http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/cg00087-re02.pt04.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

³³²UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttr6d08.htm#131>>. Acesso em: 05set. 2004.

normas primárias da Comunidade Européia, assim considerando aquelas originárias de tratados de constituição da Comunidade, ou da União, na atualidade.

O panorama das normas derivadas é bem diferente, assim reconhecidas aquelas que resultam dos órgãos comunitários com competência legislativa e executiva, subdividindo-se em regulamentos, Diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Guilherme Machado Dray afirma que as normas derivadas, paulatinamente, passam a atuar como instrumento de supressão de situações de marginalidade de determinados grupos sociais minoritários que residem fora de seu Estado de origem, expandindo-se da proibição para discriminação em função do sexo para todas as áreas do direito laboral³³³.

Os regulamentos 1612/68, de 19 de outubro de 1968, e 1408/71, de 05 de julho de 1971, tratam da regulamentação da livre circulação dos trabalhadores e do tratamento igual destinado aos trabalhadores de outros Estados membros, em comparação com os trabalhadores nacionais.

Sobre a não discriminação por sexo, entretanto, os princípios de igualdade foram intensamente reconhecidos com uma sustentação muito importante e permanente dentro dos instrumentos jurídicos internacionais, segundo a visão de Roger Blainpain e Jean Claude Javillier³³⁴. Em face do citado artigo 119 do tratado de constituição da Comunidade Econômica Européia, que prescreve a igualdade de remuneração entre os sexos, uma série de Diretivas foram criadas para regulação desse princípio. Essas normas são emitidas pelo Conselho ou pela Comissão, constituindo-se no ato adequado para modificação ou aprovação de normas internas pelos Estados-membros. As Diretivas 75/117, 76/207, 79/07, 86/378, 86/613, 92/85 e 2002/73, são as mais importantes e merecem uma análise mais detalhada.

A Diretiva 75/117, de 10 de fevereiro de 1975, tem uma clara determinação em seu artigo 1º, de regular o artigo 119 do Tratado, um princípio da igualdade de remuneração que visa eliminar qualquer discriminação em função do sexo:

Artigo 1º O princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, que consta do artigo 119º do Tratado e a seguir denominado por «princípio da

³³³DRAY, Guilherme Machado. op. cit., p. 250.

³³⁴BLAINPAIN, Roger; JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail communautaire*. 2. ed. Paris: L.G.J.D., 1995. p. 216.

igualdade de remuneração», implica, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, a eliminação, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, de qualquer discriminação em razão do sexo. Em especial, quando for utilizado um sistema de classificação profissional para a determinação das remunerações, este sistema deve basear-se em critérios comuns aos trabalhadores masculinos e femininos e ser estabelecido de modo a excluir as discriminações em razão do sexo. ³³⁵

Por seu turno, a Diretiva 76/207, de 9 de fevereiro de 1976, regula o acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, e também regula em seu artigo 2º o reconhecimento da discriminação direta ou indireta, segundo a terminologia europeia adotada para a discriminação por efeito adverso:

Artigo 1º 1. *A presente diretiva tem em vista a realização, nos Estados-membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições, de trabalho e, nas condições previstas no nº 2, à segurança social. Este princípio será a seguir denominado por «princípio da igualdade de tratamento».*

2. Tendo em vista assegurar a realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social, o Conselho adotará, sob proposta da Comissão, disposições que especificarão, nomeadamente, o seu conteúdo, alcance e modalidades de aplicação.

Artigo 2º 1. *O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.*

2. A presente diretiva não constitui obstáculo à faculdade que os Estados-membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação as atividades profissionais e, eventualmente, as formações que a elas conduzam, e para as quais, em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício, o sexo constitua um condição determinante.

³³⁵UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 75/117. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31975L0117&model=guichett>. Acesso em: 05set. 2004.

3. *A presente diretiva não constitui obstáculo às disposições relativas à proteção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade.*

4. *A presente diretiva não constitui obstáculo à medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afetam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.º 1 do artigo 1.º.*

Artigo 3.º *1. A aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de seleção, a empregos ou a postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional.*

2. *Para este efeito, os Estados-membros adotarão as medidas necessárias a fim de que:*

a) *Sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento;*

b) *Sejam nulas, anuláveis ou possam ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem em convenções coletivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes;*

c) *Sejam revistas as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento em relação às quais a preocupação de proteção que as inspirou na origem tenha deixado de ter fundamento; e que para as disposições convencionais da mesma natureza, os parceiros sociais sejam convidados a proceder às desejáveis revisões.*

Artigo 7.º *Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para proteger os trabalhadores contra qualquer despedimento que constitua reação do empregador a uma queixa formulada a nível da empresa ou a uma ação judicial com o fim de fazer respeitar o princípio da igualdade de tratamento.*³³⁶

Essa Diretiva trata, em especial, de duas derrogações do princípio geral de discriminação por motivos de sexo, em seu artigo 2.º, item 2, onde é admitida a exclusão em

³³⁶UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva* 76/207. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31976L0207&model=guichett> Acesso em: 05set. 2004.

função da própria atividade profissional e que por sua natureza só possa ser exercida por pessoas de um sexo específico. A segunda, e muito especial para um mecanismo de proteção da mulher grávida, importa o reconhecimento da existência de normas legislativas que venham a proteger a mulher no que tange à gravidez e à maternidade, ou que tenham em vista corrigir desigualdades de fato que afetam as mulheres no acesso de emprego. Essa disposição permite, claramente, uma atitude discriminatória promocional da mulher, para corrigir desigualdades de fato.

A Diretiva 79/07, de 19 de dezembro de 1978, tem por objetivo regular o princípio da igualdade de tratamento perante as relações de seguridade social. Entre suas disposições, merece destaque aquela que trata da discriminação em relação ao trato da seguridade social:

Artigo 4º 1. O princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar especialmente no que respeita:

- *ao âmbito dos regimes e às condições de acesso aos regimes,*
 - *à obrigação de pagar as cotizações e ao cálculo destas,*
 - *ao cálculo das prestações, incluindo os acréscimos devidos na qualidade de cônjuge e por pessoa a cargo e as condições de duração e de manutenção do direito às prestações.*
- 2. O princípio da igualdade de tratamento não prejudica as disposições relativas à proteção da mulher em razão da maternidade.*³³⁷

A Diretiva 86/613, de 11 de dezembro de 1986, trata da aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres que desempenham atividades autônomas, e a Diretiva 92/85, de 19 de outubro de 1992, cuida da aplicação de medidas para promover a segurança e saúde das grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

³³⁷UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 79/07.* CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31979L0007&model=guichett>. Acesso em: 05.09.2004.

Merece especial destaque a Diretiva 97/80, de 15 de dezembro de 1997, norma que veio a tratar do ônus da prova em relação às discriminações por motivo de gênero sexual, e que trouxe importantes considerações sobre a discriminação, ao definir, claramente, a existência de discriminação indireta, e ao fixar o ônus da prova em relação à questão da discriminação na situação em que, apresentados elementos constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, transfere o ônus da prova ao empregador para este demonstrar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento:

Artigo 2º. Definições

1. Para efeitos da presente Diretiva, entende-se por princípio da igualdade de tratamento a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada no sexo.

2. Para efeitos do princípio da igualdade de tratamento referido do nº 1, verifica-se uma situação de discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afete uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por fatores objetivos não relacionados com o sexo.

Artigo 4º - Ônus da prova

1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de fato constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

2. A presente Diretiva não obsta a que os Estados-membros imponham um regime probatório mais favorável à parte demandante.

3. Os Estados-membros poderão não aplicar o disposto no nº 1 aos processos em que a averiguação dos fatos incumba ao tribunal ou a outra instância competente³³⁸.

³³⁸UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 97/80. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31997L0080&model=guichett>. Acesso em: 05set. 2004.

Claramente, as vinte considerações da mencionada Diretiva dão conta de que tais princípios e definições foram tomados na jurisprudência consolidada pela Corte Européia, em processos sobre a matéria discriminatória.

A mais importante norma comunitária em termos de definição da discriminação é recente e veio alterar as disposições da Diretiva 76/207 de modo substancial. A Diretiva 2002/73 veio, entre outras disposições, alterar as definições da Diretiva anterior ao definir exatamente o que seja discriminação, tanto nas modalidades de discriminação direta como na indireta, inspirada nas definições das Diretivas 2000/43 e 2000/78, nos seguintes termos:

2. O artigo 2.o passa a ter a seguinte redação:

"Artigo 2º

1. O princípio da igualdade de tratamento, na aceção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

2. Para efeitos da presente Diretiva, aplicam-se as seguintes definições:

- discriminação direta: sempre que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável,

- discriminação indireta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários,

É possível notar uma grande alteração em relação às definições anteriormente adotadas para discriminação, na União Européia. Em primeiro lugar, é importante destacar a postura de estabelecer definições mais precisas e claras ao contrário da Diretiva 76/207 e das demais disposições anteriores.

Merece, também, destaque a definição geral de que a igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação, seja direta ou indireta. Por outro lado, procura a recente norma definir o que é tanto discriminação direta como indireta, o

que, timidamente, tinha feito a Diretiva 97/80 no trato da discriminação indireta. Porém, em relação à última modalidade, veio a alterar substancialmente seu conceito, ao qualificá-la como situação de *desvantagem comparativa com pessoas de outro sexo*, quando a norma anterior tratava de *afetação em uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo*, portanto desconstituindo o caráter coletivo da definição anterior. E como justificativa para as distinções aceitas, a atual Diretiva afirma a existência de um objetivo legítimo e que os meios para seu alcance sejam adequados e necessários, portanto exigindo razoabilidade e proporcionalidade na medida questionada.

No trato da discriminação direta, entretanto, a enunciação da Diretiva 2002/73 sobre a discriminação direta difere de todas as normas internacionais e nacionais apresentadas neste trabalho, na medida em que caracteriza tal modalidade discriminatória como sendo aquela que, em razão do sexo, venha a propiciar tratamento menos favorável que foi, é ou será dado a outra pessoa em situação comparável. Efetivamente, a definição da discriminação adotada pela referida Diretiva é diferenciada das anteriormente existentes, ao considerar como discriminação a simples existência de um tratamento desfavorável por motivo de sexo.

3.2.6. Componentes dos atos discriminatórios

Uma análise das normas internas, internacionais, comunitárias e alienígenas apresentadas no item anterior permite traçar alguns aspectos comuns sobre a discriminação para, por dedução, estabelecer uma definição adequada ao direito do trabalho. A observação e o estudo dos componentes dos atos discriminatórios alcançam grande destaque no significativo trabalho realizado por Marc Bossuyt, jurista belga que, em uma interessante tese de doutorado³³⁹ sobre a discriminação e o direito internacional dos direitos do homem, traçou alguns princípios sobre o tema mediante exaustiva análise de diplomas internacionais que carregam consigo definições da discriminação.

Também se afigura importantíssimo o trabalho da jurista italiana Marzia Barbera que, voltado para um estudo da discriminação no campo das relações do trabalho,

³³⁹BOSSUYT, Marc. op. cit.

expõe, com muita propriedade, elementos importantíssimos na definição de seus aspectos teóricos. No mesmo sentido, Danièle Lochak, jurista francesa estudiosa do tema, traça também alguns aspectos teóricos muito importantes sobre a discriminação, com grande profundidade, mas com menor envergadura, por se tratar de um artigo. No mesmo sentido e formato, a também francesa Marie-Thérèse Lanquetin faz um relevante estudo sobre os aspectos da discriminação por motivo de gênero sexual, partindo do estudo de Marc Bossuyt, mas estabelecendo algumas divergências.

A metodologia do estudo dos componentes da discriminação é formada na observação dos conceitos previstos nas normas até agora analisadas, conjuntamente com posições doutrinárias de outros juristas sobre o tema. Esta comunhão de conceitos visa identificar elementos comuns na discriminação, para elaboração de um conceito. É possível tomar como referência metodológica inicial o estabelecimento de três elementos vislumbrados em um ato discriminatório: 1) uma distinção, 2) um motivo, 3) o objetivo ou o efeito dessa ação. O desenvolvimento da análise mais aprofundada desses três aspectos permitirá traçar um caminho em busca de uma definição do ato discriminatório em geral, e depois nas relações do trabalho.

3.2.6.1. Uma determinada ação ou comportamento de distinção

Danièle Lochak afirma que um ato discriminatório, pela sua natureza de ato, depende de uma determinada ação de distinção. Complementa a jurista francesa que, etimologicamente, discriminar é fazer uma distinção entre objetos, estabelecer entre eles uma separação, uma diferenciação a partir de seus traços distintivos. Como já foi visto no início deste capítulo, Jorge Luiz Souto Maior pactua do mesmo pensamento³⁴⁰. Atualmente, observa Lochak, a palavra *discriminação* assumiu uma conotação negativa que anteriormente não possuía na linguagem comum. Não se trata de simplesmente separar, mas de hierarquizar, de tratar desfavoravelmente as vítimas de uma discriminação. Assim, a expressão *discriminatória* designa, exclusivamente, um comportamento ou um ato que tende a distinguir um grupo humano ou uma pessoa de outras equivalentes, em seu

³⁴⁰SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 97.

detrimento³⁴¹. O termo teria sofrido uma evolução histórica de simples e neutra idéia de separação para um conteúdo mais pejorativo, como bem ressalta Luis Gabriel Martinez Rocamora³⁴². Alice Monteiro de Barros acompanha os pensamentos acima propostos esclarecendo a origem anglo-americana da expressão *discriminação* como o caráter infundado de uma distinção³⁴³.

Nessa esteira, podemos entender que o verbo discriminar pode ter várias feições, neutras em princípio, mas negativas quando leva prejuízo a determinada pessoa ou grupo. Esse foi o sentido da Diretiva 2002/73 da União Européia, retratada no item 3.2.5, ao definir que a discriminação importa sujeição a tratamento menos favorável comparado com outra pessoa. Da mesma opinião da norma européia já comungava anteriormente Daniel Peyton, autor britânico³⁴⁴, ao entender, bem antes da publicação da norma comunitária em referência, que a discriminação consiste no tratamento menos favorável por motivos de sexo ou raça. Marie-Thérèse Lanquetin define que o caráter pejorativo da distinção injustificada constitui uma discriminação³⁴⁵. Por seu turno, Danièle Lochak ressalta que não basta o tratamento aparente ser discriminatório ao senso comum. Discriminar não é apenas tratar pior, mas sim estabelecer distinções que não são aceitas por disposições do direito positivo³⁴⁶.

A distinção é o antônimo da igualação. Portanto, a relação da distinção com a própria idéia da igualdade é fundamental, pois uma distinção parte sempre da comparação de uma pessoa em relação a outra, a um grupo ou a um modelo estabelecido ou desejado. Se são idênticos, têm a igualdade; se diferentes, verifica-se a distinção. Se a discriminação pode ser tratada, em uma primeira aproximação, como a vertente negativa do princípio da igualdade, esta pressupõe uma atividade de comparação segundo Amauri Mascaro Nascimento³⁴⁷.

³⁴¹LOCHAK, Danièle. Reflexions sur la notion de discrimination. *Droit Social*, Paris, n. 11, p. 778, nov. 1987.

³⁴²MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998. p. 165.

³⁴³BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 39.

³⁴⁴PEYTON, Daniel. *Sex & race discrimination law*. London: Blackstone Press, 1999. p. 4.

³⁴⁵LANQUETIN, Marie-Thérèse. La discrimination à raison du sexe em droit communautaire. *Droit Social*, Paris, n. 12, p. 807, déc. 1988.

³⁴⁶LOCHAK, Danièle. op. cit., p. 779.

³⁴⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador, cit., p. 909.

Norberto Bobbio explica que existe dificuldade em estabelecer um significado descritivo da igualdade, na medida em que se reveste de indeterminação quando ela é isoladamente mencionada. Não seria possível afirmar que “X é igual”, mas “X é igual a alguém e em alguma coisa”³⁴⁸. Assim, conclui Bobbio que a diferença do conceito da igualdade e seu valor em relação à liberdade pressupõe, para sua aplicação, uma pluralidade de entes para estabelecer qual relação existe entre eles³⁴⁹. Pode ser deduzido, então, que essa relação de consideração da igualdade advém de uma comparação, seja ela referente a uma outra pessoa, a um outro grupo de pessoas ou, até mesmo, a um modelo previamente estabelecido ou desejado.

Marc Bossuyt refere-se ao tratamento discriminatório como aquele que não pode ser tomado isoladamente. É necessário, portanto, sempre comparar o tratamento recebido por uma pessoa com os demais³⁵⁰. A doutrina norte-americana formada nos precedentes da Suprema Corte daquele país propõe duas modalidades de discriminação: Uma por tratamento diferenciado, considerando-se a discriminação intencional, e a outra, por impacto diferenciado, considerando-se a discriminação por efeito adverso³⁵¹. Em ambas, temos sempre em consideração a existência de uma diferenciação a qual, em um caso concreto, deverá ser verificada. Portanto, constata-se que a igualdade é um conceito relacional e, por consequência, necessita de comparação.

A verificação da discriminação demanda, portanto, inicialmente, a constatação de um tratamento diferenciado, de diferenciação entre as pessoas ou grupos envolvidos. Esta primeira postura é essencial e condiciona toda a seqüência do raciocínio na busca da identificação da discriminação, segundo Danièle Lochak³⁵².

Havendo comparação, e não havendo identidade em um determinado fator, será constatada uma diferença em relação a um determinado aspecto, objeto da análise. Se um determinado ato ou comportamento, seja ele qual for, incorrer em um trato diferencial em determinado aspecto crucial para a questão, o ato ou comportamento será considerado uma *distinção*.

³⁴⁸BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 53.

³⁴⁹Id. *Ibid.*, p. 55.

³⁵⁰BOSSUYT, Marc. *op. cit.*, p. 34.

³⁵¹RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law*. New York: Foundation Press, 2001. p. 56.

³⁵²LOCHAK, Danièle. *op. cit.*, p. 779.

Concordando com a constatação de uma *diferença de tratamento*, são verificadas as opiniões de Rodolfo Pamplona Filho³⁵³, Elisa Maria Brant de Carvalho Malta e Vera Lúcia Carlos³⁵⁴, Antoine Lyon-Caen³⁵⁵ e Alice Monteiro de Barros³⁵⁶. Essa última afirmou que a discriminação pressupõe um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável³⁵⁷, destacando a doutrina italiana, em especial apoiada em Maria Vittoria Ballestrero, ao se posicionar no sentido de que a discriminação traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem³⁵⁸.

Essa ação ou comportamento pode se externalizar de formas muito variadas, praticamente impossíveis de serem enumeradas ou tipificadas. Como exemplo, as leis brasileiras que visam considerar como delitos a prática de racismo verificadas no item 3.2.1., procuram tipificar alguns atos mais comuns da conduta humana que importam em discriminação, para os efeitos penais ali previstos. Já alguns diplomas internacionais preferem qualificar ações ou comportamentos de modo mais genérico, permitindo ao aplicador associar um ato supostamente discriminatório a uma dessas ações ou comportamentos genéricos.

A distinção pode ocorrer de duas formas, seja nos tratamentos distintos aplicados a duas pessoas ou grupos que possuam uma identidade em um tópico relevante em questão ou, de modo inverso, na aplicação de um mesmo tratamento a duas pessoas ou grupos que não possuam identidade em um aspecto relevante na questão do tratamento empregado.

Os textos internacionais das Nações Unidas e da OIT relativamente à discriminação trazem uma série de qualificações de atos que seriam considerados discriminatórios, na maior parte afirmando que seriam aqueles que ocasionariam uma *distinção, exclusão, limitação ou preferência fundada*. Segundo Marc Bossuyt, todas estas expressões têm um componente comum, aquela idéia já referida de *diferença de tratamento*. Esta, por si só, é uma expressão perfeitamente neutra, como anteriormente se

³⁵³PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, Goiânia, ano 7, n. 9, p. 54, nov. 2001.

³⁵⁴MALTA, Elisa Maria Brant de Carvalho; CARLOS, Vera Lúcia. A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS no emprego e seu direito à reintegração. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, n. 104, p. 78, out./dez. 2001.

³⁵⁵LYON-CAEN, Antoine. L'égalité et la loi en droit du travail. *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 73, jan. 1990.

³⁵⁶BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 39.

³⁵⁷Id. Ibid., p. 40.

³⁵⁸BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Dalla tutela alla parità; la legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna: Società Editrici Il Mulino, 1979, p. 250. *apud* BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 39.

considerava a palavra discriminação como mera separação. Porém, para a consideração de uma discriminação juridicamente reprovável, outros elementos são necessários para completar a sua definição e resultar em um tratamento comparativamente desfavorável e proibido³⁵⁹.

E arremata o jurista belga que os termos *exclusão*, *limitação* e *restrição*, os quais acompanham a expressão *distinção* nos tratados internacionais, não são outra coisa senão uma especificação mais possante da noção da última. Se os termos *exclusão*, *limitação* e *restrição* têm uma acepção negativa, o termo *preferência* é positivo em relação a um terceiro que é favorecido e negativo a quem sofreu tratamento diferenciado em relação a esse. Assim, tudo depende assim da ótica sobre a qual é vista a diferença de tratamento. Com efeito, aquele que recebe tratamento mais favorável na distinção, falará de uma preferência, aquele que sofre um tratamento desfavorável em uma distinção, falará em uma exclusão, uma limitação ou uma restrição. Apesar da conotação negativa ou positiva dos últimos termos, contudo não adquiriram um significado próprio suficiente para designar as distinções ilegítimas. Somente o termo *discriminação* designa exclusivamente as distinções ilegítimas, dentro da terminologia do direito internacional dos direitos do homem, objeto de estudo da sua tese sobre a proibição da discriminação³⁶⁰.

As ações ou comportamentos que resultem em discriminações diretas podem ser divididos em duas categorias, como convergem Danièle Lochak e Marie-Thérèse Lanquetin, a segunda de modo mais preciso e cujos termos são aqui referendados: A primeira categoria de ações são aquelas efetivadas pelas normas jurídicas de origem legal, regulamentar, convencional ou contratual, que venham a promover distinções por critérios proibidos pela norma constitucional ou internacional³⁶¹. Já a segunda categoria é integrada dentro da relação de trabalho, quando uma autoridade pública ou privada toma uma decisão que seja implícita ou explicitamente discriminatória³⁶². Podemos assim classificar os atos ou comportamentos discriminatórios em atos normativos ou atos decisórios.

³⁵⁹BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 34.

³⁶⁰Id. Ibid., p. 34-35.

³⁶¹LANQUETIN, Marie-Thérèse. op. cit., p. 812.

³⁶²Id., loc. cit.

3.2.6.2. Um motivo

Um dos pontos mais delicados de todo o estudo da discriminação se encontra na motivação do tratamento diferenciado anteriormente destacado. Marc Bossuyt afirma que o motivo é a base sobre a qual uma discriminação poderia estar fundada³⁶³. Mas sua opinião não é unânime, ao contrário, existem opiniões tanto de origem doutrinária, como de origem jurisprudencial, no sentido de que o motivo não seria necessário para a caracterização da discriminação, ao se conferir exclusivamente ao arbítrio, um caráter de componente discriminatório que torne desprezível o motivo da distinção efetuada.

A questão da motivação do ato discriminatório é uma das mais complexas análises sobre o tema, pois para o senso comum um ato discriminatório é baseado em algum motivo, em algum fator levado em conta como fundamento da distinção proibida. Nessa esteira, para que haja discriminação, ela deve ocorrer por algum motivo que tenha influenciado tanto a discriminação normativa como a decisória. Com efeito, como já foi observado anteriormente nos itens 3.2.1 a 3.2.5., praticamente todos os diplomas legais de ordem interna ou externa contêm uma enumeração de motivos para a consideração de um ato ou comportamento como discriminatório. Duas questões fundamentais emergem do componente *motivo* para a consideração de uma discriminação e merecem um estudo mais aprofundado.

A primeira questão reside no fato de que os diplomas nacionais e internacionais, com poucas exceções, trazem uma quantidade razoável, porém limitada, de motivos para a consideração de um ato ou comportamento como discriminatório. Dessa enumeração extrai-se uma indagação importante: seriam taxativas essas relações de motivos, sem possibilidade de ampliações, ou seriam apenas indicativas, sem qualquer conotação exaustiva. No panorama jurídico brasileiro atual, esse debate assume crucial importância, na medida em que o artigo 3º, IV, da atual Constituição, afirma claramente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem comum sem preconceitos ali estabelecidos, ou quaisquer outras formas de discriminação. Haveria, portanto, a possibilidade de considerar que na ordem jurídica brasileira, qualquer indicação de motivos para qualificação de atos discriminatórios seria meramente indicativa

³⁶³BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 41.

em atendimento ao comando constitucional? É a primeira pergunta que surge na apreciação da motivação da discriminação.

A segunda, essencial para a constituição de uma definição teórica mais precisa sobre a discriminação, é a efetiva necessidade de existir um ou mais motivos para configuração de um ato ou comportamento discriminatório, ou poderia considerar-se a existência da discriminação sem qualquer motivo, baseando-se exclusivamente no arbítrio?

A resposta da primeira questão passa a ter início na observação de que, entre os diplomas legais verificados nesta pesquisa nos itens 3.2.1. a 3.2.5., é possível distinguir duas posturas de enumeração de motivos dos atos discriminatórios. A primeira é verificada quando um diploma traz uma pluralidade de motivos que permitem considerar uma atitude como discriminatória. Já uma segunda é observada nas normas analisadas, quando elas trazem um único motivo para consideração de discriminação, ou, quando muito, trazem alguns motivos inter-relacionados entre si, voltados para uma finalidade comum ou próxima entre os motivos elencados, *e.g.* as discriminações por gênero sexual ou raça.

Marc Bossuyt afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem aparentemente deixava uma enumeração limitativa dos motivos para a discriminação. Já a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem teria adotado os quatro motivos constantes na Carta das Nações Unidas, bem como a expressão *ou qualquer outro fator*, sendo o primeiro texto internacional a adotar tal expressão, deixando claro que a indicação ali realizada era puramente indicativa³⁶⁴. Mas a Declaração Universal, segundo o jurista belga, possuía caráter meramente indicativo, conforme pode ser extraído dos trabalhos de preparação daquele diploma, que não deixam qualquer dúvida a respeito³⁶⁵. E conclui que, geralmente, a doutrina tem aceitado o caráter indicativo da enumeração dos motivos, sendo que somente no caso da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotado um caráter limitativo como exceção à regra geral indicativa, por se tratar de um motivo excepcional em que as Nações Unidas se dedicou a combater³⁶⁶.

Já Marzia Barbera realça que o rol dos motivos ilícitos na Convenção 111 da OIT não é taxativo, na medida em que a própria Convenção permite que o elenco feito no texto convencionado pode ser integrado com outros motivos operados pelos Estados

³⁶⁴BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 44.

³⁶⁵Id. Ibid., p. 56.

³⁶⁶Id. Ibid., p. 60.

Membros³⁶⁷. A condição de enumeração aberta da Convenção 111 permite assumir um princípio de não limitação dos motivos da discriminação nas relações do trabalho.

Nesse sentido, a atenção se volta para discriminações nas relações do trabalho e, algumas delas, muito comuns atualmente, não são previstas em qualquer ordenamento jurídico interno ou internacional. Apenas em caráter ilustrativo é importante destacar as discriminações motivadas no porte do vírus HIV da SIDA/AIDS, necessidades especiais para o exercício do trabalho, antecedentes criminais, orientação sexual, estado civil, fertilidade, idade de serviço militar, obesidade, falta de “boa aparência” (as aspas se referem à impossibilidade de definição de tal critério, muito utilizado nos anúncios de emprego), ser reclamante em processo trabalhista, opção política, enfim, uma série de motivos não prescritos nas normas mais conhecidas, mas que não deixam de ser consideradas discriminações e assim devem ser tratadas.

Diante do que foi verificado, fica muito claro que, como princípio, as enumerações de motivos nos diplomas anti-discriminatórios não são limitativas, mas tão somente indicativas, salvo quando determinada norma pretender atacar uma motivação específica de discriminação.

Um aspecto interessante a ser verificado neste estudo sobre os motivos da discriminação é a possibilidade da existência de mais de um motivo em um ato ou comportamento discriminatório como seu causador. A teoria dos motivos mistos (*mixed motives*) revela que muitas vezes a dificuldade de se demonstrar a ocorrência da discriminação decorre do fato de que o ato configurador da prática discriminatória resulta de mais de um motivo, alguns deles legítimos, como bem esclarece e comenta Joaquim Barbosa Gomes³⁶⁸. Esta teoria foi consagrada em um célebre e rumoroso processo judicial norte-americano sobre discriminação por estereótipo sexual (*Price Waterhouse v. Hopkins*), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1989. Do teor da referida decisão é possível verificar um posicionamento explícito da Suprema Corte norte-americana no sentido de que as disposições do artigo 703, a, 1, do *Civil Rights Act*, não enumeram exaustivamente os motivos constantes da referida norma, afirmando que a disposição legal que diz que *por causa de (because of)*, ao enumerar os motivos discriminatórios, não significa *apenas por causa de (solely because of)*. Fundamentou aquela corte no sentido de que o título VII do

³⁶⁷BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 94.

³⁶⁸GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 170.

referido diploma quis condenar até mesmo aquelas decisões baseadas em uma mistura de considerações legítimas e ilegítimas. Assim, disse o voto condutor do Juiz Brennan, quando um empregador considera tanto o gênero sexual como fatores legítimos ao tomar uma decisão, ela será tomada *por causa* do gênero, ainda que outras considerações legítimas tivessem sido levadas em conta³⁶⁹.

A decisão acima relatada aponta que, na hipótese de um caso concreto apontar mais de um fator como motivo de um ato ou comportamento, sendo pelo menos um deles ilegítimo, ainda que os demais não, haverá motivação para impugnação da decisão considerando-a discriminatória. Daí, é possível concluir também que, diante da expressa consideração da Suprema Corte norte-americana, os motivos enumerados pela legislação federal local (*Title VII – Civil Rights Act*) não são limitativos, mas indicativos. A decisão da Suprema Corte norte-americana influenciou uma emenda legislativa feita pelo Congresso Nacional dos EUA, na qual o texto legal acolhe a doutrina em questão e deixa claro que se um dos motivos indicados no diploma (raça, cor, religião ou origem nacional) foi o fator motivador da decisão, ela é considerada ilegal, ainda que outros fatores também tenham motivado o ato³⁷⁰.

Um outro aspecto importante sobre a fixação de um ou mais motivos revela-se sobremaneira importante na consideração da discriminação, principalmente no seu controle judicial. Na discussão sobre a existência concreta ou não de discriminação, o motivo poderá levar a um parâmetro de controle judicial de um ato, como alguns posicionamentos jurisprudenciais assim têm adotado, e uma controvertida regra processual vem sendo reiteradamente adotada pela Suprema Corte norte-americana. Roger Raupp Rios descreve a *equal protection doctrine* como uma doutrina norte-americana de princípio de proibição de discriminações ou como princípio de proibição de subjugação de pessoas, formulada no direito constitucional norte-americano, que tem por função precípua aferir a constitucionalidade de classificações e distinções operadas pela atividade estatal³⁷¹. O jurista gaúcho destaca que, no direito norte-americano, a doutrina acima descrita pode estabelecer três parâmetros de controle judicial, sendo que o motivo desencadeia a

³⁶⁹ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 252. *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989).

³⁷⁰GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA*, cit., p. 175. Também em ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 258. 42 U.S.C. § 2000e-2(m).

³⁷¹RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

utilização de um critério mais rígido ou não na apreciação da constitucionalidade de uma distinção questionada³⁷². Um motivo de diferenciação como raça, por exemplo, diante da perversidade que poderá estar contida em uma distinção motivada por tal fator e por fatores históricos naquele país, pede uma justificação mais rígida assim conhecida como *strict scrutiny*. A raça, por exemplo, enseja o mais rigoroso exame possível no controle da medida diferenciadora questionada e impõe um pesadíssimo ônus de sua justificação. Esse rigor já foi pronunciado no caso *Korematsu v. United States*³⁷³, no qual, a atitude da Corte em adotar aquele procedimento foi demonstrada no voto do Juiz Black nos seguintes termos: *Deve-se notar, para começar, que todas as restrições legais que cerceiam os direitos civis de um único grupo são imediatamente suspeitas. Isso não quer dizer que todas essas restrições sejam inconstitucionais. Quer dizer que os tribunais devem submetê-las ao mais rigoroso exame. A necessidade pública premente pode as vezes justificar a existência de tais restrições; o antagonismo racial nunca o pode*³⁷⁴. Já outros motivos pedem apenas uma demonstração de razoabilidade da medida (*rational relationship test*), ou um critério intermediário entre os dois (*intermediate scrutiny*), como meios de aferição de sua constitucionalidade.

Relativamente à segunda questão formulada no início deste sub-tópico, a doutrina e a jurisprudência divergem ao exigir que um motivo pelo menos deva ser constatado, para que se entenda uma norma ou atitude como discriminatória. Decisões da Corte de Direitos Humanos Européia citadas por Marc Boyssut entenderam que o motivo não figurasse como critério necessário para configuração de discriminação³⁷⁵. O autor contesta o posicionamento tomado por aquela Corte, esclarecendo que o motivo é um elemento necessário e primordial, ainda que não suficiente, para a caracterização da discriminação³⁷⁶.

Mas Danièle Lochak, por sua vez, afirma que a discriminação é a distinção ou a diferença de tratamento ilegítima: ilegítima visto que arbitrária e proibida porque é

³⁷²RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 70.

³⁷³323 U.S. 214 (1944). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <http://laws.findlaw.com/us/323/214.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

³⁷⁴*It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.*

³⁷⁵BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 119.

³⁷⁶Id. Ibid., p. 120.

ilegítima³⁷⁷. Alice Monteiro de Barros disse que a discriminação é o caráter infundado de uma distinção³⁷⁸, ou seja, se desprovido de fundamento, é desprovida de motivo e assim, pressupõe não ser necessário para sua caracterização. A neutralidade do motivo reside na definição de Rodolfo Pamplona Filho, ao mencionar que a discriminação é o tratamento desigual ou preferencial de alguém, prejudicando outrem³⁷⁹. Rémy Hernu afirma claramente que um tratamento arbitrário representa uma discriminação já que, dentro de seu exercício de poder discricionário, a autoridade não faz repousar a sua escolha sobre motivos razoáveis e objetivos³⁸⁰, completando mais adiante em sua obra que um comportamento arbitrário é discriminatório³⁸¹.

Convém, então, estudar o que seja o arbítrio, para verificar a correção das assertivas acima apontadas. O estudo do elemento *arbítrio* na análise de uma possível discriminação é fundamental, seja isoladamente como um elemento de caracterização da discriminação. Se tratada a discriminação por alguns autores tão somente como uma distinção arbitrária, o estudo do que seja efetivamente o arbítrio se afigura essencial para chegar a uma conclusão sobre a questão.

É possível entender o arbítrio como vontade determinante sem observar qualquer regra, fruto do capricho e sem restrições, mas como compreender o arbítrio nas situações de discriminação é o desafio que deve ser enfrentado.

Um clássico estudo sobre a análise da quebra da igualdade real de tratamento serve como excelente ponto de partida. Nesse sentido, o estudo de Celso Antonio Bandeira de Mello sobre ao conteúdo do princípio da igualdade permite descrever e concluir que uma violação do princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro deve possuir as seguintes situações³⁸²:

- a) (para o caso das leis, mas que podem ser aplicadas no caso de normas internas) A norma que singulariza atual e definitivamente um

³⁷⁷LOCHAK, Danièle. op. cit., p. 778.

³⁷⁸Vide nota nº 5.

³⁷⁹PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 54.

³⁸⁰HERNU, Rémy. *Príncipe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes*. Paris: L.G.D.J., 2003. p. 437.

³⁸¹Id., loc. cit.

³⁸²MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 47.

destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas;

- b) Adotar como elemento discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas;
- c) A discriminação efetuada não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
- d) A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente;
- e) A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

O notável constitucionalista aponta no item “b” da conclusão de sua clássica obra, que o elemento discriminador não reside nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas, ou seja, um *elemento* externo à situação em tela deve existir, o que seja, a distinção fundada em um motivo qualquer. Esse, por sua vez, não deveria guardar alguma relação de pertinência lógica com a disparidade.

Joaquim Augusto Domingos Damas afirma que o tratamento desigual pode ser justificado e até exigido por recair sobre pressupostos de fato que, em si mesmos, são desiguais. O desigual tratamento tem unicamente como limite o arbítrio, quer dizer, a falta de uma justificação objetiva e razoável³⁸³. Arion Sayão Romita acompanha o jurista português em um artigo ímpar, ao afirmar que se proíbe a distinção não assente em um fundamento razoável, sendo que as distinções são lícitas quando não são arbitrárias, podendo ser aceitáveis e plenamente justificáveis quando não forem discriminatórias,

³⁸³DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. op. cit., p. 119.

podendo até mesmo ser fator de igualdade³⁸⁴. E arremata o referido jurista que esta nova visão da igualdade é a vedação geral do arbítrio³⁸⁵.

José Cretella Jr. define que o arbítrio é a ação em desacordo com a norma jurídica de um determinado sistema, sendo uma faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, desobedecendo mesmo a toda e qualquer norma jurídica³⁸⁶. Em outra obra, o mesmo autor define em um verbete enciclopédico que o arbítrio, para efeitos do direito administrativo, é a liberdade típica do ser irracional, característica do mundo em que impera a violência, os apetites fundamentados na força, limitada apenas pelas impossibilidades naturais³⁸⁷.

Danièle Lochak define que para uma diferença de tratamento ser aceitável não é suficiente existir diferença de tratamento, será necessário ainda que a distinção possa ser justificada racionalmente, que ela seja pertinente à relação ao objetivo da regulamentação e, portanto, que ela não seja “arbitrária”³⁸⁸. E completa deixando claro que esta definição não é fácil, na medida em que nada é mais difícil de definir que o arbítrio, quando se examina a diligência hesitante das instâncias encarregadas dessa delicada tarefa³⁸⁹.

Como princípio do direito do trabalho, assim enunciado por Américo Plá Rodriguez, a razoabilidade se fundamenta na afirmação de que as relações trabalhistas devem ser tomadas de acordo com a razão. Assim está estruturada toda a ordem jurídica em torno de critérios de razão e de justiça, já que o homem deve agir razoavelmente, e não arbitrariamente, portanto sendo uma a antítese da outra³⁹⁰.

Resta aprofundar o que seja uma justificação razoável e, nesse sentido, estudos de constitucionalistas renomados podem ajudar a definir essa complexa questão. Um deles merece grande destaque por sua clareza e pertinência ao tema.

³⁸⁴ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 28.

³⁸⁵Id. Ibid., p. 29.

³⁸⁶CRETELLA JR., José. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 122 e 123.

³⁸⁷Id. Arbítrio. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7. p. 409.

³⁸⁸LOCHAK, Danièle. op. cit., p. 780.

³⁸⁹Id., loc. cit.

³⁹⁰PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. tir. Trad. de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1994. p. 251.

Luís Roberto Barroso faz um destacado estudo sobre a razoabilidade no direito constitucional brasileiro, ao afirmar que é um princípio que permite controlar a discricionariedade legislativa e administrativa e autoriza aferir se determinados atos estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça³⁹¹. É, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre os motivos, os fins e os meios³⁹². O princípio permite que sejam invalidados atos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha³⁹³.

Assim, conclui o renomado constitucionalista que sendo permitido distinguir pessoas e situações para o fim de lhes dar tratamento jurídico diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente toleráveis. Para tanto, deverão ter um fundamento razoável para obter-se um fim legítimo, devendo, portanto, a desigualdade submeter-se a um teste de razoabilidade interna e externa³⁹⁴. Sustenta o jurista que não é legítima, de plano, a desigualdade aleatória, caprichosa, arbitrária, o elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas, não podendo ser alheio ou externo a elas³⁹⁵. E conclui que o princípio da razoabilidade interage com o da isonomia, sendo um parâmetro pelo qual se visa aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é ilegítimo³⁹⁶.

No aspecto da definição discriminatória, a razoabilidade é fundamental para a análise da existência de um ato ou comportamento discriminatório. É possível extrair de vários diplomas internacionais ou internos a previsão de razoabilidade como elemento de descaracterização de uma discriminação. A mais importante delas reside na Convenção 111

³⁹¹BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). op. cit., p. 97.

³⁹²Id., Ibid., p. 30.

³⁹³Id., Ibid., p. 31.

³⁹⁴Id., Ibid., p. 34.

³⁹⁵Id., loc. cit.

³⁹⁶Id., Ibid., p. 35.

da OIT, onde uma emenda proposta pela delegação inglesa³⁹⁷ incluiu o item 2, no primeiro artigo da referida norma:

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Verifica-se, na previsão da referida Convenção, uma clara determinação de razoabilidade. Segundo ela, não configura discriminação a distinção razoável em decorrência das próprias necessidades do trabalho, ainda que por um motivo expressamente previsto, desde que não venha a ferir a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, a norma norte-americana sobre a discriminação (Title VII – Civil Rights Act) também faz sua previsão de razoabilidade na aplicação daquele diploma, justamente quando pressupõe que a religião, sexo ou origem nacional (sem incluir a raça) é uma qualificação ocupacional de boa fé razoavelmente necessária para a operação do negócio, conforme demonstrado no item 3.2.4.

O instituto da *Bona Fide Occupational Qualification* (conhecida pela sigla BFOQ e que quer dizer Qualificação Ocupacional de Boa Fé), foi definido no célebre caso *Internation Union v. Johnson Controls, Inc.*. Nesta decisão, a Suprema Corte definiu a BFOQ como uma alegação de defesa formulada pelo empregador, ao apontar os vários termos de restrição, conforme previsão legal e limitar as situações onde a discriminação é permissível em “certas instâncias”. Pode a referida alegação de defesa assegurar onde a discriminação por sexo é “razoavelmente necessária” para a “operação normal” de uma atividade empresarial específica³⁹⁸.

Diante do que foi exposto, o que não for razoável passa para o campo do arbítrio e, havendo distinção arbitrária, há grave ferimento à isonomia, adquirindo aí sua antijuridicidade.

³⁹⁷NIELSEN, Henrik Karl. Discrimination and lawful distinction in employment: the approach by the ILO. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 14, n. 4, p. 404, Dec. 1996.

³⁹⁸FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 151. 499 U.S. 187, S. Ct. 1196, 113L. Ed. 2d 158.

Mas aí reside o ponto chave da discussão. Há uma clara e inafastável proposição de que o arbítrio é o contrário da igualdade. Porém, como a discriminação também tem o mesmo sentido, por lógica pode levar ao entendimento de que o arbítrio seria equivalente à discriminação, como foi mencionado por alguns autores. Esse entendimento não pode ser aceito da forma proposta.

Guilherme Machado Dray aponta que a motivação para uma exclusão por meio de um ato discriminatório não é arbitrária e não se funda na situação de “discriminar por discriminar”³⁹⁹. Ao contrário, a discriminação deverá ser constatada quando, em função de um dos indicados fatores de diferenciação categoriais, haverá a discriminação se presentes os demais elementos (distinção, exclusão ou preferência, em detrimento de algum trabalhador, comprometendo ou destruindo direitos em condições de igualdade)⁴⁰⁰.

Afirma Canotilho que o princípio da igualdade é dirigido ao legislador relativamente às obrigações de constituição de um direito igual em uma fórmula universal, bem como a exigência de igualdade material por meio da lei e ser uma igualdade justa e que implique a proibição geral do arbítrio no trato desigual de cidadãos⁴⁰¹. Manuel Alonso Olea entende que a exigência da igualdade se perfaz com uma interdição da arbitrariedade imposta aos poderes públicos pela Constituição espanhola, interdição aplicável às relações de trabalho. Nela, as condições de trabalho não podem variar entre os trabalhadores, devendo ser estabelecidas condições iguais de trabalho, salvo se houver razão justificada, classificando como primeiro princípio a exigência de igualdade, e como segundo princípio a proibição de discriminação⁴⁰², diversa do primeiro.

Martinez Rocamora assevera que o princípio comum de igualdade é uma interdição do arbítrio, formulado na diferenciação de um juízo de identidade, com a existência de um termo de comparação lícito, concreto e adequado, identificando a situação com os demais trabalhadores. Por outro lado, a justificação se faria com a razoabilidade e a proporcionalidade⁴⁰³. E completa mais adiante que a discriminação supõe uma proteção mais enérgica que a mera desigualdade comum ou geral, pois leva a uma afirmação mais forte e intensa dos valores constitucionais protegidos, não somente ofendendo os interesses

³⁹⁹DRAY, Guilherme Machado. op. cit., p. 319.

⁴⁰⁰Id. Ibid., p. 316.

⁴⁰¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., 6. ed. p. 428.

⁴⁰²ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*, cit., p. 371-372.

⁴⁰³MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. op. cit., p. 154-162.

individuais em jogo, como atentando contra o interesse coletivo representado no valor constitucional⁴⁰⁴. E qual o valor constitucional em questão? A dignidade da pessoa humana é violada quando praticado o ato discriminatório.

José Carlos Vieira de Andrade esclarece esta conexão, ao afirmar que o princípio da igualdade deverá ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto *proibição de discriminações* que atinjam intoleravelmente a *dignidade da pessoa humana* dos discriminados⁴⁰⁵. E essa afirmação mais forte e intensa do valor constitucional da dignidade da pessoa humana somente pode ser explicada pela existência de um motivo para que seja efetivada a distinção proscrita. Ingo Sartlet, apoiado em Podlech, deixa claro que constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia de isonomia de tratamento de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc.⁴⁰⁶.

Nesse sentido é bom lembrar o preâmbulo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, o qual afirma claramente que *a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e o respeito da dignidade humana*⁴⁰⁷. O próprio texto internacional deixa claro que a discriminação não somente ofende a igualdade, o que seria a situação da decisão arbitrária, mas ofende a dignidade da pessoa humana na medida em que nega valores fundamentais da pessoa em função do motivo operado pela discriminação, que tem um efeito danoso muito grande, muito maior que a quebra da paridade de tratamento.

É possível também distinguir a ofensa causada pelo trato desigual da ofensa causada pela discriminação, na medida em que cada uma ofende diversas situações de igualdade. Marzia Barbera explica muito bem esse diferencial como fundamento para distinguir a discriminação do trato desigual. Sustenta a jurista italiana que a discriminação

⁴⁰⁴MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. op. cit., p. 165.

⁴⁰⁵ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 270.

⁴⁰⁶PODLECH, Anmerkungen zu art. 1 Abs GG, in R. WASSERMANN (org.), Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (AlternativeKommentar), vol. I, 2ª ed. Ed. Luchterhand, Neuwied, 1989, in SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 115.

⁴⁰⁷NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14.11.1983. Ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto n.º 89.406, de 20.3.1984.

se realiza não somente em uma disparidade de tratamento violando a igualdade perante a lei ou de trato, mas do mesmo modo é uma conduta que produz uma desigualdade de oportunidades, pois provocaria uma menor distribuição de chances entre os sujeitos discriminados, ou seja, transversalmente um processo que retribui de modo desigual a oportunidade de ascensão a um determinado bem⁴⁰⁸.

Nesse aspecto, Marie-Thérèse Lanquetin é feliz ao afirmar que a função do motivo é determinante, dado que é ele que permitirá definir que se trata de uma discriminação ou uma diferenciação proibida por violar somente a igualdade de tratamento. O problema chave da discriminação é, efetivamente, o destaque da relação entre a diferença de tratamento e a razão que determina essa diferenciação⁴⁰⁹.

Uma diferenciação arbitrária é desprovida de razoabilidade e objetividade o que, por si só, não poderia ser considerada discriminatória, sem que houvesse um motivo. Com efeito, o arbítrio pode ser verificado tanto pela existência de uma motivação que não venha revestida da necessária razoabilidade e objetividade, como também, despida de qualquer razão, qualquer uma que seja. A possibilidade de ausência de qualquer razão configurar o arbítrio é o ponto chave da diferenciação entre o arbítrio e a discriminação. Uma decisão arbitrária pode ser tomada por motivos alheios aos decisivos para configuração da razoabilidade, ou mesmo sem motivo algum, fruto do capricho ou da aleatoriedade. E nessa última situação podemos entender que jamais haveria discriminação, posto que ficaria sem resposta a célebre indagação por qual motivo haveria sido discriminada determinada pessoa.

Insta voltar a lembrar a lição de Gilmar Mendes sobre a diferenciação dada pela doutrina alemã, no sentido de que a isonomia tanto pode ser vista como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*) como a proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*)⁴¹⁰. Neste sentido, Marzia Barbera, apoiada na lição de Rodriguez Piñero e Fernandez López, assevera que o princípio de não discriminação constitui *um mandato especial que, por quanto derivado do princípio de igualdade, vai muito além e diz qualquer coisa distinta do mandato de igual proteção da lei*".

⁴⁰⁸BARBERA, Marzia. op. cit., p. 97.

⁴⁰⁹LANQUETIN, Marie-Thérèse. op. cit., p. 808.

⁴¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 43.

Portanto, a constatação de um motivo é essencial para distinguir uma discriminação de um ato arbitrário. A distinção arbitrária é também, infundada, caprichosa, enquanto a discriminação é fundamentada, pois recebe tratamento desfavorável por força de um motivo. Toda ação discriminatória é arbitrária, pois desprovida de razoabilidade, embora nem toda ação arbitrária seja discriminatória, eis que carente de um motivo específico a justificar a distinção efetuada.

E o motivo é fundado em ao menos uma determinada característica pessoal de um trabalhador ou em uma ou mais características em comum a um grupo de trabalhadores. Marzia Barbera classifica a discriminação segundo fatores naturais ou sociais. A primeira categoria seria composta pelo sexo, raça, origem étnica, cor da pele, que são qualidades marcadas pelo sinal da imutabilidade e da ausência de relação com as escolhas individuais, não sendo caracterizadas pelo elemento vontade de seu portador⁴¹¹. O ser humano nasce e sempre carregará consigo tais características. Em relação ao sexo, cabe ressaltar que não são levadas em conta as complexas questões relativas à transexualidade, o que levaria a considerar tanto um fator permanente, como um fator de opção.

Quanto aos fatores sociais, Marzia Barbera os qualifica como categorias marcadas pelo caráter da mutabilidade e da vontade de escolha⁴¹². Com efeito, por opção da pessoa, podem ser adotadas a religião, estado civil, opinião política, adesão a determinada entidade sindical, entre tantos outros que são fatores que podem levar a um ato discriminatório. Embora alguns autores não aceitem os fatores sociais como motivos de discriminação, sua desconsideração como fundantes de uma discriminação não somente atenta contra a própria dignidade da pessoa, mas também, como afirma a autora italiana baseada em Thilo Ramm, contra a liberdade de auto-determinação da pessoa humana⁴¹³.

Podemos notar, portanto, que a discriminação depende claramente de um motivo, e do estudo desse aspecto emergem questões muito importantes para a consideração de um ato como discriminatório. Sem motivo algum, a diferenciação não autorizada será meramente arbitrária, com um motivo poderá ser considerada discriminatória, dependendo de outros fatores ainda a serem levados em conta.

⁴¹¹BARBERA, Marzia. op. cit., p. 99.

⁴¹²Id., loc. cit.

⁴¹³Id., loc. cit.

Do mesmo modo, podemos classificar ainda as discriminações relativamente aos motivos em duas categorias: A primeira fundada em motivos típicos, assim considerados aqueles previstos em uma norma positivada, como raça, sexo, cor, religião, por exemplo. A segunda categoria seria de discriminações fundada em motivos atípicos, assim considerados aqueles não previstos em normas positivadas, mas que não deixariam de ser consideradas discriminações.

3.2.6.3. Objetivo ou efeito da ação ou comportamento

Uma importantíssima questão no exame de uma ação ou comportamento discriminatório diz respeito a seu objetivo ou resultado, que pode ser extraído das expressões contidas nos diplomas legais.

Se um empregador decide por uma ação ou comportamento discriminatório, deve pensar no resultado ou efeito desses atos ou comportamentos. Assim, um ato discriminatório desejado tem por intenção distinguir prejudicialmente alguém, seja uma pessoa ou um grupo, em razão de determinada característica pessoal. O resultado da diferenciação se apresenta como reflexo pragmático das conseqüências de uma determinada medida.

Os efeitos de determinada prática são fundamentais para a caracterização de uma atitude discriminatória, afastando-se, portanto, a questão da intenção do autor do ato discriminatório para qualquer apreciação de sua existência. A consideração da discriminação por impacto adverso abandona, definitivamente, a existência de qualquer intenção por parte de seu autor, apenas verifica e intenta proibir a atitude que levou a um resultado perverso, o efeito da prática discriminatória. Por fim, caberá a análise se este efeito ou objetivo atende o princípio da isonomia, constatando se houve quebra à igualdade real de tratamento.

O termo *efeito*, constante de várias Convenções internacionais anteriormente citadas visa, unicamente, à constatação de um fato, e sua relação com os interesses e os direitos dos envolvidos, para caracterização de uma distinção desfavorável.

Algumas normas internacionais mencionam o *objetivo* ou o *efeito* como resultados do ato de distinção. Os textos internacionais apresentam uma alternativa pela qual os dois elementos são, separadamente, suficientes para constatar uma discriminação.

A Convenção 111 da OIT, ao contrário de algumas Convenções das Nações Unidas, não menciona qualquer objetivo ou pretensão discriminatória, mas tão somente um efeito, sendo que a redação é clara neste sentido: *que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*. Como se vê, Marc Bossuyt afirma que, não somente pelo fato de ser inútil, a introdução de um elemento subjetivo de intenção seria suscetível de enfraquecer o caráter justificável das diferenças relativas à noção de discriminação. Segundo Bossuyt, esta questão tem sido examinada igualmente por Kewenig, pelo qual somente o efeito *ex post* é para ser tomado em consideração⁴¹⁴. Assim, o elemento intencional do ato discriminatório sequer deve ser provado, uma vez admitida a função exclusiva do resultado como caracterizador da discriminação, o que trará importantes implicações no que tange à inversão do ônus da prova da discriminação, como assente em vários diplomas legais já estudados.

A Diretiva 2000/43, em seu segundo artigo, item 2, veio a trazer uma definição completamente diversa das já proporcionadas nos diplomas internacionais quando optou pela seguinte definição de discriminação: *seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*⁴¹⁵.

Essa disposição comunitária não deixa de ser uma grande novidade em relação às outras disposições sobre discriminação anteriormente publicadas, pela importância que alcança dentro de uma comunidade tão vasta e tão atenta a problemas desta natureza, em especial na discriminação por sexo. Entende a referida norma que para a caracterização do efeito da conduta discriminatória, basta a existência de tratamento menos favorável em comparação à outra pessoa. É uma definição extremamente simples e não fala expressamente em arbítrio, mas deixa claro no item 2.b que uma justificação objetiva de um propósito legítimo com meios adequados e necessários. As demais Diretivas publicadas

⁴¹⁴BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 37.

⁴¹⁵UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/43*. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000L0043&model=guichett>.. Acesso em: 15 nov. 2004.

sobre o tema, em especial a Diretiva 2002/73, já reconhece, em seu item 6 a necessidade do negócio como excludente da consideração de discriminação.

O recente Código do Trabalho da República Portuguesa afirma claramente que o resultado do ato discriminatório seria tão somente privar um trabalhador de qualquer direito ou isentá-lo de qualquer dever em razão dos motivos ali apontados, preocupando-se em caracterizar tanto as condutas discriminatórias que privem direitos, como imponham ônus excessivos.

Entre os diplomas legais verifica-se uma diferenciação entre os objetivos da proteção contra a discriminação, sendo percebidas duas tendências de proteção: (a) A primeira fundada na defesa da igualdade de tratamento e na proibição de trato desfavorável; (b) uma segunda tendência, baseada na defesa dos direitos fundamentais.

A primeira tendência é verificada em normas internas ou internacionais que tenham por objetivo a proibição da discriminação em ambientes mais restritos. Nesse sentido, a Convenção 111 da OIT, a Convenção sobre discriminação no ensino das Nações Unidas, a Diretiva 2000/43 e de alguns diplomas internos como o atual Código do Trabalho português, são exemplos da proibição da discriminação que tenha por finalidade ou por efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento, ou de oportunidades. Marc Bossuyt vislumbra que esses textos visam à defesa de matérias jurídicas dentro do senso de que se tratam de interesses juridicamente protegidos⁴¹⁶. Seria o reconhecimento, a fruição e o exercício do *direito* ao emprego e à profissão bem como do *direito* ao ensino que deve ser assegurado sem discriminação.

A segunda tendência é verificada nas Convenções para eliminação da discriminação racial e contra as mulheres, bem como na atual legislação italiana sobre estrangeiros. Esses textos adotam uma postura muito mais ampla no sentido de esfera de aplicações, já que tratam da defesa do *reconhecimento, a fruição ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*. A aplicação desses diplomas é muito mais aberta a todos os segmentos da sociedade e da atividade humana.

Danièle Lochak aponta que toda diferença de tratamento fundada em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa humana deve ser, por essência, proscrita⁴¹⁷.

⁴¹⁶BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 35-36.

⁴¹⁷LOCHAK, Danièle. op. cit., p. 780.

Mas é possível entender que, no campo das relações do trabalho, não somente direitos fundamentais de qualquer espécie, mas todo e qualquer tipo de direito ou mesmo vantagem adquirida pode ser ameaçada pela quebra da igualdade de tratamento, como expressão até mesmo do caráter protetor do direito do trabalho.

Assim, a Convenção 111 da OIT assume um papel fundamental, característico pela especialidade em que atua, não obstante seja um dos mais vastos aspectos da sociedade humana. Procura o texto laboral proteger o trabalhador contra a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Hector Hugo Barbagelata afirma que o bem jurídico afetado pelos atos discriminatórios, segundo a Convenção 111 da OIT, seria o direito à igualdade de oportunidades, assim como o trato, no emprego e na ocupação. Porém, completa o referido autor sua explicação, afirmando que a Convenção 111 da OIT integra a figura da discriminação no plano laboral com a consideração das expectativas e ações anteriores ao estabelecimento de qualquer relação de trabalho, assim como as produzidas durante esta, ou determinantes de sua terminação⁴¹⁸. Assim, a igualdade de trato abarca todos os aspectos da relação laboral.

Importante ressaltar que, havendo trato desigual não autorizado e desfundamentado, há por certeza violação ao direito do tratamento igual e, via de regra, violação reflexa de algum outro direito trabalhista. A regra da igualdade de todos perante a lei exige a aplicação igual para todos, caracterizando o primeiro sentido da igualdade estabelecido pelas revoluções liberais. Se não houver a aplicação igual da lei para todos, algum direito poderá estar sendo violado e, no campo das relações trabalhistas, algum direito trabalhista estará sendo violado.

Marie-Thérèse Lanquetin conclui, após o estudo da Convenção 111 da OIT, que o ato discriminatório possui dois pontos de destaque: O primeiro reside no fato de que a discriminação propõe uma diferença de tratamento baseada em motivo proibido, e em segundo lugar, um efeito ou objetivo que viola a garantia de isonomia dos cidadãos⁴¹⁹. O primeiro elemento já foi tratado. No segundo elemento, ora em análise, o efeito resulta da constatação objetiva do resultado da diferenciação e apresenta-se como reflexo pragmático

⁴¹⁸BARBAGELATA, Hector-Hugo. Los convenios 100, 111 e 156 ratificados por la ley nº 16.063 e a eliminación da discriminação na matéria de emprego e ocupação. *Cuadernos*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, n. 15, p. 151, 1990.

⁴¹⁹LANQUETIN, Marie-Thérèse. op. cit, p. 808-809.

das conseqüências de uma determinada medida. Segundo a autora francesa, não somente o ato diferenciador é identificado pelos diplomas legais que tratam da questão, mas os efeitos de determinada prática também são fundamentais para a caracterização de uma atitude discriminatória, afastando-se, portanto, a intenção discriminatória para qualquer consideração. Por fim, caberá a análise se este efeito ou objetivo atende o princípio da isonomia, ao verificar se houve quebra da igualdade real de tratamento e ofensa à dignidade da pessoa humana⁴²⁰.

Não se vislumbra como correta uma norma que visa proteger os trabalhadores contra atos discriminatórios e que viesse a ter como objeto tão somente o reconhecimento, a fruição e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Há também uma série de direitos e vantagens reconhecidas ou conquistadas pelos trabalhadores que não atingem tal nível, mas que nem por isso não devam ser protegidos. A proteção nas relações do trabalho se dá pela condição de igualdade do trabalhador em relação aos demais, possuindo a mesma igualdade de tratamento e a mesma dignidade como pessoa humana. Qualquer tratamento diferenciado injustificável, não importa a qualidade do direito, situação ou mesmo vantagem adquirida no curso do contrato de trabalho que venha a ser atacada, merece, no campo das relações do trabalho, repulsa e portanto proibição pela norma anti-discriminatória.

Portanto, no campo do direito do trabalho, em face dos diplomas nacionais e internacionais vigentes, o efeito da discriminação é a falta de tratamento igual para determinado trabalhador ou um determinado grupo, e assim, direitos e vantagens trabalhistas não serão reconhecidos ou aplicados.

3.2.7. Considerações sobre a discriminação por efeito adverso

Como já verificado no item 3.2.6.3, a Convenção 111 da OIT adota como caracterização da discriminação somente o efeito, sem qualquer preocupação do objetivo do ato ou comportamento em questão. Tal situação vem a pedir a consideração de uma situação bastante comum na casuística judicial da discriminação. Uma determinada política

⁴²⁰LANQUETIN, Marie-Thérèse. op. cit., p. 809.

ou ação estabelecida por um empregador, ainda que não tenha qualquer intenção discriminatória ou sequer teve qualquer objetivo neste sentido, pode ser assim considerada tão somente pelo resultado alcançado.

A terminologia para a mencionada situação é bastante variada e também complexa, mas a expressão *discriminação por efeito adverso* deve ser a melhor definição. É possível constatar outras definições como *discriminação reflexiva*, *discriminação por impacto diferenciado* (típica dos EUA), e a mais comum, *discriminação indireta*, como é amplamente utilizada na Europa.

Uma ação discriminatória pode ser deliberada, explícita, clara e evidente, situação cada vez menos comum uma vez que a proibição da discriminação é cada vez mais crescente em todas as esferas do relacionamento humano. Em termos jurídicos, a proliferação de normas anti-discriminação após o término da segunda grande guerra, em nível interno ou internacional, por todo o globo, confere à proibição da discriminação o caráter de norma cada vez mais presente em ordenamentos internos constitucionais e nos tratados internacionais. A proibição de discriminação adquiriu uma noção de princípio fundamental de direito internacional e como princípio de valor constitucional em nível interno⁴²¹. Por outro lado, grupos minoritários em ambientes sociais têm cada vez mais assumido a consciência de seus direitos e têm aumentado a capacidade de reagir contra atitudes discriminatórias que podem influir de forma adversa na fruição ou no exercício de direitos. A defesa de direitos intensificou-se a ponto de inibir práticas abertas de discriminação.

Contudo, com a intensificação da proibição da discriminação explícita, passou a ser verificado, com intensidade crescente, que são adotadas políticas de atuação governamental ou privada, algumas vezes despidas de qualquer intenção discriminatória, mas cujos efeitos negativos podem ser percebidos somente depois de suas implantações.

Diante dessa noção de uma discriminação menos evidente, de cunho reflexivo, os estudos sobre a discriminação revelam o reconhecimento dessa nova modalidade, talvez mais perniciosa e muito mais difícil de combater. Paulatinamente, os ordenamentos jurídicos têm tratado de tais fenômenos sociais, procurando coibir tais

⁴²¹LOCHAK, Danièle. op. cit., p. 788.

práticas que, aparentemente, não teriam intenção discriminatória com uma feição aparentemente neutra, mas que levam a efeitos desastrosos em algumas oportunidades.

Alguns autores como Pinho Pedreira já trataram da questão, optando pela denominação européia que qualifica o fenômeno como *discriminação indireta*, definindo como tal aquelas práticas que, sendo formal ou aparentemente neutras, possuem, não obstante, um efeito adverso sobre os membros de um determinado grupo, sobretudo quando se trate de um grupo historicamente discriminado⁴²². No mesmo sentido, Maria Aparecida Gugel classifica essa discriminação como indireta, ao afirmar que estaria relacionada com situações, regulamentações e práticas aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características⁴²³.

Adepta da mesma terminologia, Marie-Thérèse Lanquetin define a discriminação indireta servindo-se de uma definição bem além da percepção clássica de discriminação. Entende a referida jurista que a definição deve ser tomada nos fenômenos discriminatórios que se dissimulam sob a aparente aplicação de critérios neutros. Por isso, as razões do ato diferenciador não podem, segundo a mencionada autora, ser percebidas ou contestadas *a priori*, podendo somente ser notados no seu resultado, portanto, seu efeito reflexivo⁴²⁴.

Ricardo de Paula Alves classifica como discriminação indireta ou aparente aquela que vai muito além da concepção clássica de discriminação direta, onde o aplicador do direito vai levar em consideração os efeitos da medida tomada, por meio de concepção da realidade e interpretar a medida de maneira estritamente pragmática, em função dos resultados que possa produzir⁴²⁵.

Já a terminologia escolhida por Regina Maria Vasconcelos Dubugras é muito interessante por aproximação maior ao próprio sentido desse fenômeno, ao enunciar como *discriminação reflexiva* aquela situação onde determinada política do empregador

⁴²²PEDREIRA, Luiz de Pinho. O princípio da igualdade de tratamento, cit., p. 446.

⁴²³GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 10, n. 19, p. 25, mar. 2000.

⁴²⁴LANQUETIN, Marie-Thérèse. op. cit, p. 812.

⁴²⁵ALVES, Ricardo de Paula. Considerações sobre o princípio de não-discriminação em direito comunitário. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 27, n. 101, p. 115, jan./mar. 2001.

reflete mais em um grupo que outro, sem justificativa adequada⁴²⁶. A referida autora se encontra perfeitamente sintonizada com as normas comunitárias que tratam da questão.

Joaquim Barbosa Gomes define como discriminação por impacto desproporcional ou adverso toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas⁴²⁷.

Sendo reconhecida a discriminação sem intenção, não pode ser confundida a discriminação por impacto adverso com a discriminação oculta, posto que a última, ao contrário da primeira, pressupõe a intenção segundo Pinho Pedreira, ainda que apresentada com outra roupagem⁴²⁸. Por tal motivo, chega a ser questionável a denominação *discriminação indireta*, cujo sentido pode até admitir a sensação de uma discriminação intencional cometida por um terceiro agente, talvez na qualidade de intermediário, distorcendo completamente o sentido do fenômeno. A denominação *discriminação por efeito adverso* tem uma proximidade maior com o sentido da sua caracterização, no sentido de serem analisados os resultados de determinada conduta com natureza prejudicial a determinado trabalhador ou grupo.

A definição dada pela Diretiva 97/80, de 15 de dezembro de 1997, é sobremaneira importante, posto que se trata de uma definição de discriminação indireta dada por um diploma legal voltado para a discriminação por motivo de gênero sexual, no sentido de que se *verifica uma situação de discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afete uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por fatores*

⁴²⁶DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 66, n. 11, p. 1335, nov. 2002.

⁴²⁷GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA, cit., p. 24.

⁴²⁸PEDREIRA, Luiz de Pinho. Discriminação indireta. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano, 65, n. 4, p. 403, abr. 2001.

*objetivos não relacionados com o sexo*⁴²⁹. Esta definição, entretanto, foi superada pela definição da Diretiva 2002/73, a qual é clara em afirmar que:

2. Para efeitos da presente Diretiva, aplicam-se as seguintes definições:

- *discriminação indireta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários,*

Interessante notar na Diretiva em questão que trata a discriminação indireta como uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra. Em um primeiro momento não é possível a verificação de resultado discriminatório, o que somente passa a ser percebida quando forem observados os resultados prejudiciais. Ao contrário da Diretiva 97/80, segundo Marie-Thérèse Lanquetin, a norma mais recente também cuida de situações discriminatórias não coletivas⁴³⁰.

Na jurisprudência da Corte Européia, o reconhecimento de uma discriminação indireta teve início com o célebre caso *Jenkins contra Kingsgate Ltd* (assunto 96/80), no qual a empresa em questão pagava aos trabalhadores em tempo parcial hora de trabalho com valor dez por cento inferior ao da hora paga aos trabalhadores por tempo integral. A Sra. *Jenkins* apresentou uma demanda de equiparação salarial com um homem que trabalhava em tempo integral, e a empresa reconheceu que o trabalho de ambos era idêntico. A decisão da Corte Européia foi no seguinte sentido:

Uma diferença na retribuição entre trabalhadores em tempo integral e trabalhadores em tempo parcial não equivale à discriminação proibida pelo artigo 119 do Tratado (de Roma), a menos que na realidade seja uma forma indireta de reduzir a retribuição dos

⁴²⁹UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 97/80. EUR-Lex.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31997L0080&model=guichett>. Acesso em: 20 set. 2004.

⁴³⁰LANQUETIN, Marie-Thérèse. *Discriminations à raison du sexe. Droit Social*, Paris, n 7/8, p. 691, juil./août. 1998.

*trabalhadores em tempo parcial devido a que dito grupo de trabalhadores está exclusiva ou predominantemente composto por mulheres.*⁴³¹

Contudo, o caso mais emblemático sobre essa modalidade de discriminação é o caso *Bilka* (assunto 170/84), decidido em 13 de maio de 1986. Resumidamente, a empresa *Bilka Kaufhaus GmbH*, uma empresa de grandes lojas com milhares de empregados na então Alemanha Ocidental, decidiu implementar alterações no seu sistema de pensões de seguridade social, sendo que uma das medidas adotadas foi excluir os trabalhadores em tempo parcial do plano a menos que tivessem trabalhado em tempo integral por, pelo menos, quinze anos. A Sra. *Karin Weber von Hartz*, que trabalhou para a referida empresa por quinze anos, sendo quatro anos no regime de tempo parcial, requereu sua inclusão ao plano empresarial, requerimento denegado e a recusa empresarial foi judicialmente questionada. A decisão da Corte Européia foi no sentido de que o tratamento dado pela empresa infringe a proibição de discriminação remuneratória do artigo 119 do Tratado de Roma, e da Diretiva 75/117, uma vez que afeta, de maneira prejudicial, um número muito maior de mulheres do que homens que trabalham em tempo parcial, a menos que a empresa demonstre que a existência da exclusão se baseie em fatores objetivamente justificados e não relacionados com nenhuma discriminação por sexo⁴³².

Entretanto, a consideração sobre a discriminação por efeito adverso teve sua origem nos Estados Unidos da América, e constituiu, inicialmente, uma posição jurisprudencial que, após anos de consolidação, foi acatada pelo ordenamento positivo na reforma do *Civil Rights Act* em 1991.

Robert Belton e Dianne Avery⁴³³ apontam que a responsabilização do empregador por tratamento diferenciado por efeito adverso teve sua primeira articulação em ações coletivas trazidas por candidatos negros e empregados que alegaram que suas oportunidades de emprego seriam limitadas por testes escritos e por exigências educacionais formuladas por empregadores na contratação e na promoção de empregados. Estas discussões foram tratadas no célebre caso *Griggs v. Duke Power Co.*, decidido pela

⁴³¹HEIDE, Ingeborg. Medidas supracionales contra la discriminación sexual: igualdad salarial y de trato en la Unión Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 118, n. 4, p. 443, 1999.

⁴³²Id. *ibid.*, p. 445.

⁴³³BELTON, Robert; AVERY, Dianne. *Employment discrimination law*. 6. ed. St Paul: West, 1999. p. 162.

Suprema Corte norte-americana em 1971. Neste destacado caso⁴³⁴, uma *class action* movida por vários empregados da referida empresa que questionaram em juízo uma política empresarial requerendo ensino intermediário para qualquer departamento, excluindo-se o departamento de trabalho, e para transferência do departamento de trato do carvão para qualquer outro departamento “interno”. A empresa tinha uma unidade de geração de energia na Carolina do Norte, onde tinha 95 empregados, sendo 14 negros, 13 deles autores da referida ação. A partir de 2 de julho de 1965, a empresa adotou a utilização de dois testes de aptidão com pontuações mínimas, testes preparados por profissionais especialistas neste tipo de avaliação, para ingresso nos demais setores, com exclusão daqueles acima mencionados com exigência de escolaridade. A Suprema Corte entendeu que o objetivo da promulgação do título sétimo do *Civil Rights Act* foi alcançar igualdade de oportunidades de emprego e a remoção de barreiras que operaram no passado em favor de um identificável grupo de empregados brancos, sobre os demais empregados. Afirmou a decisão que sob a visão do diploma em questão, práticas, procedimentos, ou testes, neutros em sua face, e mesmo neutros na sua intenção, não podem ser mantidos se acabam por “congelar” o *statu quo* de práticas anteriores de discriminação no emprego. Sensibilizados pela educação inferior que os negros recebiam naquele Estado conforme estatísticas trazidas ao processo, os negros tinham resultados inferiores e a Suprema Corte entendeu que, se uma prática de emprego age na exclusão de negros e não pode ser relacionada com o desempenho profissional, essa prática, portanto, deve ser proibida⁴³⁵.

A referida decisão trouxe dois aspectos importantes para a consideração da discriminação por efeito adverso. O primeiro deles é que a Suprema Corte entendeu que a legislação em vigor (título sétimo), não somente proíbe a discriminação aberta, mas práticas que são justas no aspecto formal e que se tornam efetivamente discriminatórias. Entendeu neste aspecto a Suprema Corte que o Congresso norte-americano pretendeu através do *Civil Rights Act* retirar as barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias para o emprego, quando essas barreiras agem odiosa e injustamente para discriminar com base na raça ou outra classificação inaceitável. Assim, segundo George Rutherglen, a decisão do caso *Griggs* teve um ponto decisivo para reconhecer que não é mais necessária a prova da

⁴³⁴401 U.S. 424, 91 S. Ct. 849, 28 L. Ed. 2d 158.

⁴³⁵BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 166-167.

intenção discriminatória, apenas a demonstração dos efeitos advindos da medida que pode ser considerada discriminatória⁴³⁶.

A segunda conclusão, não menos importante, assevera que o ponto crucial desta avaliação é a necessidade do negócio (*business necessity*). No caso em questão foi verificado que as exigências formuladas pelo empregador, seja a escolaridade ou os resultados nos testes, não foram capazes de demonstrar relação com o desempenho profissional e para quais as finalidades foram utilizadas. O próprio Vice-Presidente da empresa depôs em Juízo que os requerimentos foram instituídos como decisão da empresa que iriam melhorar a qualidade da força de trabalho de maneira geral. Além disso, comenta a decisão que os empregados que haviam ingressado anteriormente às exigências formuladas, sem nível intermediário de ensino, executavam suas funções de forma satisfatória e obtinham progressos nos departamentos onde os testes e a escolaridade passaram a ser requeridas.

Fica claro que o entendimento da Suprema Corte coloca uma visão mais apurada sobre a discriminação. Não importa que as condições impostas pela empresa tenham ou não intenção discriminatória, apenas importa que, se não tiverem relação com suas atividades profissionais e vierem a promover efeito adverso, devem ser proibidas. O impacto da decisão foi tão significativo que influenciou o Congresso norte-americano em uma emenda ao *Civil Rights Act*. A decisão prevaleceu como precedente constitucional durante dezessete anos de jurisprudência. Esta, além das exigências já explicadas, exigia que o empregador deveria demonstrar a relação das exigências formuladas com o trabalho para configurar a necessidade do negócio e ser considerada como óbice ao reconhecimento da discriminação.

Segundo Joel Wm. Friedman e George M. Strickler Jr.⁴³⁷, a Suprema Corte tomou caminho diferente na decisão do caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* em 1989. Comentam os autores acima referidos que, no caso em questão⁴³⁸, o Juiz White proferiu o acórdão em uma apertada maioria de cinco em nove juízes, entendendo que a Corte havia interpretado equivocadamente em seus pronunciamentos anteriores sobre a alocação do ônus da prova em casos de discriminação por efeito adverso, tal qual havia decidido no caso *Griggs*. A Suprema Corte definiu no caso *Wards Cove*, que a prova do empregador

⁴³⁶RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 70.

⁴³⁷FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 231.

⁴³⁸490 U.S. 642, 109 S. Ct. 2115, 104, L.Ed. 2d. 733 (1989).

deveria ser limitada à produção de prova, mas não ao ônus de persuasão que deva ser do empregado, que deverá provar que a ação foi tomada por conta de sua raça, cor, sexo, etc.⁴³⁹, alterando substancialmente o posicionamento tomado no caso *Griggs*. Paralelamente, Robert Belton afirma que a alteração de posicionamento feita pela Suprema Corte no caso *Wards Cove* se deve à formação de uma maioria conservadora na composição daquele tribunal, que visava redefinir a doutrina exposta no caso *Griggs*, manipulando as questões de ônus da prova, maioria essa que guardava objeções com as ações afirmativas⁴⁴⁰. Já Alan Freeman revela que a contrariedade às Ações Afirmativas foi proposta na campanha à Presidência de Ronald Reagan e, como estratégia de ação contra tais ações por parte daquele governo conservador, foram nomeados juízes contrários a elas⁴⁴¹.

Narram Joel Wm. Friedman e George M. Strickler Jr. que diante dessa mudança de posição e clara demonstração de conservadorismo, o Congresso de maioria democrata se mobilizou para retomar os comandos da decisão *Griggs*, mormente quando opiniões acadêmicas opinavam que sua decisão estava sepultada com o novo precedente. Após intensa batalha congressual, houve uma primeira tentativa de aprovação de um novo diploma legal, que veio a cair por veto do então Presidente republicano George Bush, veto que não foi derrubado no Senado tão somente por um voto a menos do que necessário. Em uma segunda tentativa em 1991, a lei foi aprovada pelo Congresso, sem oposição da Casa Branca, depois de um complicado acordo entre a administração e a referida casa legislativa. Assim, foi adicionada uma nova subseção ao artigo 703 do título sétimo, para constar que somente é reconhecida uma prática ilegal de emprego baseada em efeito adverso se o autor demonstrar que o réu usa a prática para causar um efeito adverso com base nos motivos ali expostos, e que o réu não consiga demonstrar que a prática guerreada é relacionada com o trabalho no cargo em questão e consistente com a necessidade do emprego⁴⁴². Com o novo diploma, caberá ao empregador o ônus de provar a necessidade do negócio, ou qualquer outro fator excludente da discriminação por impacto adverso.

Assim, uma vez regulada parcialmente a questão nos moldes da decisão do caso *Griggs*, a discriminação por efeito adverso passou a ser legalmente regulada, retirando

⁴³⁹490 U.S. 642, 109 S. Ct. 2115, 104, L.Ed. 2d. 733 (1989).

⁴⁴⁰BELTON, Robert. Causation and burden-shifting doctrines in employment discrimination law revisited: some thoughts on *Hopkins* and *Wards Cove*. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1364, June 1990.

⁴⁴¹FREEMAN, Alan. Antidiscrimination law: the view from 1989. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1408, June 1990. Foram nomeados por Ronald Reagan os Juízes O'Connor, Scalia, Rehnquist e Kennedy.

⁴⁴²FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 232.

da Suprema Corte intenções mais conservadoras em dificultar seu reconhecimento ocorrido em 1971. Contudo, ficou claro que nem todos os aspectos da decisão do caso *Wards Cove* foram derrubados com a nova legislação, como a questão do ônus da prova do autor em provar o efeito adverso e identificar a prática específica do réu que o causou, derrubando somente as questões do ônus da prova do empregador delimitadas pelo caso em questão⁴⁴³.

É possível, então, concluir, como a maioria da doutrina tem entendido, que as discriminações podem ser consideradas quanto ao seu modo de ação em dois grandes grupos: O primeiro, no qual a discriminação é aberta e intencional, subdividindo-se em discriminações por normas impostas ou por atos praticados; e no segundo grupo, a discriminação por efeito adverso, assim considerada aquela discriminação que não necessariamente seja intencional e que tenha um efeito adverso sobre determinada categoria de empregados, motivada por situação não relacionada com as necessidades do negócio ou do desempenho profissional exigido.

3.2.8. Definição da discriminação

Do que acima foi exposto, podemos deduzir que um ato discriminatório é uma distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, de cunho antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade.

Inicialmente, é possível concluir que o ato ou o comportamento discriminatório é uma distinção entre pelo menos duas pessoas, entre uma pessoa e um grupo de pessoas, entre grupos de pessoas, ou entre uma pessoa ou grupo em relação a determinado modelo desejado. A distinção viola o tratamento igualitário, pois deixa de tratar esses entes com a devida obrigação de igualdade, quando os distingue. Essa distinção pode ocorrer de duas formas, seja no trato de iguais de forma desigual, seja no trato igual de pessoas ou grupos desiguais.

Mas essa distinção não somente fere a igualdade. É uma distinção que leva prejuízo pelo menos a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Portanto, é uma distinção

⁴⁴³RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 76.

desfavorável para uma das pessoas ou grupos que foram distintos de outros. Esse desfavorecimento por distinção poderá ocorrer em duas formas: seja por meio da percepção de menores vantagens, seja recebendo maiores ônus do que os outros que serviram como elementos de comparação. E terá duas fontes, a primeira constituída pelos atos normativos, sendo leis, decretos, acordos coletivos e contratos de trabalho; a segunda constituída por atos de administração.

Um ou mais motivos serão necessários para a caracterização da discriminação. Não havendo um motivo identificado, não haverá discriminação, mas sim tratamento arbitrário tão somente, igualmente antijurídico por ofender o princípio da igualdade, mas com proibição menos intensa. O motivo pode ou não estar previsto em norma positivada, adotando-se o princípio que as previsões de motivos nos diplomas legais são indicativas, salvo determinação expressa em sentido contrário. Os motivos poderão ser encontrados em dois grupos de características: No primeiro são levadas em conta as características pessoais involuntárias como a raça, nacionalidade, sexo, cor de pele. No segundo grupo são verificadas as características sociais com caráter optativo, como a opinião política, religião, relações sindicais, estado civil, entre outras.

A distinção para ser considerada uma discriminação deverá ferir algum direito, em princípio a relação jurídica fundamental citada por Karl Larenz no primeiro capítulo, na qual a pessoa não é respeitada na sua dignidade. Essa ofensa viola o direito de tratamento igual e com o reconhecimento da mesma dignidade perante qualquer outro ser humano.

Por fim, a distinção deverá ser arbitrária, ou seja, desprovida de qualquer critério de razoabilidade e objetividade, não podendo ser justificada por qualquer outro meio.

No espectro das relações de trabalho, algumas considerações deverão ser observadas, para elaboração de um conceito.

A primeira delas é que tal ato ou comportamento de distinção, fundado em um motivo, de cunho antijurídico e arbitrário, poderá ocorrer antes, durante e depois da realização de uma relação de trabalho, na medida em que atos discriminatórios podem ocorrer em qualquer época além da própria vigência da relação. Portanto, não há limitação temporal para o reconhecimento da discriminação dentro da relação laboral, mas também fora dela, desde que, por algum liame relacionado com uma relação que potencialmente

venha a se formar, ou por uma relação já extinta. A casuística revela que as situações de proposta e pontuação do contrato de trabalho devem receber maior atenção.

A intenção do empregador em promover a discriminação não deve ser levada em conta, sequer necessita de sua existência ou prova. Bastará a existência de um ato ou comportamento que importe prejuízo efetivo ou potencial a um trabalhador ou a um grupo de trabalhadores. A distinção desfavorável relacionada com as necessidades do trabalho ou o desempenho da profissão, de caráter razoável, proporcional e justificável não poderá ser considerada como discriminação.

Os direitos violados das pessoas que foram desfavoravelmente tratadas podem ser integrantes da relação de trabalho, direitos pessoais, ou de qualquer natureza, não necessitando serem direitos integrantes ou circundantes da relação de trabalho. Uma atitude discriminatória poderá comprometer o exercício de direitos políticos, direitos de ingresso ao judiciário como exemplos, ou de qualquer outra natureza e, portanto deverá ser coibido.

Portanto, adotando as circunstâncias acima apontadas pertinentes às relações de trabalho, pode ser deduzido o seguinte conceito para a discriminação neste campo: Há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas asseguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.

3.3. As ações afirmativas e sua relação com a discriminação

3.3.1. As faces estáticas e dinâmicas do princípio da igualdade

No item 2.4.2 da presente dissertação é feito um comentário sobre a função dinâmica da igualdade, na qual a igualdade de oportunidades assume um papel fundamental na busca da justiça social. Na visão de Joaquim B. Barbosa Gomes, a transição da

igualdade formal para a igualdade de fato deixa a noção de igualdade estática ou formal para um conceito de igualdade substancial que permite consolidar a idéia de igualdade de oportunidades que visa extinguir, ou pelo menos mitigar, o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social⁴⁴⁴.

Dentro dos estudos realizados sobre a igualdade no segundo capítulo, seu aspecto formal como aquele oriundo das revoluções liberais assenta uma postura neutra do Estado em relação aos fenômenos sociais de desigualdade. Foi uma visão meramente formal dentro de uma postura liberal que pedia uma abstenção do Estado no trato das relações entre os particulares, uma igualdade meramente política sem compreender a igualdade de fato ou a econômica. A igualdade liberal foi concebida em um ambiente no qual os direitos fundamentais eram tão somente voltados contra o próprio Estado, outorgando a este uma postura estática em face das desigualdades sociais já acentuadas com a revolução industrial.

A igualdade necessária a reverter um quadro amplamente desfavorável às populações mais carentes pedia uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente. Essa postura deveria vir com a conscientização da possibilidade de mudanças com vistas à eliminação das diferenças, ao solicitar do Estado o abandono de uma postura passiva e estática para uma postura mais ativa, não apenas para garantir a igualdade, mas para progressivamente realizá-la. A igualdade deixaria de ser apenas protegida como garantia, mas se tornaria o próprio objetivo. Essa foi a grande mudança que a igualdade sofreu nos séculos XIX e XX. Daí que o conceito de igualdade de oportunidades não poderia apenas proteger, ou pelo menos tentar proteger, os indivíduos que possam ser potencialmente discriminados. Deverá, sim, criar novas desigualdades de modo inverso à proporção de tratamento desfavorável verificada historicamente. Seu sentido é obter uma sociedade mais igualitária, o quanto possível na reparação das desigualdades existentes com a criação de outras desigualdades. Assim, tornando-se objetivo, a igualdade ganha uma feição dinâmica, pois sua obtenção depende de uma ação contrária às desigualdades existentes.

A dignidade humana não seria apenas objeto de proteção, dentro da primeira vertente estudada no primeiro capítulo deste trabalho. Deverá, sim, ser realizada, dentro da

⁴⁴⁴GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro., cit., p. 131.

sua segunda vertente, a qual impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal, para tornar eficaz a dignidade do indivíduo com a obrigação de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências da igualdade. E como já foi mencionado no segundo capítulo, a lição de Norberto Bobbio é extremamente adequada ao prever que *uma desigualdade se converte em um instrumento de igualdade, pelo mesmo motivo que corrige uma desigualdade precedente, de modo que a nova igualdade é resultado da nivelção das desigualdades*⁴⁴⁵. E como João Caupers mencionou, essa postura reclama a promoção de uma política niveladora por parte do Estado, com o objetivo de remover os obstáculos que se opõem ao livre desenvolvimento da personalidade dos membros das classes sociais mais desfavorecidas⁴⁴⁶.

Algumas dessas ações têm como objetivo a maior potencialização de igualdade possível, o que é encontrado nas ações afirmativas. Essas visam promover uma discriminação de determinados grupos, auferindo-lhes vantagens em relação aos demais, para que possam competir em condições mais justas e assim seja obtida a igualdade no resultado da competição social. Como bem afirma Arion Sayão Romita em um brilhante artigo sobre o trabalho do deficiente, trata-se de um princípio de *equalização social* como princípio de compensação das desigualdades sociais. Elas vêm a promover as pessoas socialmente desfavorecidas em comparação com outras pessoas de condição social mais favorável, o que importa a concessão de alguma vantagem positiva para que uma igualdade formal não trate os menos favorecidos de forma igual, passando-os de desfavorecidos sociais a desfavorecidos jurídicos⁴⁴⁷.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, grande entusiasta das ações afirmativas, sustenta que a ação afirmativa encontrou nova interpretação no acolhimento jurisprudencial, no sentido de que a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito, não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito. Deve-se, sim, atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida

⁴⁴⁵BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 79.

⁴⁴⁶CAUPERS, João. op. cit., p. 63-64.

⁴⁴⁷ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 29.

social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social⁴⁴⁸.

Como já pode ser estudado, as discriminações ainda são muito praticadas, muitas vezes com grande sofisticação. No caso da discriminação por efeito adverso, essas práticas são impossíveis de serem detectadas quando implementadas, pois, formal e aparentemente, não têm caráter discriminatório. Esta noção somente será verificada através de seus efeitos consolidados. Logo, sua reparação somente pode ser feita após a consagração de seus efeitos maléficos, muitas vezes a longo prazo. Por outro lado, ainda que as discriminações diretas tenham tendência de desaparecimento, sua mera proibição não tem mostrado resultados eficazes. Serve como melhor exemplo a desigualdade verificada entre os sexos na remuneração do trabalho, fenômeno social grave e amplamente combatido que, não obstante o rigor dos ordenamentos nacionais, internacionais e comunitários contra sua existência, as estatísticas persistem em exibir gritantes diferenças, inclusive nos países mais desenvolvidos.

Assim, as ações afirmativas integram um corpo de posturas em busca da igualdade real como objetivo a ser alcançado, como um dos princípios da justiça social tão desejada. Resta estudar e definir o que sejam tais ações.

3.3.2. Conceituação das ações afirmativas e sua origem

Já foi apresentada e discutida no item 2.4.2. a metáfora apresentada pelo Presidente norte-americano Lyndon Johnson no célebre discurso da Universidade Howard, no sentido de que uma pessoa presa por correntes durante anos teria condições de competir livremente com os demais, mas tal competição não seria justa. Como lá foi discutido, não seria a liberdade, tão proclamada e celebrada naquele país, o fator de emancipação de uma minoria tão oprimida como a população afro-descendente, mas uma atuação efetiva da sociedade impulsionada pelo Estado, na constituição de uma atitude inclusiva.

⁴⁴⁸ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 288, jul./set. 1996.

Embuído do espírito de buscar uma atuação efetiva da sociedade, o próprio título VII do *Civil Rights Act* possuía na sua redação original uma previsão sobre o trato preferencial de nativos americanos, bem como havia uma geral exoneração de responsabilidade de qualquer forma exigida de ação afirmativa⁴⁴⁹. Uma outra disposição do mesmo diploma, segundo interpretação judicial que a confirmou, autoriza políticas promocionais de minorias, no artigo 703, item “j”⁴⁵⁰. Essa previsão foi introduzida no diploma em questão durante sua discussão no plenário do Senado norte-americano, como uma exceção e qualificação para o próprio título VII. Suas disposições são obscuras, de difícil leitura e interpretação. Essa foi realizada pela Suprema Corte no sentido de que não há proibição para as formas de tratamento preferencial voluntário praticado por empregadores, bem como interpretado judicialmente no sentido de que o título VII não proíbe as cortes de ordenar tratamentos preferenciais como remédio judicial para discriminação nas relações de emprego, ainda que sejam autorizadas em circunstâncias extremamente limitadas⁴⁵¹.

O ponto central da postura ativa do Estado foi o “encorajamento” dado pelo Governo norte-americano, na visão de Joaquim B. Barbosa Gomes⁴⁵², para que políticas preferenciais fossem tomadas pelos empregadores. O referido jurista menciona que o poder político do governo americano foi o meio encontrado para efetivar políticas de preferência fundadas no pressuposto de que o dispêndio de recursos públicos deve servir às causas de interesse coletivo, envolvendo a comunidade na luta contra a discriminação⁴⁵³. Neste sentido, o governo norte-americano emitiu a *Executive Order* nº 11.246 de 28 de setembro

⁴⁴⁹RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 92.

⁴⁵⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Civil Rights Act. Title VII. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 05out. 2004. j) *Nothing contained in this subchapter shall be interpreted to require any employer, employment agency, labor organization, or joint labormanagement committee subject to this subchapter to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race, color, religion, sex, or national origin of such individual or group on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race, color, religion, sex, or national origin employed by any employer, referred or classified for employment by any employment agency or labor organization, admitted to membership or classified by any labor organization, or admitted to, or employed in, any apprenticeship or other training program, in comparison with the total number or percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community, State, section, or other area, or in the available work force in any community, State, section, or other area.*

⁴⁵¹RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 93.

⁴⁵²GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA*, cit., p. 39.

⁴⁵³Id. Ibid., p. 53.

de 1965⁴⁵⁴, considerada pelo constitucionalista pátrio como sendo talvez a mais eficaz forma de ação afirmativa encontrada⁴⁵⁵. Por esse meio, a administração promove por vias oblíquas a luta contra a discriminação ao exigir que a celebração de qualquer contrato com a administração, direta ou indiretamente, estaria condicionado ao comprometimento, por parte do executante, de contratar percentuais de integrantes de minorias promovendo meios para sua ascensão funcional. A eficácia da ação governamental se consolidou no fato de que, direta ou indiretamente, muitas empresas se relacionam com o governo federal, havendo grande abrangência da exigência governamental, e obrigando indiretamente boa parte dos empregadores a observar essas metas.

O referido jurista, em outra obra, define as ações afirmativas como um conjunto de políticas públicas e privadas, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁴⁵⁶.

O glossário do Ministério do Trabalho possui uma definição interessante na qual ação afirmativa *seria uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem destes grupos*⁴⁵⁷.

Segundo Maria Aparecida Gugel, o termo *ação afirmativa* foi utilizado pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração Kennedy (1961-1963), de nome Hobart Taylor, para descrever a possibilidade de uma pessoa discriminada em razão

⁴⁵⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Order n° 11.246. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 05 out. 2004.

⁴⁵⁵Op. cit., p. 54.

⁴⁵⁶GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro, cit., p. 134.

⁴⁵⁷MINISTÉRIO DO TRABALHO. Glossário. Disponível em: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 05out. 2004. Também em NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, ano 68, n. 7, p. 784, jul. 2004.

de sua raça reclamar perante a Comissão de Práticas Justas de Emprego (*Fair Employment Practices Commission*)⁴⁵⁸.

Como é possível notar, as ações afirmativas pretendem estabelecer políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, caracterizando-se, pois, por uma postura ativa do Estado. No caso da *Executive Order* nº 11246, o Estado assume uma postura ativa obrigando-se a somente contratar empresas que tenham programas de ação afirmativa que visam à inclusão de minorias ou mesmo dar preferência à contratação de empresas cuja composição societária também integre minorias.

É possível extrair das definições anteriormente expostas alguns componentes da ação afirmativa. O primeiro reside no fato de que se trata de uma política, portanto de uma ação pública ou privada de distinção autorizada, uma efetiva discriminação de uma maioria em favor de uma minoria como grupo favorecido. Importante ressaltar aqui o conceito de minoria como não sendo apenas o conceito numérico, mas o conceito baseado nas possibilidades de acesso às oportunidades sociais e ao poder estabelecido dentro de uma sociedade. Assim, um grupo pode ser numericamente superior, mas destituído de qualquer poder ou oportunidades sociais, lembrando a triste situação da população negra da África do Sul alguns anos atrás. Numericamente muito superiores, os negros não detinham sequer capacidade de voto ou mesmo tinham seu acesso restrito a determinados cargos ou funções.

Daí que alguns autores preferem tratar tais políticas como *discriminação positiva* ou, como nos EUA, alguns autores adotam a expressão *reverse discrimination*. Trata-se, efetivamente, de uma discriminação, mas despida do caráter odioso da figura de prejuízo para as minorias. A expressão *discriminação positiva* não parece ser a mais correta, pois implica a manutenção da denominação *discriminação*, ainda carrega a noção de atitude proibida, o que municia os grupos conservadores a atacá-la por ser um meio discriminatório. É que a postura tomada em uma ação afirmativa acaba sendo danosa para integrantes de um grupo majoritário ou dotado de supremacia na sociedade, mediante uma atitude promocional. Foi possível verificar no item 3.2.6.1. a afirmação de Danièle Lochak no sentido de que o termo discriminação tem uma origem neutra, mas atualmente tem natureza pejorativa. Essa noção pode ser maliciosamente usada para criticar um instituto tão positivo, motivo pelo qual, ainda que o termo *discriminação positiva* não seja

⁴⁵⁸GUGEL, Maria Aparecida. op. cit., p. 21.

equivocado, ao contrário, tecnicamente correto, o termo *ação afirmativa* parece mais intenso e positivo, desvinculado da idéia negativa que o termo *discriminação* carrega.

Importante ressaltar que a ação afirmativa não é tão somente um meio de combate à discriminação, mas também um meio de inclusão social. Como bem frisa Flávia Piovesan, o direito à igualdade, com respeito à diferença e à diversidade, somente pode ser conseguido em duas metas básicas: O combate à discriminação e a promoção da igualdade, sendo a ação afirmativa um meio de sua atuação contra o caráter excludente da discriminação⁴⁵⁹.

A ação afirmativa possui um componente essencial que é a consciência discriminatória para reconhecer que tais distinções persistem e fundamentam os passos a serem tomados no sentido de que seus efeitos não continuem a persistir, corrigindo as suas causas⁴⁶⁰. Assim, é fundamental que seja levado em conta na consideração da implantação de uma ação afirmativa a existência de discriminação histórica e consagrada. As opiniões exaradas pelos Juízes William Brennan e Harry Blackmun, ambos da Suprema Corte norte-americana, na decisão do caso *University of Califórnia v. Bakke* são claras em admitir que os efeitos da política de ação afirmativa ali questionada visava remediar os efeitos da discriminação ocorrida no passado, crônica, e o trato diferencial para quem não obtinha igualdade em uma situação historicamente consolidada⁴⁶¹. No mesmo sentido, Ronald Dworkin, ao comentar o caso *De Funis v. Odegaard* sobre o questionamento de um branco contra a política das ações afirmativas de uma universidade, sustenta que o argumento expendido pelo aluno recusado colide com o fato de que os negros foram vítimas da escravidão e da segregação racial e qualquer discriminação que os exclua será considerada insultante por eles, sejam quais forem os argumentos de bem-estar geral que possam ser utilizados para justificá-la⁴⁶². O componente histórico do reconhecimento de discriminações passadas será fundamental para justificá-las, atuando as ações afirmativas como meio de reparar esta injustiça historicamente perpetrada e atualmente influente na igualdade de oportunidades das minorias desfavorecidas.

⁴⁵⁹PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. op. cit., p. 196.

⁴⁶⁰VAL ALYSTINE, William W. Affirmative action and racial discrimination under law: a preliminary review. In: DONOHUE III, John J. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003. p. 61.

⁴⁶¹Citados por ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. op. cit., p. 287-288.

⁴⁶²DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 356.

A relação das ações afirmativas com a discriminação por efeito adverso é muito intensa e merece ser analisada em um tópico especial.

3.3.3. Sua relação mais próxima com a discriminação por efeito adverso

Como foi possível estudar no item 3.2.7, a discriminação por efeito adverso é uma modalidade discriminatória de percepção dificultada, até mesmo impossibilitada na sua implantação, na medida em que ela não é visível quando instituída. Quando possível, é percebida somente a partir do afloramento de seus efeitos perversos. O mito da existência de democracia racial no Brasil é um vívido exemplo, pois aparentemente considerado o Brasil um país amplamente miscigenado e racialmente integrado, a exclusão social dos cidadãos de pele mais escura é notória em dados econômicos e sociais que comprovam exatamente o contrário. Nossa população negra e mestiça sofre muito mais as consequências da exclusão social da qual é a principal vítima. Os índices de desemprego são maiores entre os negros, seus índices de qualidade de vida são estatisticamente muito inferiores aos dos brancos⁴⁶³, a população presidiária tem muito maior presença de pessoas negras e mestiças, ao contrário da participação na vida universitária, além da quase inexistência de população negra nos três poderes da República, principalmente nos postos mais elevados, em proporção completamente divorciada da porcentagem nacional de negros e mestiços.

Neste sentido, nada melhor que a cultura popular para definir a situação histórica do negro na sociedade brasileira. Os belíssimos versos do refrão do samba-enredo da tradicional escola de samba *Mangueira*, destacam bem esta situação. Entoadado no desfile de 1988, com o enredo *100 anos de liberdade, realidade ou ilusão*, o samba adotou uma postura realista sobre a situação do negro no Brasil, ao comentar a passagem do centenário da libertação dos escravos, nos seguintes termos:

⁴⁶³MALLET, Estêvão. op. cit., p. 23.

*Pergunte ao criador, quem pintou esta aquarela,
livre do açoite da senzala, preso na miséria da favela.*⁴⁶⁴

No intuito de coibir ou tentar reparar os efeitos dessa nefasta situação, as ações afirmativas têm sua maior proximidade com a discriminação por efeito adverso. De difícil percepção, portanto muito mais difícil de ser vencida por mecanismos reparatórios, as ações afirmativas podem favorecer grupos historicamente discriminados, seja por atuação direta como por exemplo o estabelecimento de cotas para preenchimento de vagas, seja por meio indireto, favorecendo situações de trabalhadores de determinada classe desfavorecida, como a concessão de transporte de melhor qualidade e menor preço para localidades preponderantemente habitadas por minorias raciais, para facilitar o acesso das minorias ao ensino regular e profissionalizante. Portanto, as ações afirmativas se alinham muito bem como mecanismo a evitar os efeitos da discriminação por efeito adverso, principalmente as de percepção mais dificultada.

As situações constatadas por estatísticas sociais e pesquisas nacionais efetuadas por institutos especializados permitem uma aproximação bem maior da ação afirmativa com suas finalidades, posto que tais estatísticas e pesquisas servirão de meio a comprovar os efeitos da discriminação. Na situação da discriminação racial no Brasil, os principais índices estatísticos como o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH e os dados coletados na Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD, comprovam perfeitamente os efeitos da discriminação por efeito adverso. Comparados com os dados populacionais, é possível extrair dados que venham a considerar determinado efeito adverso e, até mesmo, orientar a própria ação afirmativa a ser implementada para combate à discriminação verificada.

Assim, considerando tais aspectos das ações afirmativas, resta estudar a sua constitucionalidade, assunto extremamente polêmico nos dias atuais, principalmente em face das ações afirmativas no ramo da educação, especialmente quanto ao acesso à universidade, tanto no Brasil como nos Estados Unidos.

⁴⁶⁴AGENDA do Samba e do Choro. Disponível em: <<http://www.samba-choro.com.br/s-c/tribuna/samba-choro.0011/0942.html>>. Acesso em: 09 dez. 2004.

3.3.4. Sua constitucionalidade

Como foi possível verificar no item 2.6 da presente dissertação, é verificada na Constituição Federal de 1988 uma considerável alteração do enfoque dado à igualdade em comparação com os textos constitucionais anteriores. Eles sempre foram baseados na igualdade formal e em uma postura negativa de abstenção do Estado. No texto atual, é possível verificar o estabelecimento de duas vertentes da igualdade, como desdobramento das duas vertentes do princípio da dignidade humana. Um sentido negativo da igualdade é verificado na proibição de trato desigual e um sentido positivo é verificado na ordem de equalização social, como já foi tratado.

Carmem Lúcia Antunes Rocha assevera que a Constituição Federal de 1988 veio a fornecer uma nova topografia da igualdade, onde o novo texto refez seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores e novas formas, construindo-se uma situação inédita⁴⁶⁵. Nela, verifica-se o conteúdo dinâmico e ativo da igualdade em muitos aspectos do texto constitucional, merecendo o destaque e o comentário sobre as principais passagens do texto que reafirmam a idéia de uma igualdade ativa na busca da justiça social.

A primeira passagem é verificada no preâmbulo da atual carta, quando é mencionado que a promulgação tem alguns objetivos ali destacados, conforme transcrição abaixo efetuada:

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.

⁴⁶⁵ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. op. cit., p. 288.

Em nosso atual texto constitucional fica evidente o sentido de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, com base em uma igualdade e na justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, ou seja, deixa de ser uma mera garantia individual como foi consolidada em outros textos constitucionais, para uma afirmação de valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido, como assevera a jurista mineira⁴⁶⁶.

Como já demonstrado no primeiro capítulo, a dignidade da pessoa humana se ergue como valor maior de todo o ordenamento jurídico nacional a significar a justiça contida no preâmbulo de nossa Constituição, o qual guiará a igualdade definida nas normas constitucionais fundamentais que se seguem.

Talvez o mais importante diferencial de todas as normas constitucionais anteriores seja o terceiro artigo do texto constitucional, o qual estabelece quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, merecendo citar os seguintes termos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Carmen Lúcia Antunes Rocha lembra bem que os termos do texto constitucional significam ações (construir, garantir, erradicar, reduzir e promover), dentro da vertente da dignidade humana que pressupõe a conduta positiva do Estado. A dignidade humana deve ser efetivada com a obtenção do desenvolvimento da personalidade humana. É possível vislumbrar, no primeiro inciso, a preocupação do constituinte com a construção

⁴⁶⁶ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. op. cit., p. 289.

de uma sociedade livre, justa e solidária, deixando para trás uma postura abstencionista típica dos estados liberais, com a adoção da noção de justiça social com solidariedade, e baseada nos princípios da democracia.

Por outro lado, a noção da consciência social da ação afirmativa fica muito presente quando o texto constitucional reconhece a existência da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais. Nesse ponto, a afinidade do texto constitucional com as ações afirmativas é muito intensa, pois carrega o necessário reconhecimento das diferenças de toda a natureza que, de modo dinâmico e inter-relacionado, assolam a maior parte da população brasileira. E também reconhece o texto constitucional que nossa sociedade não é livre, não é justa e não é solidária, dependendo de sua construção para que sejam atingidos os objetivos fundamentais, constituindo um Estado que os concretize mediante ações promocionais das pessoas desfavorecidas pelos fatores acima apontados⁴⁶⁷. O texto constitucional está em perfeita consonância com a narrativa popular exposta no samba-enredo acima transcrito. A miséria, a pobreza, a marginalização e as diferenças salariais levam à discriminação das populações negras e mestiças, cuja liberdade formal não foi acompanhada de uma liberdade de fato.

No campo das garantias individuais da igualdade como demonstração de sua postura negativa, é possível verificar também no artigo 5º e seus numerosos incisos uma clara mudança de postura em relação às constituições anteriores. Com efeito, o atual texto constitucional traz uma proibição expressa de tratamento desigual, diversa da não discriminação, consoante os seguintes termos:

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

A diversidade não somente reside na *distinção de qualquer natureza* diversa da discriminação, tratada no artigo 3º, IV, como também em dois outros incisos do artigo 5º, os quais mencionam expressamente:

⁴⁶⁷ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. op. cit., p. 289.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Podemos notar, portanto, o tratamento muito mais amplo e preciso concedido pela atual Constituição à proibição de trato desigual e proibição da discriminação, distinguindo tais conceitos para não somente atuar na clássica vertente negativa da proibição da discriminação, mas também na vertente promocional da pessoa humana. Mas não é só.

No artigo 23, X, ao definir a competência comum da União, Estados e Municípios, dispõe um dos incisos a competência para todos eles tratarem de:

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

No dispositivo constitucional em referência, as ações ali estabelecidas são semelhantes aos objetivos estabelecidos no artigo 3º do texto constitucional, mediante uma promoção de integração social dos setores desfavorecidos. Verifica-se que os objetivos das ações afirmativas estão exatamente previstas nessas disposições constitucionais, encontrando uma expressa aceitação dentro do texto constitucional pelo mencionado artigo.

Entretanto, o que mais chama a atenção dos constitucionalistas é o fato de o texto constitucional de 1988 mencionar tratamento diferenciado promocional em várias passagens, merecendo maior destaque as disposições do artigo 37, VIII, que, ao tratar da administração pública, expressamente estabelece uma política de ação afirmativa muito comum que é a reserva de vagas para minorias historicamente prejudicadas na seleção:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

A Constituição nada mais fez que prever o uso de reserva de vagas no serviço público destinadas às pessoas portadoras de deficiência e seus critérios de admissão, incumbência transferida para a lei ordinária. Os portadores de deficiência, historicamente discriminados não somente no serviço público como também na iniciativa privada, receberam do texto constitucional um tratamento diferenciado promocional expresso para ingresso no serviço público. Trata-se da mais comum ação afirmativa que se tem notícia. Como afirma Carmem Lúcia Antunes Rocha, a disposição do artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988 *é a expressão ou revelação do que contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desiguada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente.*⁴⁶⁸

Outros tratamentos desiguais são dados no próprio texto constitucional a grupos ou pessoas historicamente desfavorecidos. No artigo 170, IX, nos princípios gerais da atividade econômica, conforme redação dada pela emenda constitucional nº 6 de 15.08.95, as empresas de pequeno porte terão *tratamento favorecido*⁴⁶⁹, situação expressamente contrária ao entendimento da igualdade clássica de todos perante a lei, e que teria uma conjunção de objetivos com o inciso VII do mesmo artigo, que afirma que a ordem econômica também tem como princípio a redução das desigualdades regionais e sociais.

Do mesmo modo, o tratamento diferenciado em forma de *proteção especial* é conferido pelo texto constitucional às crianças e aos adolescentes no artigo 227, visando a uma melhor perspectiva desses grupos sociais, bem como aos portadores de deficiência sensorial ou mental entre outras necessidades especiais. Por fim, insta lembrar que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 230, aufere especial tratamento aos idosos, assegurando-lhes a obrigação de amparo pela família, pela sociedade e pelo Estado, a

⁴⁶⁸ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. op. cit., p. 292.

⁴⁶⁹BRASIL. Constituição Federal. **IX** - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

participação na comunidade como forma de defesa de sua dignidade e bem-estar, bem como a garantia à vida. Mais uma vez, é possível verificar a existência da previsão de uma política promocional de determinado grupo dotado de proteção especial, notadamente pelas situações de abandono que se encontram as pessoas idosas.

No plano infra-constitucional, sem qualquer oposição doutrinária ou jurisprudencial, já foram instituídas outras políticas de tratamento diferencial que procuram obter uma atitude promocional de grupos historicamente discriminados, com características peculiares das ações afirmativas. Um dos maiores e mais destacados exemplos que pode ser notado neste sentido é a reserva de vagas para candidaturas a cargos eletivos, legalmente prevista em favor das mulheres, por meio da Lei 9.100, em seu artigo 11, § 3º, que estabelece normas para a realização de eleições, ao exigir que vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido, deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres. A exigência foi repetida de forma ampliada dentro da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, a qual definiu exatamente que:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Tal exigência decorre da notória ausência da mulher na ocupação de cargos eletivos, demonstrando que, apesar de ser um pouco mais da maioria da população, trata-se de uma minoria política. E tal exigência, existente no ordenamento jurídico desde 29 de setembro de 1995 em vinte por cento, majorada para trinta por cento desde 30 de setembro de 1997, jamais sofreu qualquer questionamento mais profundo em quase dez anos de vigência, ao contrário das cotas para negros nas universidades fluminenses. Frise-se ainda que o artigo 5º da Constituição, em seu inciso I, dispõe exatamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos do texto constitucional. Essa última disposição, aparentemente, poderia macular de inconstitucionalidade as cotas eleitorais, por

ofensa ao princípio da igualdade ampla entre os sexos. Contudo, isto não ocorre pois a reserva de vagas eleitorais está em conformidade com as disposições do artigo 3º do próprio texto constitucional.

Por fim, cumpre lembrar que o Governo Federal, através do Decreto 4.228 de 13 de maio de 2002, instituiu, no âmbito da administração pública federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, visando contemplar as seguintes atividades:

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Portanto, verifica-se que as ações afirmativas são plenamente aceitas e até recomendadas pelo texto constitucional vigente, tornando-se política evidente e instituída para promoção das minorias historicamente desfavorecidas. Joaquim Barbosa Gomes afirma que a constitucionalidade da diferenciação estabelecida por tais políticas depende de uma justificação que tenha um conteúdo razoável, devendo ser uma motivação objetiva, racional e suficiente como elementos de racionalidade. E como elemento de proporcionalidade, deve ser um ajuste de situações desiguais. Estabelece ainda o

constitucionalista em referência, que a legislação infraconstitucional deva respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material, devendo a diferenciação:

a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais;

b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação;

c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.⁴⁷⁰

A discussão da constitucionalidade das ações afirmativas nos Estados Unidos da América é assunto tormentoso, muito dependente da composição da Suprema Corte norte-americana, composição essa que nos últimos anos tem recebido fortíssima influência conservadora estabelecida pelos governos republicanos de Ronald Reagan e George Bush com a nomeação de Juízes conservadores, alguns explicitamente contrários a políticas deste naipe.

A constitucionalidade das ações afirmativas foi inicialmente discutida no caso *United Steelworkers v. Weber*⁴⁷¹, caso onde a empresa *Kaiser Aluminium Chemical Corp.*, do Estado sulista da Louisiana firmou com o sindicato local um acordo pelo qual 50% das vagas do programa de treinamento da empresa seriam ocupadas por negros até que o número de empregados negros qualificados fosse compatível com o número de negros na localidade de sua atuação. Até então, os negros qualificados na empresa totalizavam 1,8% ao passo que a população negra local era de 39%. O empregado Brian Weber, branco, portador de antiguidade superior a vários negros, deixou de ser selecionado, e ajuizou uma *class action* na qual alegava que o plano de ação afirmativa instituído violava as normas proibitivas de qualquer forma de discriminação, até mesmo aquelas previstas no Título

⁴⁷⁰GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro, cit., p. 146.

⁴⁷¹SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 443 U.S. 193, 99 S. Ct. 2721, 61 L. Ed. 2d.480 (1979).

VII⁴⁷². As duas instâncias inferiores da Justiça Federal acolheram a inconstitucionalidade do plano acordado entre a empresa e o sindicato, decisões que foram reformadas na Suprema Corte, que considerou o acordo firmado como constitucional⁴⁷³.

Reconhecendo a natureza voluntária da ação afirmativa, a decisão da Suprema Corte reconheceu a legalidade do acordo mediante dois aspectos principais. O primeiro reside no fato de que o acordo coletivo pressupõe vasto consenso no meio sindical e, em segundo lugar, reconheceu que era uma medida temporária que seria abandonada tão logo fosse o equilíbrio atingido. Ao reconhecer a possibilidade da ação afirmativa voluntária, a referida decisão reconheceu que a proibição de discriminação prevista no artigo 703 (a) e (d) deve ser lida à luz da história legislativa do Título VII e do contexto histórico de que a lei surgiu, sendo que a proibição da ação afirmativa com base no referido diploma seria produzir um resultado oposto ao seu objetivo⁴⁷⁴.

Contudo, em 1989, a Suprema Corte teve uma posição um tanto quanto diversa, já com uma composição bem mais conservadora em face de seguidas nomeações feitas por governos republicanos contrários a tais políticas. A Corte derrubou a validade de um programa habitacional pelo qual a cidade de Richmond, no Estado da Virginia, estabeleceu uma política pela qual as contratações de construção deveriam ser feitas com um percentual mínimo de 30% de empresas cuja composição societária fosse integrada por minorias. O governo local percebeu que 50% da população da referida cidade era negra, mas 0,67% das empresas de construção da cidade eram reconhecidas como empresas possuídas por minorias, verificando-se uma ampla discriminação historicamente consolidada. No mesmo esteio do Título VII e de um programa aprovado pelo Congresso Nacional chamado *Public Workers Employment Act*, o governo da cidade decidiu elaborar um plano o qual tinha por inspiração o mesmo contexto do favorecimento das empresas detidas por minorias. O referido programa do congresso federal norte-americano instituído em 1977 tinha a impressionante dotação de 4 bilhões de dólares, e exigia que ao menos 10% das construções deveriam ser feitos por empresas detidas por minorias⁴⁷⁵. Esse

⁴⁷²GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA*, cit., p. 203.

⁴⁷³Id., loc. cit.

⁴⁷⁴Id. ibid., p. 205.

⁴⁷⁵SULLIVAN, Kathleen M. *City of Richmond v. J. A. Croson Co. The backlash against affirmative action*. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1610, June 1990.

programa já havia sido analisado pela Suprema Corte no caso *Fullilove v. Klutznick*⁴⁷⁶, decisão que manteve a orientação do congresso norte-americano como constitucional⁴⁷⁷.

A Suprema Corte norte-americana decidiu derrubar o plano da cidade de Richmond em decisão proferida no caso *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*⁴⁷⁸, com uma votação majoritária de seis votos contra três. Entendeu o voto condutor da Juíza Sandra Day O'Connor que a teoria do *strict scrutiny* pede uma inequívoca demonstração de que a indústria da construção civil de Richmond tivesse participado, tanto diretamente por suas práticas discriminatórias, como indiretamente tal qual um participante passivo no sistema de exclusão racial, o que não restou demonstrado. Tal demonstração pretendia referendar que um interesse geral que venha a compelir determinado agente a retificar os efeitos da discriminação passada seja causada pelo próprio autor da injustiça. Também entendeu a decisão em questão que a cidade de Richmond não demonstrou adequadamente, como deveria dentro das exigências da teoria do *strict scrutiny*, que o plano foi cuidadosamente elaborado e talhado para retificar somente os efeitos de sua discriminação ativa ou passiva⁴⁷⁹. O acórdão adotou a teoria de que as medidas de classificação racial são estritamente reservadas para funções remediais, e deverão ser estritamente talhadas para assegurar uma proximidade muito grande com os objetivos remediais. O conservador Juiz da Suprema Corte Antony Scalia, em voto convergente, foi mais além ao afirmar que todas as classificações raciais feitas por governos estaduais e locais não são permissíveis⁴⁸⁰. O uso do teste do *strict scrutiny* foi utilizado contra as intenções do plano de remediar uma discriminação histórica, ao invés de ser utilizado contra uma ação discriminatória como teria sido historicamente utilizado, imputando à cidade autora do plano, e não contra a indústria da construção civil, um pesado ônus de demonstrar a necessidade de um remédio contra uma evidente discriminação.

A forma pela qual foi empregado o teste do *strict scrutiny* colocou em sério risco a constitucionalidade das ações afirmativas, uma vez que, tanto para verificar situações discriminatórias, como para verificar a acuidade das ações afirmativas que visam combater tais situações discriminatórias, teria adotado o mesmo critério e imposto ao autor

⁴⁷⁶448 U.S. 448 (1980) *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/448/448.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

⁴⁷⁷SULLIVAN, Kathleen M. op. cit., p. 1610.

⁴⁷⁸488 U.S. 469 (1989). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/488/469.html>>. Acesso em: 19 out. 2004.

⁴⁷⁹DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 414.

⁴⁸⁰SULLIVAN, Kathleen M. op. cit., p. 1611.

das ações afirmativas pesado ônus de prova e de convencimento sobre sua racionalidade e razoabilidade. Felizmente, esse risco foi atenuado pela recente e muito comentada decisão da mesma Suprema Corte sobre o questionamento da política de admissões da Universidade de Michigan no caso *Grutter v. Bollinger*. Nessa decisão a Suprema Corte entendeu que a *equal protection clause* residente na 14^a emenda da constituição norte-americana não proíbe critérios devidamente formatados de utilização da raça em função do benefício educacional que traz e os programas conscientes de admissão por raças assegura a todos cidadãos o objetivo da própria igualdade⁴⁸¹, encontrando a adequada formatação dentro da teoria do *strict scrutiny*, não sendo esta ainda abandonada.

É possível notar, portanto, que as decisões envolvendo os casos de ações afirmativas são polêmicos. Com efeito, um componente político-filosófico é sempre influente nas decisões desses casos, principalmente nos Estados Unidos da América onde a disposição constitucional de igualdade é puramente formal, sendo construída uma interpretação aberta em função do grave problema social que a discriminação racial ocupa naquele país. Já no Brasil, a discussão da constitucionalidade é muito mais tranqüila no sentido de que, ainda que também tenhamos graves disparidades sociais e raciais, de modo amplo e até mesmo expresso em várias situações, a desigualdade deve ser legalmente tomada com o objetivo de obter uma igualdade dinâmica, havendo ampla permissão constitucional para estabelecer ações afirmativas no nosso país.

3.3.5. Seus objetivos

Os objetivos das ações afirmativas são variados, e devem ser estudados como forma de estabelecermos aquela noção de racionalidade e razoabilidade tão bem esposadas por Joaquim Barbosa Gomes no tópico anterior.

As políticas de ações afirmativas detêm uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social em que se encontram as minorias e visam encontrar meios de coibir a discriminação atual, mas sobretudo tentar eliminar os efeitos persistentes

⁴⁸¹SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *GRUTTER V. BOLLINGER* (02-241) 288 F.3d 732, affirmed. Disponível em: <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZO.html>>. Acesso em: 05 out. 2004.

da discriminação consolidada no passado e que tendem a se perpetuar. As políticas de ação afirmativa podem ajudar a superar os obstáculos e as condições concretas que impossibilitam o gozo da igualdade constitucionalmente assegurada.

Igualmente, tais políticas visam estabelecer uma igualdade de oportunidades buscando assegurar uma possibilidade de igualdade nos resultados. É constituída uma diferenciação na largada da disputa, para que todos os competidores possam competir em condições de igualdade, portanto uma igualdade de oportunidades. A igualdade deixa de ser uma mera garantia, para se tornar o próprio objetivo, mediante a constituição de desigualdades.

Seus resultados são verificados na atualidade. Richard Dworkin defende tal assertiva baseando-se em um exaustivo trabalho formulado por pesquisadores consagrados como William G. Bowen e Derek Bok, ex-presidentes das Universidades de Princeton e Harvard, respectivamente, cujo trabalho levantou dados de 80.000 estudantes de 28 das mais respeitáveis escolas de direito nos EUA, desde 1951 a 1989, com participação de escolas de elite que adotam ações afirmativas para preenchimento de seus cargos. O detalhado estudo *The shape of the river* dos autores acima permitiu a Richard Dworkin afirmar que as ações afirmativas, no âmbito das universidades, não são contraproducentes como muitos autores sustentam, ao contrário, demonstraram ter bastante sucesso⁴⁸².

Uma visão importante das ações afirmativas é estabelecer a curto prazo a possibilidade de minorias ascenderem à universidade, situação atualmente não permitida. Com essa permissibilidade, as majorias também podem ter maior contato com as minorias, convivendo com a tolerância diante da diversidade, situações que poderão permitir a médio prazo a redução gradual da discriminação historicamente consolidada. E, a longo prazo, permitirá que as minorias ascendam a cargos de poder com maior igualdade de oportunidades e que as majorias saibam conviver com as diversidades das minorias até mesmo nas esferas de poder. Com isso, haverá maior chance de eliminação dos efeitos da discriminação.

⁴⁸²DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*, cit., p. 408.

3.4. A obrigação de não discriminar e o direito do trabalho

Concluindo o capítulo sobre a discriminação, cabe ao estudo proferir algumas considerações sobre a obrigação de não discriminar e o direito do trabalho. Como pode ser observado, a definição de discriminação para as relações do trabalho guarda algumas características próprias.

Algumas considerações sobre a igualdade e o direito do trabalho são perfeitamente aproveitáveis no estudo sobre a obrigatoriedade de não discriminação, posto que essa última é uma vertente negativa da primeira. A obrigação de não discriminação é um princípio aplicável não somente às relações do trabalho, mas também a qualquer outra relação jurídica, como uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, uma das realizações da relação jurídica fundamental explicada por Karl Larenz no primeiro capítulo. Trata-se, portanto, da classificação de um direito constitucional laboral inespecífico, eis que não é um direito especificadamente laboral, mas podem ser exercitado pelos sujeitos das relações do trabalho, no seu âmbito, por adquirirem um conteúdo ou dimensão laboral superveniente, sendo o titular desse direito o trabalhador assalariado ou o empresário, na qualidade de sujeitos de uma relação trabalhista⁴⁸³.

Trata-se de um princípio do direito do trabalho, segundo vários autores, merecendo maior destaque a consideração de Américo Plá Rodríguez, um clássico autor sobre o assunto. Com efeito, o grande mestre uruguaio afirma que a proibição de discriminação é um direito fundamental do direito laboral, que se encontra na mesma base dos direitos humanos porque protege o homem em qualquer circunstância ou condição⁴⁸⁴. A mesma opinião é comungada por Pinho Pedreira, para quem a proibição de discriminação arbitrária é princípio do direito do trabalho, como consequência de outro princípio do direito laboral, o direito de igualdade de tratamento dos iguais em identidade de circunstâncias⁴⁸⁵. Alfredo J. Ruprecht também destaca a não discriminação como princípio do direito do trabalho, em face de várias aparições em convenções e tratados internacionais, em especial a figuração no próprio Tratado de Versalhes, que previa a

⁴⁸³PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. op. cit., p. 95.

⁴⁸⁴PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Nuevos aportes sobre la protección a la intimidad del trabajador. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998. p. 203.

⁴⁸⁵PINHO PEDREIRA, Luiz de. *A discriminação indireta*, cit., p. 402.

igualdade de retribuição sem distinção de idade, sexo, estado, religião ou idéias políticas⁴⁸⁶. Afirma o referido jurista que o fundamento do princípio está em que todos os homens têm os mesmos direitos, razão pela qual se devem fazer distinções por questões alheias ao trabalho em si mesmo⁴⁸⁷.

A obrigação de não discriminação é adotada como direito fundamental do trabalhador pela Organização Internacional do Trabalho, conforme o texto aprovado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86ª reunião em 18 de junho de 1998, em que seu artigo 2º considera como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, no item “d”, *a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*⁴⁸⁸. Diante dessas considerações, é inequívoca a consideração da obrigação de não discriminar como princípio do direito do trabalho.

As implicações deste princípio nas relações do trabalho são muito importantes. Se de um modo o princípio vem a proteger o trabalhador contra atitudes discriminatórias tomadas por seu empregador, reciprocamente, o princípio limita o poder do empregador contratar e dirigir a prestação laboral, proibição essa que decorre de obrigação constitucional imposta ao Estado, mas com sérios reflexos nas relações privadas.

No item 2.7, já se discorreu sobre o *Drittwirkung der Grundrechte* decorrente da interação entre o direito do trabalho e o direito constitucional geral aplicado às relações do trabalho. Claramente, há um antagonismo entre a obrigação de não discriminar e a liberdade contratual do empregador, sendo que a aplicação exagerada do princípio da igualdade leva inevitavelmente à anulação da autonomia privada⁴⁸⁹. Como pode ser visto no exame da conceituação de discriminação, verifica-se uma proibição da distinção arbitrária por parte do empregador, somente permitida quando dotada de razoabilidade decorrente da necessidade da atividade empresarial.

A intervenção estatal na proibição da discriminação relativiza o poder do empregador dirigir suas atividades empresariais, e é fundamento para grandes questionamentos. Marzia Barbera revela que as doutrinas laborais que afirmam a eficácia

⁴⁸⁶RUPRECHT, Alfredo J. op. cit., p. 102.

⁴⁸⁷Id., loc. cit.

⁴⁸⁸ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edílson Alkmim Cunha, p. 9. Impressão: Estação Gráfica Ltda. Genève, 1998, ISBN 92-2-811556-4.

⁴⁸⁹VENTURA, Luciano. *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 19.

intersubjetiva das disposições constitucionais de igualdade, ou que teorizam o controle dos atos do exercício de poder organizativo-disciplinar do empregador nas luzes do princípio da ordem público-constitucional, são decisivamente minoritárias em face de uma mentalidade privatística prevalecente no pós-guerra⁴⁹⁰. Neste ambiente é que foram as teorias anti-discriminatórias sujeitas a uma análise mais profunda, onde a liberdade de contratação e de ação dos empregadores sempre foi destacada. Daí, foi constituída uma noção de proibição de arbítrio nas decisões do empregador. Como consequência, ao empregador foi constituído o ônus de justificação, valorizando a racionalidade e o bom senso, exigindo do empregador um motivo legítimo ou de uma adequada justificação das decisões concernentes à gestão da mão-de-obra⁴⁹¹.

Daí que o direito do trabalho aponta nas questões do trato igual dos trabalhadores uma limitação aos poderes do empregador. Alguns autores como Guilherme Machado Dray, no entanto, sustentam que devem ser admitidas algumas (criteriosas) limitações ao princípio geral da autonomia privada, sem que delas possa resultar um sacrifício excessivo da liberdade individual e a obnubilação da autonomia pessoal⁴⁹². Mas tais limitações da autonomia privada devem ser formadas a partir das ações que venham a incorrer em desvalor da dignidade humana do trabalhador⁴⁹³. Portanto, não deve ser apenas criteriosa a limitação da autonomia privada do empregador, mas necessária em toda atitude em que a pessoa humana no caso concreto, e a humanidade por via reflexa, estejam ameaçadas, ainda que se situe o ato em questão dentro dos limites fixados pelos poderes do empregador. Assim, sacrifícios excessivos, na linguagem do jurista lusitano, podem ser necessários na manutenção da dignidade da pessoa humana, ficando de um lado a dignidade humana a ser respeitada e de outro a autonomia privada, de modo que o princípio da igualdade no direito do trabalho deve ser um princípio aberto e dinâmico, sujeito a apreciações de caso a caso dentro dos parâmetros acima estabelecidos⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰BARBERA, Marzia. *op. cit.*, p. 53.

⁴⁹¹*Id.* *Ibid.*, p. 56.

⁴⁹²DRAY, Guilherme Machado. *op. cit.*, p. 176.

⁴⁹³*Id.* *Ibid.*, p. 183.

⁴⁹⁴*Id.*, *loc. cit.*

4. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS

O presente capítulo pretende explicar o que são e quais os mecanismos antidiscriminatórios atualmente existentes. Irá proceder algumas classificações e comentará as vantagens e problemas dos mecanismos apresentados.

Os mecanismos antidiscriminatórios têm como finalidade impedir ou atenuar a prática da discriminação contra seres humanos. Eles são constituídos por vários dispositivos reunidos em torno de um objetivo comum que é alcançar a inexistência de práticas discriminatórias ou pelo menos sua diminuição.

Nos capítulos anteriores foram demonstradas as razões do combate à discriminação. A preservação da dignidade da pessoa humana e sua igualdade perante os demais seres humanos construíram o princípio da não discriminação, princípio este que proíbe a prática de atitudes discriminatórias por qualquer agente contra qualquer pessoa humana. Esta proibição somente pode ser efetivada mediante a adoção de mecanismos, desde os mais simples como uma mera proibição legal ou constitucional, até os mais complexos como uma ação afirmativa, por exemplo.

São muitos os mecanismos antidiscriminatórios atualmente existentes e no transcorrer dos próximos capítulos eles serão analisados dentro de contextos localizados de algumas comunidades. Além disso, cabe ponderar que os mecanismos antidiscriminatórios devem ser dinâmicos pois a discriminação também é muito dinâmica assumindo, cada vez mais, formas menos perceptíveis ou mais escamoteadas. Portanto, os mecanismos antidiscriminatórios devem ser necessariamente flexíveis para que possam ser ajustados às necessidades do combate à discriminação.

Diante da variedade de mecanismos existentes será importante a realização de algumas classificações baseadas em determinados critérios, para seu melhor estudo e análise.

4.1 Classificação pela fonte

A fonte dos mecanismos antidiscriminatórios pode ser o melhor critério de classificação. As fontes permitem separar melhor os mecanismos existentes e, pela sua natureza, permitem visualizar o teor de importância e a preocupação social no combate a discriminação. Mediante este critério, é possível distinguir os mecanismos antidiscriminatórios em cinco grupos distintos: (1) fontes legislativas, (2) fontes administrativas, (3) fontes negociais, (4) fontes judiciais e (5) fontes privadas.

4.1.1. Fontes legislativas

Os mecanismos antidiscriminatórios introduzidos por fontes legislativas foram os primeiros a ser conhecidos, e é ainda hoje o maior grupo. Podemos subdividir em três as fontes legislativas: (a) constitucionais, (b) infra-constitucionais e (c) tratados internacionais. Os mecanismos legislativos são manifestações estatais que estabelecem proibições ou ordenam comportamentos com finalidades antidiscriminatórias.

Os mecanismos legislativos vieram consagrar, inicialmente, uma postura exclusivamente proibitiva das discriminações contra determinados grupos. Posteriormente, eles passaram a autorizar a adoção de políticas e ações com o intuito de favorecer minorias. Mais adiante, tais mecanismos passaram a conter disposições ordenando políticas gerais e coordenadas, em caráter amplo, para o combate à discriminação.

Muitos são os mecanismos introduzidos pelas fontes legislativas, sendo o maior grupo de mecanismos existente. Por tratar-se de mecanismos com origem constitucional e legal, possuem alto poder de coercibilidade quando devidamente conhecidos pela sociedade e com fácil acesso aos meios de cumprimento.

4.1.2. Fontes administrativas

A evolução histórica da humanidade incumbiu ao Estado o dever de promover a igualdade efetiva e o combate à discriminação. Não obstante o Estado venha a manifestar pela legislação tais objetivos, seriam estes inócuos se não houvesse uma atuação efetiva do Estado no seu cumprimento.

São muitas as possibilidades de atuação do Estado no combate contra a discriminação, por meio de sua estrutura administrativa. A primeira delas e a mais interessante é a criação de um organismo ou agência especializada no combate à discriminação com inúmeras tarefas a ser cumpridas. Este mecanismo visa, em linhas gerais, atingir os seguintes objetivos: (a) aplicação e fiscalização dos mecanismos antidiscriminatórios legislativos; (b) interpretação e adequação das normas legais antidiscriminatórias; (c) proposição de procedimentos de cumprimento e conciliações; (d) orientações, educação e treinamento sobre normas e condutas antidiscriminatórias; (e) estabelecimento e orientação sobre ações afirmativas; (f) conscientização social sobre atitudes discriminatórias e sua eliminação; (g) orientação e fiscalização das posturas antidiscriminatórias dentro da própria administração estatal; (h) poder para aplicação de sanções administrativas contra atitudes discriminatórias; (i) poder para atuar administrativa e judicialmente em favor de pessoas ou grupos discriminados e (j) poder de coleta e obtenção de dados e informações sobre as condições de trabalho e de admissão de grupos ou indivíduos discriminados.

Estas medidas a ser tomadas por uma agência governamental deverão ser integradas a uma política estatal coordenada contra a discriminação nas relações de trabalho e em todos os demais relacionamentos sociais. A atuação isolada de uma agência ou organismo de um ente governamental é insuficiente para o combate à discriminação. A atuação deste organismo deverá estar agregada a uma política antidiscriminatória ampla, de preferência gerida e planejada pelos mais altos escalões administrativos para que influencie e seja aplicada a toda a administração estatal, como objetivo.

A política geral antidiscriminatória deve ser um conjunto coerente de políticas públicas destinadas a combater a discriminação, não somente atuando em aspectos como o acesso ao trabalho e ao emprego, bem como nos campos da educação, da

seguridade social e acesso e fornecimento de bens e serviços a grupos discriminados. Trata-se de um conceito de integração de todas as políticas gerais desenvolvidas pela atuação estatal e supra-estatal. Esta integração será um verdadeiro princípio que agregará todas as políticas que proponham a igualdade de oportunidades, tanto na elaboração, execução e seguimento de todas as ações do Estado.

O primeiro aspecto em que o Estado pode mostrar eficiência no combate à discriminação seria a restrição de apoio a integrantes da iniciativa privada que praticarem discriminação. Os mecanismos de limitação de apoio à iniciativa privada em troca de ações antidiscriminatórias tem se revelado bastante eficientes, bastando exemplificar alguns deles: (a) a proibição de contratação de empresas que pratiquem atos discriminatórios; (b) a restrição de crédito oficial para entidades envolvidas com atos discriminatórios; (c) a exigência de ações afirmativas para concessão de benefícios; (d) exigências de relatórios e apresentação de estatísticas de empregabilidade de determinados grupos para a concessão de benefícios e incentivos; (e) premiações das entidades privadas que mais se destacarem no combate à discriminação, entre outros meios que poderão ser criados.

Mas uma atuação administrativa não poderá estar restrita tão somente a tais atitudes. Em termos de uma ação social ampla, o estabelecimento de programas de ação social que combatam a discriminação deverá atuar em três frentes: (a) conscientização; (b) combate e (c) promoção social.

Na primeira delas, o Estado deverá propor e fomentar o diálogo social entre as entidades governamentais e não governamentais que lutem contra a discriminação. Por outro lado, de modo conjunto, deverá promover campanhas publicitárias integradas para a conscientização da sociedade sobre o tema. Como já foi observado anteriormente, somente a conscientização social permite que mecanismos antidiscriminatórios sejam adotados com maior eficiência. A própria sociedade precisará debater e localizar as posturas discriminatórias mais comuns para a adoção de ações que promovam a igualdade real e o equilíbrio social. Sem a devida conscientização não há ação antidiscriminatória eficiente, necessitando despertar a sociedade para o problema. Esta ação deve ser a mais abrangente possível, com possibilidade de um livre debate para detectar as ações discriminatórias mais comuns.

Um segundo aspecto de um programa de ação social é o combate efetivo da discriminação em diversas modalidades: (a) programas de ação social visando eliminar a desigualdade social e econômica existente em grupos minoritários; (b) concessão de facilidades financeiras e tributárias para organizações que efetivamente venham a lutar contra a discriminação de qualquer espécie; (c) municiamento destas organizações para que tenham condições de atuar administrativa e judicialmente em favor de grupos e pessoas discriminadas na defesa de direitos e (d) modificações de padrões e estereótipos adotados contra determinados grupos discriminados.

O terceiro aspecto a ser enfrentado é a promoção social dos grupos discriminados e socialmente excluídos, talvez o mais difícil e oneroso papel para o Estado. As vítimas de uma discriminação consolidada ao longo do tempo dependerão de vontade política intensa e uma ação firme do Estado para que superem a discriminação existente. Várias são as medidas a serem propostas, bastando apontar algumas delas como: (a) a formação educacional e profissional diferenciada para inserção social dos grupos discriminados e excluídos; (b) a formação educacional geral e ampla que ensine o convívio conjunto, a tolerância social e a preservação da diversidade; (c) superação das diferenças sociais com um amplo programa de inclusão social dos grupos discriminados e (d) a adoção de meios de inserção forçada baseada em facilidades de ascensão social e de melhoria da condição de vida das comunidades discriminadas.

Neste último grupo é possível incluir as ações afirmativas como uma política de inserção social forçada baseada em discriminações positivas. Elas pressupõem a criação de facilidades de toda a espécie em favor de grupos discriminados para superação das práticas discriminatórias existentes até que seja percebido o efetivo equilíbrio social. Como exemplos, tais ações podem ser: (a) adoção de cotas de admissão em empresas, empregos públicos ou na formação educacional, (b) facilidades econômicas e tributárias para a admissão ou manutenção de ações inclusivas e (c) facilidades sociais para manutenção da inclusão forçada. As ações afirmativas podem ser vistas como um mecanismo antidiscriminatório na medida que pretendem evitar a existência de discriminação e exclusão social futura, compensando as ações discriminatórias do passado com outras discriminações de cunho positivo.

4.1.3. Fontes negociais

Alguns mecanismos antidiscriminatórios podem ser formulados e instituídos nas negociações coletivas. Acordos e convenções coletivas podem possuir cláusulas que proíbam a discriminação em determinados setores ou grupos, bem como prevejam ações afirmativas para inclusão de grupos historicamente discriminados. Por ser uma fonte oriunda de uma autocomposição entre as partes envolvidas, permitem que tenham muito maior eficácia uma vez advindas de negociação direta entre os atores envolvidos. Ao contrário de outros mecanismos antidiscriminatórios que são heterônomos, os mecanismos antidiscriminatórios existentes em acordos coletivos são resultantes da autonomia das partes convenentes⁴⁹⁵.

As convenções e acordos coletivos que fixam faixas salariais e outras condições de trabalho, por exemplo, são extremamente importantes para atuar contra a discriminação. Em especial, o reconhecimento expresso da paridade dos salários das mulheres com os dos homens e a fixação de salários ou níveis salariais iguais para ambos os sexos podem ser estabelecidos por uma norma coletiva. Por outro lado, as negociações coletivas podem combater a discriminação por efeito adverso, proibindo determinadas práticas neutras em sua face, mas que tenham efeitos prejudiciais a determinados grupos de trabalhadores.

Um dos aspectos mais importantes no combate à discriminação são as informações sobre práticas discriminatórias em nível empresarial, pouco ou quase nada reveladas. Poderão os sindicatos, mediante negociação coletiva, exigir informações de contratações de empregados, principalmente das minorias mais atingidas, possibilitando assim empreender ações das mais variadas formas possíveis contra a discriminação.

O espectro de atuação dos mecanismos antidiscriminatórios negociais é muito amplo, porém sub-utilizado. As normas coletivas deverão demonstrar preocupação na luta contra a discriminação nas relações de trabalho, porquanto possuem um potente instrumento de combate. Uma aliança dos sindicatos profissionais com as entidades civis que combatam a discriminação pode ser útil pelo inquestionável poder sindical de limitar o

⁴⁹⁵MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1990. v.4, p. 136.

poder de decisão empresarial, principalmente nas decisões que tenham caráter discriminatório⁴⁹⁶.

4.1.4. Fontes judiciais

Uma grande parte dos mecanismos antidiscriminatórios advém de fontes judiciais, ou seja, tem origem nos procedimentos ou nas decisões de ações judiciais que envolvam questões discriminatórias.

A solução jurisdicional dos conflitos que tratam da discriminação no trabalho tem sido um caminho bastante utilizado em países europeus e nos Estados Unidos da América, ao contrário do Brasil, como os capítulos 5, 6 e 7 irão demonstrar.

As decisões judiciais também acabam por exteriorizar a casuística discriminatória nas relações do trabalho que, por ser muito rica e dinâmica, pede das decisões judiciais a construção de novas teorias sobre a discriminação. Neste passo, a jurisprudência norte-americana constituiu, por exemplo, a teoria da discriminação por impacto adverso, assim como a jurisprudência da Comunidade Econômica Européia, porém com outra denominação (discriminação indireta).

As decisões judiciais são capazes de estabelecer conceitos sobre a discriminação, definir modalidades discriminatórias, fixar procedimentos para investigação e constatação de uma atitude discriminatória, entre tantas outras. Não somente as decisões judiciais aplicam mecanismos legislativos já existentes, como também criam outros mecanismos de combate à discriminação.

Em primeiro lugar, cumpre mencionar a importância das decisões que interpretam preceitos constitucionais. Com efeito, tratando-se de uma proibição constitucionalmente estabelecida em grande parte dos ordenamentos jurídicos vigentes no planeta, caberão às decisões proferidas por cortes constitucionais a exata definição e o

⁴⁹⁶GETMAN. Julius G. The changing role of courts and the potential role of unions in overcoming employment discrimination. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1482, June, 1990.

estabelecimento de parâmetros e métodos para a investigação e o reconhecimento da existência de práticas discriminatórias.

Também não deixa de ser importante a atuação judicial em questões infra-constitucionais relacionadas à discriminação. Na União Européia, este papel foi desempenhado com muita ousadia pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia que, ao interpretar as disposições dos tratados constitutivos daquela comunidade, influenciou profundamente a criação dos seus mecanismos legislativos antidiscriminatórios.

As decisões judiciais podem determinar os mais diferentes modos de reparação de danos causados por um ato discriminatório, servindo-se tanto das reparações previstas em mecanismos legislativos como estabelecer novos mecanismos mediante construções jurisprudenciais. As decisões judiciais, em sua grande maioria, visam reparar situações já consolidadas no passado porém, em algumas situações, podem ser preventivas contra futuras ações discriminatórias. A atuação judicial contra a discriminação pede criatividade, principalmente.

Podem as decisões judiciais adotarem os seguintes mecanismos, entre outros: (a) determinar a cessação de uma prática discriminatória; (b) reparar os danos ocorridos mediante indenizações simples bem como supletivas ou punitivas; (c) considerar nulas as dispensas discriminatórias e determinar a imediata reintegração da vítima; (d) considerar nulas as contratações baseadas em critérios discriminatórios determinando a imediata admissão da vítima; (e) determinar a suspensão de atividades empresariais; (f) determinar a perda de cargo ou emprego público do responsável pela atitude discriminatória; (g) aplicar penas criminais; (h) obrigar determinada parte a promover ações afirmativas; (i) cancelar a vigência de normas legais ou negociadas que importem em discriminação efetiva; (j) aplicar multas e (k) proibir a contratação ou restringir as atividades de empresas ou entidades administrativas.

As decisões judiciais não somente podem estabelecer as medidas acima apontadas, como também fixar critérios e parâmetros para apuração da discriminação, inclusive regulando matérias processuais. Neste sentido é possível citar, entre outros, a inversão do ônus da prova e a utilização de ações coletivas.

São muitas as possibilidades de atuação do Poder Judiciário no combate à discriminação. A aplicação e a criação de mecanismos antidiscriminatórios dependem

muito de cada situação e de muita sensibilidade do julgador em saber dosar com precisão este grande instrumental que possui.

4.1.5. Fontes privadas

Os mecanismos criados por fontes privadas são aqueles implementados por entidades não-estatais, derivados da vontade autônoma e independente de determinado grupo em promover o combate à discriminação dentro de sua esfera de atuação. Vários são os tipos de mecanismos antidiscriminatórios de origem privada, sendo mais comuns as políticas empresariais de combate à discriminação e a implementação de ações afirmativas.

Uma empresa pode adotar, por conta própria e sem pressão ou obrigação de qualquer instituição ou grupo, uma determinada ação afirmativa para beneficiar determinado grupo historicamente discriminado. Tais medidas são muito comuns em alguns países onde o histórico de discriminação é considerável. Deste modo, uma empresa pode promover, espontaneamente, dentro de seus próprios quadros, uma inclusão de grupos historicamente discriminados. Tais políticas costumam ser adotadas por organizações sociais como sindicatos, organizações não-governamentais, associações sem fins lucrativos, clubes e outras entidades.

4.2. Classificação pelos resultados dos mecanismos

Uma outra classificação que pode ser realizada sobre os mecanismos antidiscriminatórios reside na sua forma de ação. Esta classificação divide os mecanismos antidiscriminatórios em dois tipos: repressivos e promocionais.

Os mecanismos repressivos são aqueles que proíbem qualquer conduta discriminatória, exigindo uma postura abstencionista. Eles foram os primeiros mecanismos antidiscriminatórios existentes e surgiram nas proibições genéricas de discriminação existentes nas declarações de direitos humanos internacionais. Eles possuem uma postura

defensiva da pessoa humana contra atitudes discriminatórias, consolidando-se em *um aparato normativo especial de promoção endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis que merecem proteção especial*⁴⁹⁷. Neles, podemos incluir todas as proibições contra a discriminação, como também as sanções porventura previstas.

Tais mecanismos não são suficientes para eliminar a discriminação pois os dados históricos permitem verificar a sua ocorrência em grande escala em todo o mundo, apesar de sua ampla adoção. Para tanto, são necessários outros mecanismos que trabalhem em conjunto com os mecanismos repressivos e que atuem na eliminação das causas dos fenômenos discriminatórios. Estes novos mecanismos deverão atender a uma outra dimensão da dignidade da pessoa humana, não bastando tão somente garantir direitos. Eles pedem uma conduta ativa inversa à da clássica abstenção liberal para tornar eficaz a dignidade do indivíduo e promover a igualdade substancial das pessoas mediante uma série de ações dotadas de força compensatória das desigualdades existentes. Estes mecanismos visam a promoção da pessoa humana.

Eles não somente combatem a discriminação existente mas concedem a todos uma efetiva igualdade de oportunidades que venha tornar eficaz a dignidade juridicamente assegurada a toda pessoa humana. Deste modo, tais mecanismos permitirão o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização em busca da sua felicidade. Entre os vários mecanismos que podem ser encontrados neste segundo grupo incluem-se as ações afirmativas, as políticas de promoção das minorias e grupos discriminados, a defesa econômica e social de grupos historicamente discriminados, a integração e a inclusão social, as medidas de formação educacional, o treinamento e a qualificação profissional das minorias, entre outras medidas que procuram reparar os efeitos de uma discriminação já existente e reconhecida pela sociedade.

⁴⁹⁷PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*, cit., p. 194.

4.3. Classificação pelos agentes do combate à discriminação

É possível ainda classificar os mecanismos antidiscriminatórios em relação aos agentes do combate à discriminação. Neste sentido, podemos classificar em mecanismos públicos ou privados, incluindo-se nos últimos as ações promovidas pelo chamado *terceiro setor*.

Mecanismos públicos são aqueles estabelecidos por políticas e ações públicas de combate à discriminação com origem no Estado, baseadas nos seus fundamentos, objetivos e realizações, assim compreendidos os mecanismos legislativos, administrativos e judiciais. Eles estão estabelecidos em toda a ordem jurídica e nas políticas públicas instituídas pelos Estados, pelas comunidades de Estados e por toda a comunidade internacional.

Já os mecanismos privados são aqueles constituídos por uma ação autônoma de determinado ente não estatal, aí incluindo-se as entidades que não estão voltadas a qualquer finalidade econômica e procuram combater a discriminação em vários níveis e em várias esferas sociais. Dentre eles podemos incluir os mecanismos negociais, bem como ações independentes de determinadas entidades não-estatais contra a discriminação e na promoção de grupos historicamente discriminados. A importância deste mecanismo é muito grande na medida em que o esforço estatal, isoladamente, não é capaz de conter a discriminação de modo eficaz. Sem o engajamento das forças sociais privadas, o combate à discriminação não tem grandes chances de sucesso, principalmente porque atua também na conscientização e na promoção social do indivíduo ou grupo discriminado.

4.4. Conjugação de mecanismos

Historicamente, é possível verificar que o combate à discriminação depende de uma ação integrada e conjunta de vários mecanismos antidiscriminatórios. A ideia comunitária europeia consolidada no *3º Programa de Ação Comunitária a Médio Prazo sobre a Igualdade de Oportunidades entre as Mulheres e os Homens para os anos de 1991-*

1995 foi no sentido de que o combate à discriminação deve prestar atenção às circunstâncias sócio-econômicas em que a mulher teria que se desenvolver e a necessidade de fazer valer os interesses das mulheres, incluindo uma nova seção acerca da melhora da situação das mulheres na sociedade⁴⁹⁸. Tal programa incluiu a primeira discussão sobre a *transversalidade* ou seja, a integração da igualdade de oportunidades em todas as políticas gerais desenvolvidas pela comunidade europeia⁴⁹⁹. E, mais adiante, explica a mesma autora que no *4º Programa de Ação Comunitária a Médio Prazo sobre a Igualdade de Oportunidades entre as Mulheres e os Homens para os anos de 1996-2000*, a transversalidade se converteu no princípio reitor da política geral comunitária de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. O referido programa afirma que deve ser incorporada a dimensão do gênero e da igualdade de oportunidades na elaboração, execução e seguimento de todas as políticas de atuação da União Europeia e dos seus Estados-membros⁵⁰⁰.

Assim, verifica-se a existência de um princípio antidiscriminatório que é a atuação conjunta e coordenada de todos os atores sociais no combate à discriminação. Ele se baseia na necessidade de estabelecer que toda e qualquer atuação de combate à discriminação necessita de ações que não sejam compartimentadas e tenham apoio em todas as esferas e campos sociais possíveis. Portanto, um mecanismo isolado tem pouca chance de obter sucesso na sua empreitada, depende de uma política antidiscriminatória que deverá ser a mais ampla possível.

Verificadas as classificações e as modalidades de mecanismos antidiscriminatórios, será feita a análise e o estudo dos mecanismos antidiscriminatórios existentes nos Estados Unidos da América, na União Europeia e no Brasil.

⁴⁹⁸TORRENTE GARI, Susana. Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, p. 191-192, 2003. Disponível em: <www.mtas.es/publica/revista/numeros/47/Leg02.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2004.

⁴⁹⁹Id. Ibid., p. 192.

⁵⁰⁰Id., loc. cit.

5. MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

5.1. Circunstâncias peculiares dos Estados Unidos da América como objeto de estudo: características históricas e sociais

O estudo dos aspectos jurídicos da discriminação nas relações de trabalho é muito desenvolvido nos Estados Unidos da América. George Rutherglen afirma que o campo da discriminação nas relações de trabalho cresceu de uma restrita especialidade para um florescente campo da prática judiciária⁵⁰¹. Segundo o referido autor, esse crescimento teve início com a adoção por vários estados, de estatutos legais sobre práticas corretas no trabalho. Isto se deu antes mesmo da célebre decisão do caso *Brown v. Board of Education*, proferida em 1954 e que alterou completamente o tratamento jurídico dos direitos civis naquele país⁵⁰². O *Civil Rights Act* de 1964 foi a primeira legislação federal expressa sobre discriminação nas relações de trabalho. Conjuntamente com a decisão do caso *Brown*, foi possível criar uma estrutura suficiente para alicerçar um desenvolvimento de um direito de discriminação nas relações de emprego. Por outro lado, não é demasiado lembrar que, ao lado da decisão supra, outras arrojadas decisões da Suprema Corte daquele país permitiram a construção de importantes teorias sobre a discriminação nas relações entre empregados e empregadores.

Os aspectos peculiares dos relacionamentos entre povos brancos e minorias nos Estados Unidos da América são bastante significativos. Inicialmente colonizados por povos britânicos, os Estados Unidos possuem atualmente uma composição étnica muito variada, fruto de verdadeiras ondas de imigrações ocorridas durante sua história, e que transformaram o país em um “caldeirão de fusão” (*melting pot*) de diversas origens, raças, credos e culturas. Primeiramente os colonizadores ingleses desbravaram a nova terra, iniciando sua colonização no século XVII. No século XIX grandes massas populacionais do norte e oeste da Europa foram ocupar o centro-oeste americano, sendo sucedidos no

⁵⁰¹RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 1.

⁵⁰²Id., loc. cit.

final do século XIX e início do século XX pelas grandes imigrações do sul da Europa, principalmente da Itália. Desde meados do século XX, são verificados grandes movimentos migratórios asiáticos e latino-americanos. Tais movimentos ocorreram concomitantemente com a dizimação de uma enorme população nativa, decorrente da expansão do território norte-americano para o oeste, e de um enorme tráfico de negros trazidos da África para trabalharem como escravos na agricultura daquele país, principalmente na região sul.

Com uma população atual beirando a marca de 295 milhões de habitantes, os dados sobre os Estados Unidos em 2003 mostram um caráter extremamente heterogêneo. 80,74% da população é branca, 12,76% da população é afro-descendente, 4,10% é asiático-descendente e 0,96% nativo-descendente dos originais povos norte-americanos⁵⁰³. Quanto à origem 13,72% têm origem latina, entre brancos, negros e pardos. Por outro lado, comprovando a forte influência migratória 11,1% da atual população americana não nasceu no território norte-americano⁵⁰⁴. Nos aspectos religiosos, os dados são também muito divididos, 53% da população americana é composta de protestantes, 25% católicos, 2% de judeus, 2% de mórmons, 1% de ortodoxos, 8% de outras religiões e 9% não revelaram ou sem religião⁵⁰⁵.

A libertação dos escravos não significou necessariamente uma melhoria da condição dos negros naquele país. Douglas Colbert, citado por Robert Belton e Dianne Avery, afirmou que apesar de os estados sulistas ratificarem a 13ª emenda (que abolia a escravidão) em dezembro de 1865, passou a ocorrer uma brutal onda de violência contra os negros nesses estados. As agressões contra negros propositadamente não eram punidas e muitas leis discriminatórias e segragacionistas foram aprovadas, sempre na intenção de perpetuar a escravidão dos afro-descendentes⁵⁰⁶. A resistência sulista à abolição da escravidão era muito acentuada e violenta.

Houve uma intenção de reparação dessa triste situação com um conjunto de leis de direitos civis em favor de todas as raças e credos iniciado em 1866, com outras leis promulgadas em 1870 e 1871. A conhecida *Reconstruction Era Civil Rights Legislation*

⁵⁰³Dados fornecidos pelo *U.S. Census Bureau*. Disponível em: <<http://www.census.gov>>. Acesso em: 19 out. 2004.

⁵⁰⁴Id. Ibid.

⁵⁰⁵Id. Ibid. Disponível em: <www.census.gov/prod/2004pubs/03statab/pop.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2004.

⁵⁰⁶COLBERT, Douglas L. *Liberating The Thirteenth Amendment*. 30 Harv. C.R.-C.L.L. Rev 1, pp. 11-13, 1995, *apud* BELTON, Robert; AVERY, Dianne. *Employment discrimination law*. 6. ed. St Paul: West, 1999. p. 237.

visou assegurar vários direitos aos negros e a outras raças com exceção dos nativos norte-americanos, como meio de efetivar os direitos assegurados nas emendas constitucionais (13^a, 14^a e 15^a) que tratam dos direitos das raças depois da guerra de secessão em que o sul foi derrotado. Algumas dessas leis promulgadas nesse período tratam indiretamente da discriminação no emprego, sendo que os artigos 1981 e 1983 da Lei U.S.C. 42 tiveram sua atuação restrita por interpretações feitas por uma Suprema Corte conservadora. Apesar disto, tais leis foram revividas em vários casos julgados nos anos 60 e 70⁵⁰⁷, servindo como fundamento em várias decisões. O caso *Runyon v. McCrary*⁵⁰⁸ reconheceu como aplicáveis as disposições do referido diploma de 1866 às discriminações raciais no setor privado⁵⁰⁹. As disposições do artigo 1981 eram claras em apontar que todas as pessoas dentro da jurisdição dos Estados Unidos devem ter o mesmo direito em todos os estados e territórios para celebrar contratos, e para receberem o completo e igual benefício das leis⁵¹⁰.

Essas leis de direitos civis da *Reconstruction Era* foram promulgadas em resposta aos *Black Codes*, nefastas leis promulgadas no âmbito estadual e municipal, principalmente em estados sulistas, também eram conhecidas como *Jim Crow Laws*. Basicamente, buscavam separar os brancos e negros em dois grupos distintos, obrigando a ser efetuada essa separação em todo e qualquer lugar, em especial em escolas, hospitais, transporte ferroviário e rodoviário, hotéis e restaurantes, entre outros locais de convívio comum, um regime muito assemelhado ao *apartheid*. A intenção desse nefasto corpo legislativo estadual e municipal era o explícito propósito de diminuir, o quanto possível, o contato de brancos e negros⁵¹¹. Meios ocultos de discriminação não permitiam o voto nem a elegibilidade de negros para cargos públicos, em nome de uma “supremacia branca”. Insta lembrar também a proibição legal de casamentos inter-raciais com penas criminais, cujos termos somente foram derrubados em 1967 pela decisão do célebre caso *Loving v. Virginia*⁵¹².

A estrutura social era praticamente baseada em castas, permitidas pela decisão do caso *Plessy v. Ferguson* da Suprema Corte que referendou a vigência de leis que

⁵⁰⁷BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 29-30.

⁵⁰⁸427 U.S. 160 (1976)

⁵⁰⁹GOULD, IV, William B. The Supreme Court and Employment Discrimination Law in 1989: Judicial Retreat and Congressional Response. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1504, June 1990.

⁵¹⁰BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 251.

⁵¹¹MYRDAL, Gunnar. An american dilemma: the negro problem and modern democracy. In: DONOHUE III, John J. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003. p. 10.

⁵¹²388 U.S. 1, 11 (1967).

previam a segregação e, portanto, a discriminação social. Prevaleceu naquele período um conceito que seria a principal base a tais leis discriminatórias, a teoria do *separated but equal*, ou seja, “separados porém iguais”. Segundo esta, poderiam os negros ter as mesmas acomodações que os brancos, porém separadamente⁵¹³, separação que não era considerada inconstitucional pela decisão do caso Plessy. Essa situação era extremamente perversa na medida em que não somente importava a discriminação e evidente exclusão social, como rejeitava a idéia de diversidade étnica e convívio harmônico entre as raças.

Após a segunda guerra mundial teve início uma crescente inquietação da comunidade negra pelos seus direitos, com o crescimento de movimentos pela defesa dos seus direitos civis. Vários protestos passaram a ocorrer contra tal absurda ordem de coisas, o que antes não acontecia. As necessidades de mão-de-obra da segunda guerra mundial, em face da escassez crescente para atendimento das duas frentes de guerra no Pacífico e na Europa, obrigou a indústria de guerra a contratar mais negros⁵¹⁴. Tal situação também gerou maior integração e convívio entre negros e brancos, permitindo maior contato, maior confiabilidade, a formação de companheirismo, quebrando em parte o preconceito. Não custa lembrar que muitos negros também foram enviados para os campos de batalha, ainda que em postos inferiores e menos nobres, ocorrendo um grande dilema na sociedade norte-americana.

Essa escassez de mão-de-obra trouxe outro convívio praticamente inexistente antes do segundo grande conflito mundial, a participação da mulher na indústria. Para suprir a escassez, as mulheres passaram a ocupar postos de trabalho, principalmente em funções antes reservadas exclusivamente aos trabalhadores masculinos. Não custa lembrar que somente em 1920, com a 19ª emenda constitucional, as mulheres passaram a ter direito ao voto nos EUA, demonstrando outra grande característica da sociedade americana que é a discriminação feminina.

Após a segunda grande guerra, um significativo número de Estados norte-americanos vieram a promulgar leis sobre práticas justas de emprego, contudo, o primeiro grande diploma legal federal a tratar do tema foi o *Equal Pay Act* de 1963, diploma esse que proibia a diferenciação salarial por motivo de sexo⁵¹⁵.

⁵¹³DONOHUE III, John J. op. cit. p 11.

⁵¹⁴Id. Ibid., p. 12.

⁵¹⁵BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 27.

A luta pelos direitos civis nos EUA, a partir do final da segunda grande guerra, foi sendo intensificada. Protestos nos sul do país passaram a ocorrer com maior frequência. O conhecido boicote ao transporte feito pela comunidade negra de Montgomery, Alabama, levou os negros a não utilizarem entre 1955 e 1956 o transporte de ônibus e teve forte impacto na sociedade americana⁵¹⁶. Nesses veículos, os negros deveriam usar somente a “seção negra” na parte de trás, e ceder lugar a um branco, caso faltasse algum lugar para sentar. Os protestos tiveram início quando uma mulher negra foi presa por recusar-se a ceder seu lugar a um branco na “seção negra” do ônibus, ocasionando a movimentação de um boicote por mais de um ano, com resultado da revogação destas disposições⁵¹⁷. A criação de movimentos para defesa dos negros e o surgimento de grandes lideranças na defesa dos direitos civis intensificaram essa discussão desde o final dos anos 40, encontrando seu ápice nos anos 60. Em 28 de agosto de 1963, cerca de 250.000 americanos marcharam até o monumento a Abraham Lincoln, na capital Washington. Nessa oportunidade o religioso Martin Luther King, Jr., uma indiscutível liderança em favor dos direitos dos negros, proferiu um importantíssimo discurso conhecido como *I have a dream* (Eu tenho um sonho). Esse belíssimo discurso teve um forte impacto psíquico nos Estados Unidos, simbolizando a insistência negra por uma legislação que trouxesse, de fato, a igualdade racial e a justiça⁵¹⁸. O referido pastor teve grande destaque na luta dos direitos dos negros a partir do episódio dos ônibus de Montgomery, chegando inclusive a receber o Prêmio Nobel da paz em 1964. Ele foi assassinado em 4 de abril de 1968 em Memphis, Tennessee.

A inclusão da mulher no mercado de trabalho no pós-guerra veio a trazer novas exigências por parte dos movimentos de libertação feminina, que vivenciaram simultaneamente a mudança dos costumes sexuais com o surgimento das técnicas anticoncepcionais. O tradicional papel da mulher na sociedade norte-americana passava a ser questionado, e aquela conservadora idéia da mulher como o centro do lar começou a dar lugar para a idéia da mulher trabalhadora, sexualmente independente, responsável por famílias onde exercia a chefia, uma mulher cada vez mais politizada e cada vez mais consciente de seus direitos.

⁵¹⁶AFRICANA on line. Disponível em: <http://www.africanaonline.com/civil_rights_birmingham.htm>. Acesso em: 21 out. 2004.

⁵¹⁷INFOPLEASE. Disponível em: <<http://www.infoplease.com/spot/civilrightstimeline1.html>>. Acesso em: 21 out. 2004.

⁵¹⁸35 years of ensuring the promise of opportunity. About EEOC. Pre 1965: events leading the creation of EEOC. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/pre1965/index.html>>. Acesso em: 22 out. 2004.

Nesse contexto de crescente confronto entre os grupos discriminadores e discriminados, o papel do judiciário norte-americano foi decisivo ao contrariar e abolir os fundamentos jurídicos da doutrina “separados, porém iguais”. Esta importante passagem da história judiciária norte-americana merece um tópico especial.

5.2. A quebra da política dos *separados, porém iguais*, pela decisão *Brown vs. Board of Education of Topeka*

A política do *separados, porém iguais*, era o reconhecimento e a aceitação judicial de uma segregação com evidente impacto discriminatório. Essa doutrina foi consolidada no célebre caso *Plessy v. Ferguson*⁵¹⁹, julgado pela Suprema Corte em 1896, decisão que aceitava plenamente a segregação racial com conseqüente discriminação contra os negros.

Homer Plessy era um cidadão do Estado da Louisiana, no sul dos EUA, que tinha ascendência racial de 7/8 da raça branca e 1/8 da raça negra, o que ainda era considerado negro para os efeitos das leis daquele Estado. Para fazer uma viagem de trem, ele adquiriu uma passagem de primeira classe na ferrovia do leste da Louisiana e tomou um assento em um vagão onde somente brancos poderiam ser acomodados. O fiscal do trem determinou que Plessy tomasse assento no vagão destinado a pessoas não-brancas, conforme a legislação estadual vigente, sob pena de exclusão do trem e prisão. Plessy recusou-se a cumprir a ordem do fiscal, foi expulso do trem com ajuda da polícia e preso em Nova Orleans, respondendo a processo criminal por violar disposição de lei daquele Estado. Houve questionamento judicial da constitucionalidade dessa disposição de lei estadual, questão que desaguou na Suprema Corte.

O texto da lei daquele Estado previa em seu primeiro artigo que todas as linhas de transporte ferroviário de passageiros deveriam prover acomodações iguais, porém separadas, para os brancos e para os negros, provendo dois ou mais vagões de cada trem ou dividindo os vagões de modo que fossem asseguradas acomodações separadas. O contato

⁵¹⁹163 U.S. 537(1896). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/US/163/537.html>>. Acesso em: 19 out. 2004.

era proibido até mesmo nas estações, com acomodações distintas para embarque e espera. A referida lei também previa multa e prisão não superior a vinte dias, para o passageiro que se recusasse a cumprir as suas determinações.

A discussão da questão envolvia saber se a referida lei violou a 14ª emenda constitucional⁵²⁰, de 1868, que assegura a todos os cidadãos o igual cumprimento das leis, na medida em que o objetivo da emenda foi efetivar a absoluta igualdade das duas raças perante a lei após o fim da escravidão. A Corte não acolheu a alegação e explicou que, na natureza das coisas, não poderia pretender abolir as distinções baseadas na cor, ou para efetivar a igualdade social, diversa da igualdade política. Segundo a decisão judicial exarada, as leis permitem e podem mesmo requerer a sua separação em lugares onde não possam ter contato, o que não necessariamente implica uma inferioridade de uma raça em face da outra, possuindo os Estados competência para estabelecer tais regras. Segundo a decisão, o mais comum aspecto neste sentido é verificado no estabelecimento de escolas separadas para crianças brancas e negras. Esse posicionamento vigeu por mais de 50 anos até meados do século XX.

Segundo Bernard Schwartz, a decisão do caso *Plessy* sustentou que a segregação das raças não violava qualquer proibição constitucional onde as leis que exigiam a segregação não estabeleciam condições desiguais, mas estaria implícito nessa decisão que somente seria admitida a segregação se as condições separadas para negros e brancas fossem substancialmente iguais. Em prosseguimento, segundo o referido autor, isso significaria uma melhoria nas condições do negro, o que efetivamente não havia, e que a Suprema Corte passou a não tolerar a existência de disparidades entre as acomodações de um grupo e de outro, exigindo essa igualdade de condições, ainda que separadamente⁵²¹.

A questão escolar seria o mais delicado ponto a ser tratado, na medida em que a referida decisão veio a referendar a separação de alunos. Essa doutrina dos *separados, porém iguais*, veio a ser paulatinamente corroída por decisões que vieram

⁵²⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição Federal. 14ª Emenda. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.amendmentxiv.html>>. Acesso em: 19 out. 2004. *Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

⁵²¹SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 289.

contestar tal posição, sendo definitivamente destruída com a decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*⁵²².

Nesse célebre caso, talvez uma das mais importantes decisões de todos os tempos da Suprema Corte, vários alunos negros, representados pelos seus pais, vieram pedir em Juízo a admissão em escolas públicas somente destinadas a brancos. Seu acesso a escolas públicas para brancos foi negado por motivo racial, e questionaram tal medida com base na referida 14ª emenda. Nos casos em questão, a decisão da corte federal distrital foi no sentido de não acolher a alegação dos demandantes em função da doutrina dos *separados, porém iguais*, anunciada pela Corte no caso *Plessy v. Ferguson*. Já naquela época, uma decisão proferida no Estado de Delaware determinou que os alunos fossem incluídos nas escolas para brancos, pois essas eram manifestadamente superiores às escolas para negros, não havendo a igualdade proclamada, ainda que separadamente.

A decisão da Suprema Corte considerou que a educação é talvez a mais importante função do Estado e dos governos locais. A obrigação legal de comparecer às aulas e as grandes despesas governamentais efetuadas na educação podem demonstrar o reconhecimento da sua importância em uma sociedade democrática. É a melhor base para a formação de uma boa cidadania, e o principal instrumento de conscientização da criança sobre os valores culturais, preparando-a para treinamento profissional, e ajudando-a para este novo ambiente. Atualmente, disse a decisão, seria duvidoso se qualquer criança pudesse, razoavelmente, ter sucesso na vida se lhe fosse negada a oportunidade da educação. Essa oportunidade, que o Estado deve prover, é um direito que deve ser disponível a todos em termos de igualdade.

A decisão afirmou que a doutrina dos *separados, porém iguais* não tinha mais lugar no campo da educação pública. A Corte entendeu que mesmo se as instalações físicas e outros fatores tangíveis fossem iguais, haveria discriminação, pois a separação em si causa um “sentimento de inferioridade” podendo afetá-los decisiva e permanentemente. Dessa forma, a Corte entendeu que foram os autores privados da igual proteção das leis garantida pela 14ª emenda, sendo desnecessária qualquer discussão se esta segregação viola a cláusula do devido processo legal, prevista na mesma emenda.

⁵²²347 U.S. 483 (1954). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/347/483.html>>. Acesso em: 19 out. 2004.

A conclusão exarada pode ser resumida em uma enunciação muito importante no sentido de que:

A segregação de crianças negras e brancas nas escolas públicas tão somente por motivo de raça, de acordo com leis estaduais que permitem ou requerem tal segregação, nega às crianças negras a igual proteção das leis garantida pela 14ª emenda constitucional, mesmo que as facilidades físicas e outros fatores “tangíveis” de escolas brancas e negras venham a ser iguais.

Não é difícil entender o motivo da controvérsia causada pela decisão tomada em 1954, visto que a decisão simplesmente revogou o entendimento expandido em 1896 pelo caso *Plessy*, e considerou a segregação racial proibida em termos educacionais, revolucionando todo o entendimento consolidado naquele país. A decisão enunciou uma proibição geral de discriminação, o que anteriormente era compreendida como cabível no precedente de 1896, então vigente.

Verifica-se, portanto, o arrojo da decisão judicial em questão, prolatada pela maior autoridade judiciária federal do país, tomada na plenitude dos conservadores anos 50, quando o ambiente da época era comparativamente mais acirrado em termos raciais, com efeito vinculante para todas as demais instâncias judiciárias e administrativas federais e estaduais. Efetivamente, a decisão teve um impacto muito grande, principalmente contra as posturas segregacionistas existentes no sul dos EUA, muito intensas naquela época. Os restaurantes naquele período proibiam a entrada de negros⁵²³, alguns possuíam placas na porta do estabelecimento informando que era proibida a entrada de cães e de negros. Não é difícil imaginar a reação do dono de um estabelecimento dessa natureza no momento em que uma decisão da Suprema Corte do país determinava que os seus filhos deveriam estudar na mesma classe de uma escola pública com as crianças negras que eram recusadas no estabelecimento. Entre tantas reações racistas violentas, merecem destaque os casos do célebre episódio de Little Rock no estado sulista do Arkansas em 1957⁵²⁴, e uma violenta

⁵²³SCHWARTZ, Bernard. op. cit., p. 286.

⁵²⁴ Este importante e dramático episódio na luta dos direitos civis nos EUA é exposto de forma até mesmo emocionante no sítio *Little Rock Cenral High 40th Anniversary*, disponível em: <<http://www.centralhigh57.org/>>, que celebra os 40 anos da luta pela inclusão de nove estudantes negros na *Little Rock Central High School* em setembro de 1957, quando foi necessário o envio de uma tropa do exército norte-americano para garantir o ingresso dos nove alunos negros dentro das classes, em atendimento ao programa de integração das comunidades na escola formulado pelo governo daquele estado sulista.

reação na Universidade do Mississippi contra a admissão de James Meredith em 1962⁵²⁵. A inclusão de alunos negros em escolas brancas, nos dois casos, somente pôde ser efetivada e garantida com intervenção direta das forças armadas enviadas pelo governo federal.

Os dizeres da 14^a emenda constitucional são muito sucintos, suficientes para dizer apenas que o Estado *não poderia negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição igual proteção das leis*. A Suprema Corte interpretou que, neste curto enunciado constitucional, está contida a obrigação de trato igual e a proibição da discriminação. A decisão em questão também reconheceu o maior propósito da 5^a e da 14^a emendas da Constituição norte-americana, ou seja, promover a igualdade de oportunidades na vida pública, sem dar atenção a características como raça ou sexo. Segundo George Rutherglen, a decisão do caso *Brown* permitiu a existência de diplomas legais que viessem a proibir a discriminação, não somente a discriminação intencional como verificada nos casos acima, como também aquela discriminação por efeito adverso, ocasionada por atos aparentemente neutros com efeitos discriminatórios⁵²⁶. O mesmo autor afirma que foi inaugurada uma nova era dos direitos civis modernos com a decisão do caso *Brown*, era marcada por um grande momento desta história de direitos, com a promulgação do *Civil Rights Act* dez anos depois. É o que será visto no próximo tópico.

5.3. O *Civil Rights Act* de 1964 e sua seção VII sobre a discriminação nas relações de trabalho

A proposta de uma lei sobre direitos civis foi feita pelo então Presidente John F. Kennedy em junho de 1963. Nessa época já havia em tramitação seis projetos de lei cujas provisões tornavam ilegais as discriminações nas relações de trabalho, quando foi apresentada a proposta do governo então instalado, recebida com o número H.R. 7.152⁵²⁷. Segundo Norbert Schlei, que foi assistente do Advogado Geral e Secretário da Justiça Robert Kennedy, irmão do então presidente Kennedy, que não acreditava que houvesse clima nos EUA para aprovação de uma lei sobre direitos fundamentais naquele momento,

⁵²⁵SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. *Employment discrimination law*. 2. ed. Washington: The Bureau of National Affairs-BNA Books, 1983. Prefácio de Norbert A. Schlei. p. ix.

⁵²⁶RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 5.

⁵²⁷PLAYER, Mack A. *Employment discrimination law*. St. Paul:West, 1988. p. 201.

sendo inicialmente contrário a tal proposição⁵²⁸. O foco inicial da proposta governamental era atacar a discriminação por raça, mas o Congresso se preocupou com outros motivos de discriminação, bem como estendeu sua preocupação para outros campos da vida civil além do trabalho⁵²⁹.

A proposta sofreu grande número de revisões entre as comissões específicas e o plenário da Casa dos Representantes do Congresso norte-americano. Curiosamente, o projeto de lei não previa discriminação por sexo, o que veio receber, por tal motivo, uma emenda em plenário, vinda dos adversários da proposta de lei segundo Norbert A. Schlei⁵³⁰. Aprovada na Casa dos Representantes, o projeto de lei foi encaminhado ao Senado.

Nessa instância legislativa, o projeto de lei recebeu inúmeras emendas, e foi objeto de ampla discussão, tendo sido aprovado no plenário do Senado com as emendas ali propostas. Retornando diretamente ao plenário da Casa dos representantes, as emendas do Senado foram aceitas e aprovadas sem modificações⁵³¹. Importante lembrar que, no transcorrer da tramitação do referido projeto, o Presidente Kennedy foi assassinado em 22 de novembro de 1963, na cidade de Dallas. Norbert A. Schlei acreditava que o projeto de lei seria aprovado se o Presidente Kennedy não fosse assassinado, porém, segundo este depoimento histórico, não há qualquer dúvida de que a trágica morte do Presidente impulsionou o projeto de lei, traduzindo-se em um monumento legislativo em sua homenagem⁵³².

Uma vez aprovado pelas duas casas legislativas, o projeto foi encaminhado para a sanção do Presidente Lyndon Johnson, o que ocorreu em 2 de junho de 1964, alguns meses após assumir o cargo em decorrência do assassinato de seu antecessor. O texto entraria em vigor um ano após sua sanção em 1º de julho de 1965, e é reconhecido por vários autores como a mais importante lei sobre direitos civis em toda a história dos Estados Unidos da América, conforme já foi demonstrado no item 3.2.4.

O conhecido Título VII trata das relações de emprego, entre outros títulos do mesmo diploma que abordam vários aspectos da vida civil, como direito a voto, acesso a facilidades públicas e acomodações, discriminação na educação e discriminação em

⁵²⁸SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. viii.

⁵²⁹ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 225.

⁵³⁰SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p.xii.

⁵³¹Id. Ibid., p. 202.

⁵³²Id. Ibid., p. xii.

programas federais. Cada título representa um corpo de legislação específico, possuindo cada título um histórico legislativo diverso, e assim, não auxiliando a interpretação judicial dada em um título para os demais⁵³³. Sua regulação se dá desde a relação entre empregadores e seus empregados, bem como os candidatos a uma colocação, entre sindicatos e seus membros efetivos ou potenciais e entre agências de empregos e seus clientes. Como já foi apresentado no item 3.2.4, o texto norte-americano proíbe a discriminação motivada por raça, cor, origem nacional, sexo ou religião. Outros motivos de discriminação específicos são também proibidos por outros diplomas legais.

O texto recebeu duas significativas alterações durante sua vigência, sendo a primeira ocorrida em março de 1972, mediante o *Equal Employment Opportunity Act*. Essa emenda nasceu de uma pretensão dos defensores dos direitos civis no sentido de dotar a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) de maiores poderes de efetivação da legislação prevista. Esta proposta foi alterada no Congresso, mediante o reconhecimento expresso do poder da Comissão em aforar ações em nome das vítimas de discriminação⁵³⁴. Posteriormente, o *Civil Rights Act* recebeu outra emenda menor em 1978, alterando a motivação do sexo para ali incluir as questões relativas à gravidez, ao nascimento da criança e a condições médicas relacionadas.

A outra grande alteração do título VII ocorreu em 1991, como já foi descrito no item 3.2.4., o qual trata da discriminação por efeito adverso. Esta alteração de 1991 foi realizada pelo Congresso federal com o objetivo de impedir que uma tendência conservadora tomasse a Suprema Corte por inteiro, em especial a composição formada das nomeações dos governos Ronald Reagan e George Bush, comprometendo as conquistas jurisprudenciais anteriormente obtidas. Com efeito, importantes decisões proferidas em 1989, relativamente aos casos *Wards Cove v. Atonio*, *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* e *Price Waterhouse v. Hopkins*, demonstraram um marco de conservadorismo na Suprema Corte relativamente a temas de discriminação.

O Congresso de 1990, de maioria democrata, se mobilizou para derrubar a onda de conservadorismo da Suprema Corte, expressada nos casos supra. Foi uma complicada batalha congressual quando houve uma primeira tentativa de aprovação da emenda ao *Civil Rights Act*, tentativa sem sucesso, caindo por veto do então Presidente

⁵³³SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. 199.

⁵³⁴Id. Ibid., p. 202.

republicano George Bush. Este veto fez retornar o projeto de lei ao Senado, e deixou de ser derrubado pela diferença de um voto. Já em uma segunda tentativa, logo em seguida, foi aprovada uma lei semelhante pelo Congresso, sem oposição da Casa Branca, depois de um acordo entre a administração e a referida casa legislativa. Com a nova emenda, passou a ser positivado o reconhecimento da discriminação por efeito adverso, ainda que a distribuição do ônus da prova não tivesse sido completamente retomada tal qual decidida e distribuída no caso *Griggs*. Nessa emenda foram garantidas às vítimas da discriminação indenizações compensatórias e punitivas, assim reconhecidas aquelas indenizações concedidas com efeito pedagógico para que determinada parte se abstenha de um comportamento considerado prejudicial, além de outras medidas que visam tornar mais eficazes as proibições contra a discriminação.

Uma das mais significativas providências antidiscriminatórias trazidas pelo *Civil Rights Act* original de 1964 foi a criação de uma comissão governamental independente para administração do título VII, a *Equal Employment Opportunity Commission*, conhecida pela sigla EEOC, que merecerá um tópico especial.

Contudo, não somente o Título VII do *Civil Rights Act* merece destaque no campo das relações do trabalho mas outros títulos do referido diploma. Com efeito, o Título VI proíbe discriminação por motivos de raça, cor, origem nacional em qualquer programa ou atividade que receba assistência por meio de financiamentos federais. O mesmo ocorre na emenda de 1972 ao Título IV, proibindo a discriminação por base de sexo em qualquer programa educacional que receba incentivo financeiro federal.

Resumidamente, é possível estabelecer alguns parâmetros definidos pelo Título VII relativamente à discriminação, nas relações de emprego, bem como em outras relações conexas.

A conceituação do empregador para os efeitos do diploma previsto nos artigos 701 (a) e (b) é interessante, na medida em que a definição geral pressupõe que o empregador seja uma pessoa engajada na *indústria que afete o comércio* e que tenha mais de quinze empregados para cada dia trabalhado em cada vinte ou mais semanas naquele ano ou no anterior. Foram excluídos desta definição, no texto inicial, a União Federal e suas corporações, tribos indígenas, departamentos do Distrito de Columbia, e clubes de fidelidade de boa fé. O conceito de pessoa se refere a pessoas físicas, empresas, sociedades,

e virtualmente qualquer entidade legalmente concebível. A figuração da expressão “indústria que afeta o comércio” se deve às exigências constitucionais estabelecidas para o Congresso poder legislar qualquer matéria que trate do comércio⁵³⁵. Empregadores estrangeiros não estão excluídos, mas somente entidades diplomáticas nos EUA. Também estão excluídas da aplicação da referida lei as entidades religiosas, sejam empresas, associações, instituições educacionais ou sociedades, desde que os empregados tenham a religião professada pelas instituições e que seu trabalho seja conexo com as suas finalidades.

A definição de empregado para os efeitos da lei é estabelecida no artigo 701 (f) de forma verdadeiramente simplista. Qualquer *indivíduo empregado por um empregador* é considerado um empregado para os efeitos da referida lei. Segundo a doutrina estabelecida na *common law* seriam excluídos desse conceito os sócios gerentes, sócios acionistas e diretores não operantes. Porém, para os efeitos da lei, gerentes e supervisores estão abrangidos no conceito de empregado. Empregados federais, estaduais e municipais estavam inicialmente excluídos da proteção da lei, o que foi alterado mais adiante. Os empregados de entidades religiosas voltados para a finalidade da instituição estão protegidos contra a discriminação, salvo por motivo de religião, desde que conexa à prestação laboral empreendida.

As entidades sindicais estão proibidas de promover qualquer ato discriminatório segundo a referida lei, definida no artigo 701 (d), incluindo-se aí qualquer tipo de organização sindical que trate com empregadores os assuntos típicos da atividade sindical. Se o sindicato possuir mais de 15 empregados será tratado como *empregador* para os efeitos da lei, e seus empregados estão protegidos contra a discriminação. O artigo 703 (b) também reconhece como autores de discriminação as agências de empregos se cometerem atos deste naipe.

Como já foi visto no item 3.2.4, a definição de discriminação comporta alguns itens que merecem destaque. O ato discriminatório poderá ser a recusa na contratação, uma dispensa, ou qualquer outra ação que, de algum modo, venha a limitar, segregar ou classificar algum empregado. Deverá o discriminado demonstrar que o ato se deu por causa de algum motivo previsto na norma (raça, cor, gênero sexual, religião e origem nacional), ainda que não exclusivamente em um deles, como já demonstrado no

⁵³⁵PLAYER, Mack A. op. cit., p. 205.

caso *Price Waterhouse v. Hopkins* e também na decisão no caso *Phillips v. Martin Marietta Corp*⁵³⁶. Neste último caso, a Suprema Corte reconheceu a existência de discriminação na política de uma empresa que se recusava a contratar mulheres com crianças em idade pré-escolar.

Assim, a norma define que são discriminatórias as atitudes ocorridas de modo efetivo dos atos previstos na norma como discriminatórios, e não somente a falha em tomar determinada atitude em sentido contrário. A falta de implementação de uma ação afirmativa para alterar a falta de representação de determinada classe não é considerada uma atitude discriminatória, mesmo se houver demonstração de discriminação ocorrida no passado, como decidido no caso *United Airlines v. Evans*⁵³⁷.

Quatro são as mais comuns formas de discriminação, conforme tratamento dado pela referida lei. A primeira é a distinção frontal quando verificado que uma determinada regra ou comportamento é aplicada a uma determinada classe, e outro comportamento é adotado sobre a mesma questão relativamente a outra classe, sendo que o diploma não exige que haja tratamento prejudicial, apenas tratamento diferenciado⁵³⁸. A segunda seria a motivação imprópria, ou seja, a existência de tratamento diferenciado motivado por determinado fator que venha a provocar desvantagem para estabelecida classe de empregados protegidos. A terceira seria a perpetuação de discriminação ocorrida no passado, quando uma determinada atitude do empregador, por um meio explícito ou oculto, venha manter situações discriminatórias anteriormente existentes. A quarta modalidade seria a discriminação por efeito adverso (conhecida nos EUA como impacto adverso), e que já foi amplamente tratada no item 3.2.4. Seria a discriminação causada por uma atitude neutra que venha ter um efeito adverso a uma determinada classe protegida, que não pode ser justificada pelo empregador.

Um aspecto interessante das proteções trazidas pelo Título VII se refere às situações de assédio sexual, onde a Suprema Corte considerou como discriminatórias duas modalidades de assédio sexual, tal qual explicitadas no caso *Merit Savings Bank, FSB v. Vinson*⁵³⁹: A primeira seria o assédio que envolve a própria condição dos benefícios do emprego mediante favores sexuais, e a segunda o assédio que, enquanto não afete

⁵³⁶400 U.S. 542, 91 S. Ct. 496, 27 L.Ed. 2d. (1971) *in* PLAYER, Mack A. op. cit., p. 226.

⁵³⁷431 U.S. 553, 97 S. Ct. 1885, 52 L.Ed. 2d 571 (1977), *in* PLAYER, Mack A. op. cit., p. 224.

⁵³⁸PLAYER, Mack A. op. cit., p. 225.

⁵³⁹477 U.S. 57 (1986) *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/US/477/57.html>>. Acesso em: 20 out. 2004.

benefícios econômicos, venha a criar um ambiente hostil e ofensivo. Ambas as modalidades encontram violação no Título VII, cuja linguagem não é limitada à discriminação econômica ou tangível, acolhendo entendimento esposado pela EEOC no sentido de que infrações não-econômicas podem violar o Título VII.

As práticas discriminatórias por retaliação contra participação de empregados em procedimentos administrativos ou judiciais são reconhecidas pelo Título VII, com amplo reconhecimento da jurisprudência. A dispensa motivada por uma denúncia oferecida por um empregado ou o envio de uma carta ou comunicação a um órgão competente solicitando providências viola o artigo 704 (a), sendo considerada discriminatória. Os testemunhos recebem maior proteção ainda contra retaliações do empregador, sendo que somente as retaliações realizadas contra comunicações sabidamente falsas não são consideradas discriminatórias⁵⁴⁰.

Uma questão de grande destaque é um meio de defesa expressamente previsto no Título VII, no artigo 703 (e)(1), o qual estipula a *Bona Fide Occupational Qualification (BFOQ)*. A norma prevê uma *qualificação ocupacional de boa fé*, pela qual o empregador pode fundamentar a escolha de um empregado, ou autorizar determinada prática, sem que venha a ser considerada uma atitude discriminatória. O mencionado artigo dispõe que não será considerada uma discriminação ilegal a contratação de um empregado por motivos de religião, sexo ou origem nacional (tão somente), se tais motivos se tratarem de uma qualificação ocupacional razoavelmente necessária para a operação normal de determinado negócio ou empresa⁵⁴¹. A jurisprudência desenvolveu uma teoria sobre a questão contendo três elementos, uma vez inexistir a demonstração legal do que seja a BFOQ: (1) O Réu deverá demonstrar que membros da classe excluída não podem desempenhar de forma segura e efetiva as obrigações essenciais do trabalho, (2) o Réu deverá possuir uma base fática sólida para afirmar que todas as pessoas incluídas na classe excluída não podem desempenhar estas atividades laborais essenciais e, (3) se a utilização de membros de uma determinada classe importa em claro e substancial risco para o

⁵⁴⁰PLAYER, Mack A. op. cit., p. 271.

⁵⁴¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Civil Rights Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 21 out. 2004. e) *Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, ... on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise, and.*

empregador ou para terceiros e seja impossível prever o desempenho nestas atividades por meio de avaliações pessoais de aptidão⁵⁴².

A BFOQ é uma alegação de defesa distinta da *necessidade do negócio* na medida em que a primeira é um meio de defesa completo, quando invocada assume que o empregador fez uma distinção prevista no Título VII, porém defensável. Já a *necessidade do negócio* é a utilização de um conceito aplicado a mecanismos de seleção neutros, utilizados com boa fé, que possuam impacto adverso em uma classe protegida⁵⁴³. De acordo com as diretrizes de cumprimento da EEOC, certas situações não permitem o conhecimento do instituto da BFOQ como: (1) recusa na contratação de mulher baseada na suposição de emprego com características essencialmente femininas; (2) recusa em contratar com base em estereótipo sexual; (3) recusa na contratação com base na preferência de colegas de trabalho, clientes ou do próprio empregador; (4) o fato de que o empregador deve proporcionar facilidades separadas para cada sexo⁵⁴⁴.

Todas essas provisões que combatem a discriminação dependem do seu efetivo cumprimento, sendo que o Título VII previu uma agência especializada no cumprimento das provisões ali estabelecidas. Sua atuação é fundamental e merece uma melhor análise, o que passará a ser feito no próximo tópico.

5.4. O papel da *Equal Employment Opportunity Commission* - EEOC na efetivação da política de não discriminação

A *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC tem um papel destacado no combate à discriminação nas relações de trabalho, sendo este seu principal foco. Para alcançar este objetivo, vários mecanismos administrativos e judiciais foram previstos pelo Título VII. O espectro de atuação da Comissão é muito vasto. A agência é dotada de amplos poderes para efetivar a repressão da discriminação por vários meios, entre eles, a obtenção da conciliação, educação dos empregadores e empregados, apoio técnico nas questões de discriminação, ajuizar ações judiciais, enfim, vários tipos de

⁵⁴²PLAYER, Mack. A. op. cit., p. 281.

⁵⁴³Id. Ibid., p. 282.

⁵⁴⁴EEOC BFOQ, 29 C.F.R. § 104, 1. ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 271.

atividades em prol da erradicação da discriminação no emprego, principalmente dentro de um contexto extremamente conturbado como o norte-americano.

A autorização para a Comissão ingressar em Juízo foi concedida pela reforma do *Civil Rights Act* de 1972, que transformou completamente o espectro de atuação daquela entidade, tornando-se o principal foco de atuação da agência⁵⁴⁵. Um estudo mais aprofundado da entidade passará a ser feito, tanto na sua criação, como nas suas formas de ação, principalmente na solução de conflitos envolvendo temas de discriminação.

5.4.1. Sua criação e seu papel no contexto norte-americano

O Título VII criou um mecanismo administrativo especial para administração da efetividade das suas disposições, instalando uma agência executiva independente consistente de uma comissão formada por cinco membros diretamente indicados pelo Presidente dos Estados Unidos e referendado pelo Senado Federal, com mandato de cinco anos cada um. As ofensas ao Título VII devem ser levadas ao conhecimento dessa Comissão, que tem poderes de investigação de ofensas, oitiva de depoimentos por Juízes administrativos, manutenção de arquivos sobre atos discriminatórios e atividades voltadas ao cumprimento das normas ali estabelecidas, inclusive para receber queixas individuais⁵⁴⁶.

Assim, o artigo 706 do Título VII criou a *Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*. Com a reforma do *Civil Rights Act* de 1972, a EEOC passou a ter poderes para agir judicialmente em prol da aplicação das disposições do Título VII. Recebeu a autonomia para proposição de ações judiciais e intervenção em ações privadas⁵⁴⁷ o que, anteriormente, era competência do governo federal por meio do *Attorney General*, que é o Secretário da Justiça.

⁵⁴⁵35 years of ensuring the promise of opportunity. About EEOC. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/history/index.html>>. Acesso em: 22 out. 2004.

⁵⁴⁶EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. *1995 Annual Report*. Washington: EEOC, 1995. p. 11.

⁵⁴⁷SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. 933.

As principais funções da referida Comissão atualmente são: (a) processar denúncias mediante investigações e conciliações; (b) litigância judicial; (c) interpretação das leis antidiscriminação; (d) decidir reclamações de empregados federais e (e) resolver reclamações formuladas por governos estaduais. É necessário lembrar que a maioria dos estados e muitas municipalidades possuem leis que proíbem a discriminação com termos muito próximos da legislação federal, algumas com proteções extensivas à orientação sexual ou ao estado civil. Algumas legislações locais e estaduais abrangem pequenos empregadores e, praticamente, todos os estados possuem agências próprias para investigar e promover soluções baseadas nos diplomas estaduais, ou mesmo propor ações reparatórias nas cortes estaduais⁵⁴⁸.

Com início em 1977 e término em 1979, a comissão realizou um processo de reorganização de seus quadros e passou a ter um Diretor Executivo, bem como um quadro de setores compromissados com determinados programas. Também a Comissão assumiu outros encargos antidiscriminatórios em 1979, como a aplicação das disposições do *Equal Pay Act* e da *Age Discrimination in Employment Act*. Outra atuação da agência se refere à formulação de diretrizes a ser observadas por empregadores, sindicatos e agências de emprego, relativamente a questões discriminatórias, diretrizes importantíssimas para análise de casos concretos, e respeitadas até pela Suprema Corte.

A agência poderá também requisitar e manter arquivos sobre questões discriminatórias de empresas, sindicatos e agências de emprego, bem como de exigir relatórios dessas entidades para verificar o cumprimento de diretrizes e determinações expedidas pela agência governamental. Anualmente, as empresas com mais de cem empregados deverão enviar à agência um formulário padrão, o qual visa demonstrar o relacionamento da empresa com mulheres e minorias dentro do quadro de mão-de-obra empregada, sendo que tais exigências são autorizadas pelo artigo 709 (c) do Título VII a serem exigidas judicialmente no caso de recusa⁵⁴⁹. Também a agência poderá instituir programas de aprendizado e treinamento e dar orientações sobre questões que envolvam a discriminação por vários fatores.

⁵⁴⁸PLAYER, Mack A. *Federal law of employment discrimination in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999. p. 39.

⁵⁴⁹SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. 936.

5.4.2. Os expedientes de cumprimento adotados pela comissão

Quando da sua criação, a Comissão foi dotada de uma série de poderes para aplicação e efetivação das disposições do Título VII. Tais poderes vieram a ser ampliados gradativamente desde sua criação por meio de emendas legislativas. Seus poderes e mecanismos serão demonstrados como se encontram atualmente vigentes, para melhor compreensão de seu funcionamento.

O original artigo 706, atualmente artigo 2000e-5 na codificação federal, dispõe que a Comissão tem poderes para prevenir qualquer pessoa de se envolver em um ato de discriminação ilegal, assim considerados aqueles previstos na referida norma. O título VII prevê que o meio de impulso de qualquer ação da Comissão é a comunicação formal feita por qualquer envolvido, ou por qualquer outra pessoa em nome dos discriminados. O meio mais utilizado é a prática de denúncias formais formuladas perante a Comissão mediante carta.

Na reforma da Comissão em 1977, os procedimentos da Comissão foram agilizados, aumentando o volume e a recepção de consultas pré-acusatórias, que vieram a limitar a maioria das acusações para a ofensa ocorrida. Por outro lado, são adotados encontros entre os envolvidos, frente a frente, para facilitar a conciliação e a averiguação dos fatos. Com a reforma, as investigações são restritas somente aos danos sofridos, ao invés de investigações gerais e amplas. Em todos os procedimentos, são enfatizadas e priorizadas as soluções conciliatórias antes de ser estabelecido qualquer procedimento por parte da Comissão⁵⁵⁰.

Qualquer pessoa pode formular uma denúncia para a Comissão. Os interessados deverão trazer a alegação dos fatos no prazo de 180 dias contados da ciência de ocorrência de prática discriminatória. Outro prazo poderá ser respeitado se no Estado em que foi formulada a denúncia houver uma norma antidiscriminatória com prazo superior, bem como procedimentos próprios de investigação e solução de reclamações⁵⁵¹. As reclamações podem ser formuladas com base no Título VII, na norma antidiscriminatória por idade (ADEA), ou na norma antidiscriminatória de pessoas portadoras de deficiência

⁵⁵⁰SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. 938.

⁵⁵¹ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 228.

(ADA), por meio escrito ou pessoalmente perante algum escritório da entidade, ou até mesmo por correio. Se necessário for, poderão ser disponibilizados formulários específicos ou até mesmo serviços de intérprete para linguagem de sinais⁵⁵².

A proposição de denúncia tempestiva perante a Comissão é condição essencial para ajuizamento de ações perante a Justiça Federal. Do mesmo modo, os diplomas estaduais requerem a exaustão dos meios administrativos perante as agências locais, como condição de uma eventual ação reparatória⁵⁵³. Uma denúncia pode ser formulada perante a EEOC após o término dos procedimentos administrativos estaduais após 300 dias da ocorrência do ato discriminatório ou, 30 dias após a notificação de término dos procedimentos administrativos locais ou estaduais⁵⁵⁴.

Normalmente, a Comissão tem optado por avaliações e orientações sobre as questões a ela submetidas, antes mesmo do envio formal de uma denúncia a um empregador. Os escritórios regionais poderão conduzir entrevistas pessoais ou mesmo por telefone com qualquer pessoa que possua uma causa ou motivo aparentemente discriminatório a reclamar, seja para dissuadir se for uma denúncia sem fundamento, seja para orientar a preparação de uma denúncia que tenha alguma consistência e que necessite a coleta de mais dados antes de sua proposição⁵⁵⁵. A denúncia pode ser proposta ainda que a Comissão aconselhe o contrário, porém, formalizada a denúncia, e se for rejeitada pela Comissão, a parte interessada receberá uma autorização para ajuizamento de ação judicial a ser emitida pela EEOC, para que afores a competente ação judicial no prazo de noventa dias⁵⁵⁶.

Recebida a denúncia, a Comissão cita formalmente a pessoa alegada como discriminadora com informação dos fatos ali narrados para que a responda no prazo de dez dias. Respondida a denúncia e negados os fatos, poderá a Comissão fazer suas investigações, porém destituídas de caráter formal, obedecendo às regulações especiais para as ações administrativas federais nos EUA⁵⁵⁷. Se, diante dos elementos pesquisados na investigação, resultar uma causa razoável para entender a denúncia como verdadeira, a Comissão deverá tomar as providências necessárias para eliminar a prática discriminatória, servindo-se de reuniões informais, conciliação e outros meios persuasivos. Todos os fatos

⁵⁵²EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Filing a Charge of Employment Discrimination. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/charge/overview_charge_filing.html>. Acesso em: 24 out. 2004.

⁵⁵³PLAYER, Mack A. op. cit., p. 40.

⁵⁵⁴ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 228.

⁵⁵⁵SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. op. cit., p. 939.

⁵⁵⁶ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 229.

⁵⁵⁷PLAYER, Mack A. op. cit., p. 40.

da investigação não podem ser tornados públicos nem ser utilizados como meio de prova sem a autorização das partes envolvidas, sob pena de multa de US\$ 1.000,00 e prisão até um ano⁵⁵⁸.

Se os meios supra não forem suficientes para eliminar ou interromper a prática discriminatória, a entidade poderá ingressar no Juízo distrital federal competente com uma ação civil. Até 1972 essa competência era do próprio governo americano federal por meio de seu procurador (*Attorney General*). Também a agência poderá instituir programas de aprendizado e treinamento, entre outras medidas. Nos casos envolvendo a administração federal ou entidades a ela vinculadas, a questão é enviada ao Procurador Geral para providências antes do ajuizamento de ação civil. Havendo o procedimento judicial autorizado pelo Título VII, todas as provas poderão ser coletadas novamente conforme o código federal de regras processuais, e pode ser obtido um amplo pronunciamento judicial no sentido da parte demandada abster-se da prática discriminatória. Há uma variedade de medidas estabelecidas pelas leis antidiscriminação, podendo ser a parte obrigada a promover uma ação afirmativa, a reintegrar em caso de dispensa ou afastamento e a admitir candidato que tenha sido discriminado na admissão. Poderá também haver o reconhecimento retroativo da antiguidade e pagamento dos salários do período da dispensa até a reintegração, em prazo não superior a dois anos. O Juiz da causa está autorizado a tomar qualquer outra medida entendida como necessária para o cumprimento da decisão. Igualmente, poderá ainda ser condenado o praticante de atos discriminatórios a indenizar o ofendido, tanto de forma compensatória como de forma punitiva, em até US\$ 300.000,00 para empresas com mais de 500 empregados, além de honorários advocatícios.

Um aspecto interessante revelado por George Rutherglen é o fato de que as ações públicas promovidas pela EEOC, em termos puramente quantitativos, não são os principais meios de aplicação do Título VII. Segundo o referido autor, a maioria das ações judiciais formuladas, como em outros campos dos direitos civis, são trazidas pelos próprios envolvidos em ações privadas⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Code*. 2000e-5 (b). *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 24 out. 2004.

⁵⁵⁹RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 165.

5.4.3. As funções interpretativas da EEOC

A Comissão tem outra importante função que é interpretar as normas relativas ao combate à discriminação. Tais interpretações do Título VII são feitas por meio de diretrizes estabelecidas pela entidade, conhecidas como *guidelines*. Elas não têm qualquer caráter formal, tampouco dispõem de força de lei, não possuindo poder de vincular as decisões judiciais. Contudo, as Cortes têm encontrado nas diretrizes da EEOC uma fonte na qual emprestam credibilidade e orientam os julgamentos sobre casos de discriminação. Um vívido exemplo dessa assertiva é a decisão do célebre caso *Albemarle Paper Co. V. Moody*⁵⁶⁰. Nessa decisão, a Suprema Corte reconheceu como correto o entendimento da Corte de apelações, órgão judiciário hierarquicamente inferior, o qual havia respeitado as diretrizes da EEOC na seleção de empregados (29 CFR Part 1607) como um conjunto de padrões para empregadores, sindicatos e agências de emprego, como forma de identificar se seus procedimentos estão de acordo com o Título VII. No caso em questão, a Suprema Corte reconheceu que os testes formulados pelas diretrizes da EEOC sobre seleção de empregados estão de acordo com o precedente do célebre caso *Griggs*⁵⁶¹.

As principais diretrizes da Comissão são estabelecidas sobre discriminação por sexo (29 C.F.R. Part 1604), discriminação religiosa (29 C.F.R. Part 1605), discriminação por origem nacional (29 C.F.R. Part 1606), diretrizes uniformes para procedimentos de seleção de empregados (29 C.F.R. Part 1607), ações afirmativas (29 C.F.R. Part 1608) e definição de deficiência (29 C.F.R. Part. 1630).

Por outro lado, a Comissão também estabelece importantíssimas interpretações sobre diversos estatutos legais relacionados com o combate à discriminação, entre eles as leis sobre os portadores de deficiência (ADA) e sobre a discriminação por idade (ADEA). Igualmente, são estabelecidos posicionamentos da Comissão que orientam as empresas sobre procedimentos adotados para verificação e solução de casos envolvendo discriminação nas relações de trabalho.

⁵⁶⁰422 U.S. 405, (1975) *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/422/405.html>>. Acesso em: 25 out. 2004.4.

⁵⁶¹Mesma fonte da nota 55. *The message of these Guidelines is the same as that of the Griggs case - that discriminatory tests are impermissible unless shown, by professionally acceptable methods, to be "predictive of or significantly correlated with important elements of work behavior which comprise or are relevant to the job or jobs for which candidates are being evaluated."* 29 CFR 1607.4 (c).

5.4.4. As funções da EEOC perante os agentes governamentais

Uma outra importante função da EEOC é a implementação de procedimentos para aplicação das disposições do Título VII relativamente a empregadores governamentais federais. O Título VII designou inicialmente a Comissão de Serviço Civil para adotar regulamentos procedimentais de todos os empregados federais abrangidos pelo referido estatuto legal. Essa autoridade foi transmitida para a EEOC diante da reorganização estabelecida no governo James Carter (1977-1981), através do Plano nº 1, sendo que a EEOC estabeleceu procedimentos detalhados para receber e movimentar denúncias contra agências federais, através da diretriz 29 C.F.R. § 1613⁵⁶².

5.5. Outros diplomas legais relevantes sobre discriminação e as relações de trabalho

O Título VII foi um grande impulsionador de normas discriminatórias, sendo que após sua promulgação, uma série de leis específicas para determinadas situações vieram a ser aprovadas. Um fenômeno interessante foi verificado com as disposições do *Civil Rights Act* de 1866, quando importantes decisões nos anos 60 e 70 utilizaram tais normas centenárias como fundamento contra atos discriminatórios nas relações de trabalho. Neste tópico, cada lei será analisada separadamente em subtópicos distintos.

5.5.1. *Age Discrimination of Employment Act - ADEA (1967)*

A lei de discriminação no emprego por motivo de idade teve seu nascedouro nas discussões das emendas legislativas formuladas ao *Civil Rights Act* de 1964, onde a idade poderia ser mais um motivo de discriminação a ser combatido. O Congresso rejeitou essa proposta inicial, mas solicitou ao Secretário do Trabalho um estudo sobre a discriminação por idade, e que este propusesse uma lei específica. O relatório do Secretário de Trabalho chamado *Os trabalhadores americanos mais velhos - Discriminação por idade*

⁵⁶²PLAYER, Mack A. op. cit., p. 201.

no trabalho de 1965 documentou o problema e serviu para propor um remédio jurídico específico, que se tornou o ADEA⁵⁶³. O diploma foi emendado em 1974 para expandir a cobertura do diploma para empregadores governamentais. Em 1978 recebeu outra emenda, esta bastante extensiva, ampliando o teto de idade de 65 para 70 anos, bem como proibindo a aposentadoria compulsória por planos de aposentadoria empresariais de boa-fé, adicionando questões procedimentais também na legislação original. Outras alterações ocorreram em 1982 e 1984, esta última ampliando a cobertura para os empregados americanos que trabalham no exterior em favor de empresas americanas e suas subsidiárias⁵⁶⁴. Em 1986 outra significativa emenda foi aprovada, e aboliu o teto de 70 anos para abrangência dos protegidos e ampliou a proteção da lei, não sendo imediatamente aplicáveis aos membros em posse de cargos universitários. Por fim, uma nova emenda em 1990 veio por alterar algumas disposições da referida lei.

O objetivo da promulgação da lei em questão é bem claro em seu artigo 621: Promover a empregabilidade de pessoas mais velhas baseadas em sua habilidade ao invés da idade, proibir a discriminação arbitrária por idade nas relações de trabalho e ajudar empregadores e empregados a encontrar meios para resolver os problemas surgidos com o impacto da idade no emprego⁵⁶⁵. O mesmo artigo fundamenta as disposições mediante o explícito reconhecimento de que o aumento da produtividade e dos ganhos leva trabalhadores mais idosos a se encontrar em desvantagem para manutenção de seus empregos e, principalmente, obter novos empregos. Ainda, a lei fundamenta suas limitações por conta de que os limites arbitrários implementados para a idade são normalmente adotados, e não são levados em conta os potenciais no desempenho das funções.

Parece que os autores da lei já previam o que estava por vir a partir dos anos 90. O incremento da competitividade, muito mais acentuada com o efeito da globalização, veio a tornar mais crítico o problema da discriminação por idade⁵⁶⁶. Com efeito, os fenômenos de fusões, aquisições, avanços tecnológicos e as diminuições de quadros conhecidas como *downsizings*, levam a questões muito complexas como os planos de

⁵⁶³PLAYER, Mack A. op. cit., p. 506.

⁵⁶⁴Id. Ibid., p. 508.

⁵⁶⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Age Discrimination in Employment Act of 1967. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/adea.html>>. Acesso em: 25 out. 2004.

⁵⁶⁶BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 644.

antecipação de aposentadoria, reduções de força e *lay-offs* que incidem direta e mais violentamente sobre os trabalhadores com maior idade.

O artigo 623 tem uma longa redação, com inúmeras disposições sobre a proibição da discriminação por idade, cujos conceitos são bastante interessantes e adotam uma proibição de discriminação arbitrária por idade. A proibição de discriminação por idade é descrita no item 1, mediante os seguintes termos:

(a) deverá ser considerado como ilegal para um empregador

(1) deixar de ou recusar a contratar, ou despedir qualquer pessoa, ou discriminar contra qualquer pessoa com respeito à sua indenização, termos, condições, ou privilégios do emprego, por motivo de sua idade.

(2) limitar, segregar ou classificar seus empregados de qualquer modo que venha privar ou tenda a privar qualquer pessoa de oportunidades de emprego ou, de outro modo, afetar adversamente seu status como empregado, por motivo de sua idade; ou

(3) reduzir o valor da remuneração de qualquer empregado para obedecer a este capítulo

A norma considera também, de forma mais limitada que as disposições anteriores, a discriminação por idade em relação a agências de empregos. Também traz consigo uma série de proibições de discriminações por idade para os sindicatos, como excluir ou expelir de seu quadro, ou discriminar por motivos de idade; limitar, segregar ou classificar a pessoa por motivos de idade, bem como influenciar um empregador a promover ou tentar promover uma discriminação contra uma pessoa por motivo de idade.

As teorias de tratamento diferenciado e impacto adverso, consolidadas sobre as violações do título VII, podem ser aceitas para os casos envolvendo discriminações sobre idade, na forma do ADEA. No caso do tratamento diferenciado, o que seria uma discriminação mais evidente, a Suprema Corte reconheceu expressamente a sua aplicação nas discriminações por idade, no caso *Hazan Paper Co. v. Biggins*⁵⁶⁷. Relativamente ao

⁵⁶⁷507 U.S. 604, 609, 113 S. Ct. 1701, 1706, 123 L. Ed. 2d. 338 (1993). In BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 608. Da referida decisão o autor extrai que: *[t]he disparate treatment theory is of course available under the ADEA, as the language of that statute makes clear.*

impacto adverso, as Cortes inferiores eram quase unânimes em aplicar a teoria do impacto adverso tratado pela ADEA antes do julgamento do precedente *Hazan Paper*. Posteriormente, os autores Robert Belton e Dianne Avery reconhecem que as Cortes estão divididas em torno da possibilidade da aplicação da teoria do impacto adverso, em face da referida decisão que, segundo os autores, teria decretado a sentença de morte da aplicação da teoria do impacto adverso nos casos regulados pela ADEA⁵⁶⁸.

A lei em questão foi promulgada proibindo a discriminação no emprego, demissão, recusa a promoção e tratamento contra as pessoas com idade superior a 40 anos até o limite de 70 anos, aplicando-se à empresas que tenham mais de 20 empregados para cada dia trabalhado, na mesma regra de proporção do título VII. Também é considerada discriminação a limitação a um determinado emprego com estabelecimento de uma idade não superior a 40 anos, ao menos que a idade inferior seja considerada uma BFOQ – qualificação ocupacional de boa fé (*Bona Fide Occupational Qualification*).

Aos empregadores, assim como as agências de emprego e sindicatos, é considerado ato ilegal a discriminação de empregados e candidatos a emprego, bem como aqueles que tenham feito alguma denúncia, testemunhado, assistido, ou participado de qualquer maneira de uma investigação, procedimento ou litigância nos termos deste capítulo. Fica também proibida qualquer forma de publicidade, divulgação de notícias e assemelhados que venham referir-se a um emprego, indicando qualquer preferência, limitação, especificação ou discriminação baseadas na idade. A lei exclui como discriminatórias as razoáveis necessidades de qualificação de boa fé para a operação de determinado negócio, bem como quando a diferenciação é baseada em fatores razoáveis diversos da idade. São excluídas da consideração de atos discriminatórios a adoção de um plano de antiguidade de boa-fé. Se as suas práticas envolverem empregados em outros países, poderá ser aplicada a lei a menos que a obediência das disposições do ADEA venha a colidir com determinações legais do país de trabalho. Por outro lado, as contratações ou promoções que observem um sistema de plano de benefícios de boa fé; ou a dispensa ou medida disciplinar por justa causa, não são motivos para serem considerados como discriminatórios.

A lei ADEA reconhece os termos de um sistema de antiguidade de boa fé. Para tanto, o sistema não pode vir a elidir os propósitos de proteção da lei, exceto quando o

⁵⁶⁸BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 632.

sistema de antiguidade exija ou permita a aposentadoria involuntária de qualquer pessoa especificada nos termos do artigo 631, por causa da sua idade, ou venha a observar os termos de um plano de boa fé. Também são permitidas exceções para a admissão de bombeiros ou de acordo com um plano de contratação ou aposentadoria que não seja um subterfúgio para elisão dos propósitos do capítulo. São consideradas como qualificação ocupacional de boa fé para os efeitos da lei: (1) que a limitação de idade seja razoavelmente necessária para a essência do negócio; (2) que todos ou substancialmente a maioria dos indivíduos excluídos do emprego sejam de fato não qualificados para ele; (3) que alguns dos indivíduos excluídos possuam desqualificação que não possa de outro modo ser apurada senão pelo uso da idade⁵⁶⁹.

Desde 1978 a EEOC foi designada como agência responsável para cumprimento e aplicação das disposições do referido diploma.

A constitucionalidade do diploma jamais foi questionada de modo incisivo, pois o Congresso Federal detinha poder específico para legislar de acordo com a cláusula comercial da Constituição federal e regular condições de emprego. Qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da lei foi solvida no caso *EEOC v. Wyoming*⁵⁷⁰, que decidiu que o Congresso tem poderes para regular as discriminações por idade e que o exercício deste poder não viola a décima emenda constitucional⁵⁷¹.

Os remédios previstos na referida legislação são os pagamentos de salários atrasados em caso de dispensa indevida, indenização pelas horas extras não realizadas em face do ato discriminatório, além da aplicação de remédios equitativos apropriados para cada situação, obrigações de contratação, reintegração de empregados, promoções compulsórias e execução das quantias devidas acima previstas. A responsabilização do empregador pelas indenizações é legalmente prevista quando verificada intenção discriminatória, não havendo discricionariedade do Juiz da causa em arbitrar valores indenizatórios pelos danos causados, sendo limitadas ao valor dos salários atrasados⁵⁷². A referida lei não autoriza a condenação ao pagamento de indenizações compensatórias por prejuízos acessórios sofridos como perda de crédito ou despesas de mudança, bem como indenizações punitivas. Também é previsto o pagamento de uma indenização

⁵⁶⁹ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 328.

⁵⁷⁰ 60 U.S. 226, 103 S. Ct. 1054, 75 L. Ed. 2d. 18 (1983).

⁵⁷¹PLAYER, Mack A. . op. cit., p. 510.

⁵⁷²Id. Ibid., p. 553.

correspondente aos prejuízos pretéritos e futuros, quando se verificar como não aconselhável à reintegração. As cortes vêm permitindo a aplicação de medidas cautelares em face do empregador para impedir a efetivação de resultados danosos como dispensas coletivas⁵⁷³. Honorários advocatícios são devidos no caso de vitória do autor, e somente são devidos em favor do Réu se o ajuizamento da ação se deu por motivos frívolos, não razoáveis ou sem qualquer base⁵⁷⁴.

5.5.2. *Americans of Disabilities Act – ADA (1990)*

A lei *Americans of Disabilities Act*, sancionada em 26 de julho de 1990, foi a primeira lei federal a proibir discriminação no emprego contra os estimados 43 milhões de americanos com deficiências físicas e psíquicas⁵⁷⁵. O diploma é aplicável aos empregadores que tenham acima de 15 empregados. O diploma não trata somente das questões relativas às relações do trabalho, mas também discriminação nos transportes, habitação, serviços públicos, acomodações públicas, sendo um verdadeiro compromisso nacional com a igualdade⁵⁷⁶. A primeira lei que tratou do grave problema enfrentado pelos portadores de deficiência foi o *Rehabilitation Act*, de 1973, o qual somente era aplicável para entidades que recebiam recursos do governo federal norte-americano. A confecção da lei gerou um forte aparato de defesa nas duas casas legislativas federais, bem como um apoio do então Presidente George Bush, que a princípio resistiu contra a expansão de outros tipos de leis de direitos civis⁵⁷⁷.

Para que fossem atingidos os objetivos da lei, ela incorporou a jurisprudência construída em torno da legislação de 1973 e os padrões adotados para a prova desenvolvidos com base no Título VII, aplicando essas regras ao mais amplo grupo de pessoas, empregadores e sindicatos abrangidos pelo último diploma⁵⁷⁸.

⁵⁷³PLAYER, Mack A. . op. cit., p. 561.

⁵⁷⁴*Christiansburg Garment Co. v. EEOC*, 434 U.S. 412 (1978) in WHITE, Rebecca Hanner. *Employment law and employment discrimination*. New York: Aspen Law & Business, 1998. p. 115.

⁵⁷⁵ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 340.

⁵⁷⁶BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 660.

⁵⁷⁷DONOHUE III, John D. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York:Foundation Press, 2003. p. 513.

⁵⁷⁸FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 793.

A proteção que a referida lei confere aos portadores de alguma espécie de deficiência é muito parecida com a proteção conferida pelo Título VII. A lei ADA é dividida em cinco títulos, sendo que o primeiro trata da discriminação nas relações de trabalho. Os empregadores, os empregados, as agências e os envolvidos são praticamente os mesmos que o Título VII estipula⁵⁷⁹. Os demais títulos tratam de transporte público (II), acomodações públicas (III), telecomunicações (IV) e diversas providências (V). Arlene Mayerson, citada por Robert Belton e Dianne Avery, afirma que a Lei ADA é a mais ampla lei de direitos civis aplicáveis aos portadores de deficiência e o mais importante diploma legal promulgado desde o *Civil Rights Act* em 1964, transformando o panorama da sociedade americana e causando um profundo efeito na vida dos portadores de deficiência⁵⁸⁰.

Por outro lado, John J. Donohue III afirma que um estudo feito pela *American Bar Association* em 1998, entidade equivalente à Ordem dos Advogados, constatou que os empregadores-réus foram vencedores em cerca de 92 por cento das causas relativas à discriminação no emprego ajuizadas nos distritos federais em todos os oito anos de sua vigência⁵⁸¹. O referido autor revelou que muitos dos problemas judiciais encontrados se referem ao conceito inapropriado de porte de deficiência, referindo-se a uma trilogia de casos julgados pela Suprema Corte em 1999. Nesses processos, os autores não conseguiram demonstrar sua condição de portadores de deficiência ou vislumbrados pelo empregador como portadores de deficiência⁵⁸². O mesmo autor ainda aponta as tristes estatísticas obtidas em 1997, portanto sete anos após a sanção da referida lei. Naquele ano, foram obtidos os dados abaixo colacionados que demonstram uma triste realidade de que a deficiência se encontra relacionada com a pobreza e a dependência nos Estados Unidos⁵⁸³.

⁵⁷⁹BELTON, Robert; AVERY, Dianne. . op. cit., p. 660.

⁵⁸⁰MAYERSON, Arlene. *The Americans with Disabilities Act – An Historic Overview*. 7. Lab. Law. 1, 1-2 (1991). In BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 632.

⁵⁸¹DONOHUE III, John D. op. cit., p. 513.

⁵⁸²Id. Ibid., p. 514. Os casos são *Sutton v. United Air Lines*, 527 U.S. 471; *Murphy v. United Parcel Service*, 527 U.S. 516; e *Albertson's v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555.

⁵⁸³Id. Ibid., p. 515.

Fatores	Não portadores de deficiência	Portadores de deficiência leve	Portadores de deficiência grave
<i>Salário médio em US\$</i>	23.564	20.457	13.272
<i>Empregabilidade entre 21 a 64 anos (%)</i>	84,4	82,0	31,4
<i>Não conclusão do ensino médio (%)</i>	10,7	--	32,6

Os dados acima apontam que a exclusão social dos portadores de deficiência é muito acentuada, mesmo em um país que possui uma legislação muito atenta para a discriminação contra essas pessoas e justamente na maior potência econômica do planeta. Essa situação era reconhecida quando da edição da lei sobre a situação do portador de deficiência nos EUA. O diploma menciona expressamente no seu artigo 2, item (a), inciso 7, que *as pessoas que portam deficiência são uma discreta e insular minoria que vem sendo confrontada com restrições e limitações, sujeitas a uma história de tratamento desigual proposital, e relegados a uma posição de fraqueza política dentro da sociedade norte-americana, baseada em características que estão além do seu controle e resultante de estereótipos presumidos não verdadeiramente indicativos da habilidade individual para participar e, contribuir com a sociedade*⁵⁸⁴.

A referida lei define a discriminação da seguinte forma, merecendo destaque as mais importantes definições:

Art. 12112. [Artigo 102] (a) Regra geral. Nenhum abrangido por este diploma deverá discriminar contra uma pessoa considerada como portadora de deficiência em função de procedimentos para

⁵⁸⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Americans with Disabilities Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>>. Acesso em: 28 out. 2004. (7) *individuals with disabilities are a discrete and insular minority who have been faced with restrictions and limitations, subjected to a history of purposeful unequal treatment, and relegated to a position of political powerlessness in our society, based on characteristics that are beyond the control of such individuals and resulting from stereotypic assumptions not truly indicative of the individual ability of such individuals to participate in, and contribute to, society;*

candidatura a um emprego, na contratação, desenvolvimento, ou dispensa de empregados, nas indenizações de empregados, treinamento profissional e outros termos, condições e privilégios do emprego.

(c) Interpretação- Como usado na subseção (a) deste artigo, o termo “discriminar” inclui também:

1. limitar, segregar ou classificar um candidato a emprego ou empregado de modo que afete adversamente as oportunidades ou a condição do referido candidato ou empregado;

2. participar de um contrato ou organização ou relacionamento que tenha o efeito de subordinar um candidato ou empregado qualificado como portador de deficiência de uma entidade abrangida pelo diploma, a uma discriminação proibida por este sub-capítulo, com uma agência de emprego ou de referência, sindicato profissional ou organização que promova benefícios contratuais para um empregado de uma entidade abrangida, ou uma organização que promova programas de treinamento ou de aprendizado.⁵⁸⁵

3. Utilizando padrões, critérios ou métodos de administração:

(a) que tenham o efeito de discriminação com base na deficiência

(b) que perpetuem a discriminação de outros que estejam sujeitos ao controle administrativo comum;

4. Excluindo ou, de outro modo, negando iguais empregos ou benefícios para uma pessoa qualificada por causa de sua reconhecida deficiência de uma pessoa com a qual o indivíduo qualificado é conhecido por possuir uma relação ou associação;

5.(a) não provendo razoáveis acomodações para as conhecidas limitações físicas ou mentais, ou de outro modo, que qualificam o indivíduo com uma deficiência, o qual é candidato ou empregado, ao menos que esta entidade abrangida possa demonstrar que a acomodação irá impor um excessivo encargo na operação do negócio exercido pela entidade abrangida; ou

(b) negando oportunidades de emprego a um candidato ou empregado que, por outro meio, qualifique a pessoa com deficiência, se esta recusa é baseada na necessidade desta referida entidade para prover razoável acomodação para os prejuízos físicos ou mentais do empregado ou candidato.

⁵⁸⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Americans with Disabilities Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>>. Acesso em: 05 set. 2004. SEC. 623..

6. utilizando padrões de qualificação, testes de emprego ou outros critérios de seleção que exponham ou tendam a expor uma pessoa portadora de deficiência ou uma classe de pessoas portadoras de deficiência, a menos que o padrão, teste ou outro critério de seleção, seja utilizado pela entidade abrangida demonstrando como relacionado ao desempenho das necessidades do cargo em questão, e consistente com a necessidade do negócio.

A lei tem uma longa previsão de discriminação no emprego por motivos de porte de deficiência de qualquer natureza (física ou psíquica). A definição acima resulta na seguinte seqüência de raciocínio sobre a discriminação por motivo de deficiência, segundo o estudo feito por Joel Friedman e George M. Strickler, Jr.: (1) há uma discriminação, (2) de uma pessoa debilitada, (3) de quem é, por outro modo, qualificado para a função, (4) e a discriminação tenha ocorrido por motivo da sua deficiência⁵⁸⁶.

Segundo os referidos autores, extraem-se importantes sub-componentes da teoria discriminatória fundada neste título. A primeira reside no fato de que, além do dever do empregador não discriminar por motivos da deficiência do trabalhador envolvido, a lei ainda requer que o empregado portador receba uma razoável acomodação para sua deficiência, desde que não imponha um ônus ou encargo excessivo sobre o empregador. Este é um aspecto importantíssimo do diploma legal em análise, pois além do dever de não discriminar, o empregador ainda recebe uma obrigação de providenciar uma acomodação razoável para que o portador de deficiência possa desempenhar atividades que deseje, e não que venha a aceitar o que lhe é oferecido.

Uma acomodação razoável, por sua vez, é definida como sendo o grupo de facilidades acessíveis e utilizáveis pelos portadores de deficiência, assim entendidos por Rebecca H. White. A autora exemplifica as acomodações razoáveis como sendo a reestruturação da função, horários ajustados, recolocação em um outro cargo, aquisição ou alteração de equipamentos, ajuste ou modificação de avaliações, materiais de treinamento ou políticas, a provisão de leitores ou intérpretes qualificados, entre outras acomodações. Todas elas são cabíveis desde que não venham a impor um ônus excessivo e indevido sobre

⁵⁸⁶FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., George M. op. cit., p. 794.

o empregador, assim consideradas aquelas providências que sejam extremamente difíceis ou caras⁵⁸⁷.

A imposição de um ônus de qualquer espécie efetivamente não agrada os empregadores, principalmente em época de competitividade extremada onde a redução de custos é buscada em todos os níveis. Uma visão mais conservadora e liberal do Judiciário norte-americano tende a limitar a proteção do diploma legal, para que não venha a impor excessivos custos para os empregadores. Na visão empresarial, a obrigação de razoáveis acomodações para os deficientes poderá impor reduções salariais para que os custos das acomodações sejam absorvidos em um preço menor do trabalho contratado que justifique a utilidade da contratação de um deficiente. Caso contrário, dentro de uma visão neoliberal, haverá um fácil sabor pela discriminação dos deficientes em função de seus custos⁵⁸⁸. Por outro lado, os portadores de deficiência ainda podem trazer produtividade inferior se esta depender de alguma habilidade ou conhecimento profissional que eles não tenham ou não possam exercer adequadamente. Tais fatores acabam por derrubar os salários dos deficientes no mercado norte-americano⁵⁸⁹.

Assim, uma proteção eficiente contra a discriminação dos deficientes haverá de lutar contra este sombrio panorama. Deverão ser demonstrados aos empregadores os bons efeitos da contratação de portadores de deficiência, entre eles, segundo Michael Ashley Stein, uma economia em despesas de recrutamento, treinamento e recolocação de empregados, por terem os portadores maior taxa de permanência em seus empregos comparativamente com os não-portadores. Além disso, segundo o referido autor, uma agência governamental demonstra que um dólar gasto em melhoria nas acomodações de trabalho chega a economizar 50 dólares em benefícios assistenciais⁵⁹⁰.

A segunda questão reside no fato da consideração da deficiência em si. Alguns importantes aspectos residem na definição de porte de deficiência como aquele que

⁵⁸⁷WHITE, Rebecca Hanner. *Employment law and employment discrimination*. New York: Aspen Law & Business, p. 108.

⁵⁸⁸STEIN, Micheal Ashley. Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 21, p. 316, 2000. Disponível em: <<http://www.boalt.org/BJELL/21-1/21-1-314.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2004.

⁵⁸⁹SCHWOCHAU, Susan; BLANCK, Peter David. The economics of the americans with disabilities act, Part III: Does the ADA Disable the Disabled? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, p. 287, 2000. *Law, Health Policy & Disability Center, New Developments in Employment Policy*. Disponível em: <http://disability.law.uiowa.edu/lhpdc/publications/documents/blancketaldocs/econ_part3.doc>. Acesso em: 29 out. 2004.

⁵⁹⁰STEIN, Micheal Ashley. op. cit., p. 325-326.

tem, teve ou é visto como portador de um prejuízo físico ou mental que substancialmente limite a maioria das atividades da vida. O trabalhador portador de deficiência poderá ser considerado como qualificado para determinado cargo se puder exercer as suas funções essenciais, com ou sem assistência de uma razoável acomodação e que não venha a opor uma ameaça direta para a saúde e a segurança dos demais no local de trabalho⁵⁹¹. Este teste foi utilizado no caso *Bragdon v. Abbott*⁵⁹², importante decisão de 1998 a qual reconheceu que o fato de portar o vírus HIV da SIDA/AIDS é considerado uma deficiência a ser protegida pela lei em questão. Como foi reconhecido pela referida decisão, a Autora daquele processo teria preenchido os requisitos para consideração como portadora de deficiência, especialmente no artigo 3º do referido diploma, como citado na transcrição da decisão.

O primeiro conceito em questão é o de porte de deficiência. Na decisão do caso *Bragdon* foi adotada a consideração de deficiência no sentido de que seria (a) *uma redução de capacidade física ou mental que substancialmente limita uma ou mais atividades essenciais da vida*, (b) uma pessoa que tivesse um registro desta redução ou (c) a pessoa vista como possuidora desta redução de capacidade. Satisfazendo uma das três definições, a pessoa pode ser considerada como abrangida pelas disposições da referida lei⁵⁹³.

A redução é considerada uma desordem física ou mental descrita em regulamentos administrativos. No caso *Bragdon* foi utilizada a definição estabelecida pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem Estar, quando regulou a lei de reabilitação de 1973 (*Rehabilitation Act*). Estabelece o artigo 504 daquele regulamento as situações que poderiam ser consideradas como redução de capacidade física ou mental. Os regulamentos da EEOC tratando do sentido de “deficiência”, bem como de várias agências federais que

⁵⁹¹FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 794.

⁵⁹²524 U.S. 624, 118 S.Ct. 2196, 141 (1998) L. Ed. 2d. 540. *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/524/624.html>>. Acesso em: 25 out. 2004. *We first review the ruling that respondent's HIV infection constituted a disability under the ADA. The statute defines disability as: "(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual; "(B) a record of such an impairment; or "(C) being regarded as having such impairment."* E em outra passagem: *Our consideration of subsection (A) of the definition proceeds in three steps. First, we consider whether respondent's HIV infection was a physical impairment. Second, we identify the life activity upon which respondent relies (reproduction and child bearing) and determine whether it constitutes a major life activity under the ADA. Third, tying the two statutory phrases together, we ask whether the impairment substantially limited the major life activity. In construing the statute, we are informed by interpretations of parallel definitions in previous statutes and the views of various administrative agencies which have faced this interpretive question.*

⁵⁹³WHITE, Rebecca Hanner. op. cit., p. 105.

possuam a tarefa de administrar e aplicar tal legislação, vêm guiando decisões judiciais até mesmo da Suprema Corte⁵⁹⁴. A própria EEOC possui uma importante diretriz a respeito, a de número 29 C.F.R. Part. 1630 (1998), que define como reduções de capacidade físicas e mentais os seguintes sintomas:

(h) Reduções físicas ou mentais significam:

- (1) Qualquer desordem fisiológica, ou condição, desfiguramento cosmético, ou perda anatômica que afete um ou mais dos seguintes sistemas do corpo: Neurológico, musculoesquelético, órgãos sensoriais especiais, respiratórios (incluindo os da fala), cardiovascular, reprodutivo, digestivo, genital-urinário, sanguíneo ou linfático, pele ou endócrino; ou*
- (2) Qualquer desordem mental ou psicológica como retardamento mental, síndrome orgânico cerebral, doenças emocionais ou mentais, e específicas deficiências no aprendizado.*

A consideração do empregado como sendo abrangido pelas disposições da Lei ADA é tormentosa nas cortes, exigindo-se uma avaliação individualizada para cada caso. Isto se torna mais complexo na medida em que a legislação mencionada, tampouco a decisão em questão, não possuem uma definição nem exaustiva, nem ilustrativa, da lista de reduções cobertas. Daí que as definições administrativas acabam sendo adotadas como forma de orientar os julgadores a entender como uma pessoa porta determinada redução física ou mental. No caso *Bragdon*, a Suprema Corte decidiu adotar as definições do departamento de saúde, posto que na Lei de 1973, as definições seriam feitas por esse departamento. Como a Lei ADA menciona, expressamente, que as suas interpretações deveriam ser no mínimo superiores aos padrões estabelecidos pelo Título V do *Rehabilitation Act*, a Corte adotou a mesma definição exarada pelo departamento de saúde para regulação dos efeitos da primeira Lei, definição esta praticamente idêntica à exarada pela EEOC.

Essa redução no conjunto de funções da pessoa, para os efeitos da Lei ADA devem, substancialmente, limitar uma ou mais atividades essenciais da vida, afastando condições limitativas temporárias. No caso *Bragdon*, a Suprema Corte entendeu que o fato de a autora estar infectada com o vírus HIV da SIDA/AIDS não lhe permite procriar sem causar grande risco a seu parceiro e à criança que virá nascer, entendendo como sendo uma

⁵⁹⁴FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 802.

limitação no modo natural da vida. Assim, a Corte considerou que a Autora deveria receber os benefícios da Lei ADA, remetendo o caso à Corte de origem para o julgamento das demais questões envolvidas no caso.

O caso *Bragdon* não envolve qualquer relação de trabalho, pois a Autora, *Sidney Abbott*, ajuizou ação contra seu dentista que se recusou a tratá-la no próprio consultório. O dentista alegou que corria riscos de contágio pessoal ao operar os instrumentos de trabalho no trato de cavidades dentárias, sem que se fosse feito tal tratamento em um hospital, com os custos arcados pela Autora, mas sem qualquer majoração nos honorários profissionais.

Nas relações de trabalho, a questão da deficiência e o exercício das atividades laborais é fundamental. A Lei ADA prevê que o trabalhador em questão seja uma pessoa qualificada e portadora de deficiência, para estar abrangida e receber os seus benefícios. Uma pessoa qualificada, na forma do artigo 101, § 8º, do referido diploma, seria aquela que, com ou sem razoáveis acomodações para o exercício de sua função, possa desempenhar as funções essenciais do cargo. Essas funções são estabelecidas pela descrição escrita das funções a serem exercidas no cargo (*job description*), sendo aquelas tarefas que o cargo exige para ser desempenhadas por um limitado número de pessoas disponíveis para tal exercício. Algumas considerações são levadas em conta, como a frequência das funções a ser exercidas, a quantidade de tempo consumido dentro da jornada para o exercício de cada tarefa, e se ela é ou vem sendo exercida por pessoas que detenham tal qualificação⁵⁹⁵.

No caso *Sutton*⁵⁹⁶, o primeiro dos três julgados no mesmo dia em 1999, a Suprema Corte entendeu que as duas Autoras, portadoras de considerável miopia, não eram abrangidas pela Lei ADA. A Corte não considerou como discriminatória a recusa da empresa aérea de porte mundial nas suas contratações, por não atingirem o padrão de requisitos visuais mínimos estabelecidos pela empresa aérea (padrões estes de acordo com as demais empresas do ramo). O Juízo de 1º grau acolheu a moção de julgamento sumário da empresa, por não conseguirem as Autoras estabelecer uma reclamação consistente. Na decisão do caso, a Suprema Corte entendeu que as Autoras não tinham redução física que substancialmente limitavam o exercício dos atos normais para o trabalho, adotando o

⁵⁹⁵WHITE, Rebecca Hanner. op. cit., p. 107.

⁵⁹⁶527 U.S. 491-92 119 S.Ct. 2139, 144 L. Ed. 2d. 450 (1999) *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/527/471.html>>. Acesso em: 26 out. 2004.

padrão da EEOC, o qual afirma que *a inabilidade para exercer uma específica e particular função não constitui uma limitação substancial na atividade dentro de uma vida normal de trabalho* (Part 1630 2(j)(3)(i)).

E concluiu a decisão da Suprema Corte que as Autoras demonstraram que estariam impedidas de exercer a função de piloto de empresa aérea global, o que não encontraria a definição de limitação substancial, desde que a função de piloto de empresa aérea global seria uma entre outras funções de piloto, como piloto regional ou instrutor. Ou seja, não basta que uma determinada função esteja impedida pela deficiência, mas sim um grupo considerável de funções.

Como é possível notar do amplo leque de exigências, as decisões envolvendo os casos de deficiência são muito complexas e abrangem grande dose de subjetivismo do julgador. O próprio histórico pessoal de vida do julgador pode influir decisivamente nas deliberações, como também suas opiniões e afinidades ideológicas, já que a norma passa ao julgador uma amplitude muito grande de discricionariedade para decidir se determinada conduta é ou não discriminatória.

Um espectro bastante considerável de matérias de defesa podem ser argüidas nos casos envolvendo discriminação por motivos de porte de deficiência. A primeira e mais complexa delas em termos de definição, é a necessidade do emprego e a relação da deficiência com a atividade a ser exercida. É sempre uma questão decisiva no julgamento de um feito se o exercício de definida função depende de um determinado sentido, ou que alguma deficiência venha a prejudicar o exercício da função.

A necessidade da atividade (*Business Necessity*) pode entrar em questão nos casos envolvendo discriminação por porte de deficiência. Um ponto sempre levado em questão nestes casos é a permissibilidade da lei em torno da discriminação de determinado trabalhador, desde que sua deficiência venha a constituir uma direta ameaça ao ambiente de trabalho, havendo expressa previsão da lei neste sentido. no artigo 103 (a), o qual possui os seguintes termos:

(a) “Poderá ser uma defesa contra uma denúncia de discriminação de acordo com este capítulo, que uma alegada aplicação de padrões de qualificação, testes, ou critérios de seleções que exponha, ou tende a expor, ou por outro lado negue um emprego ou um benefício a um indivíduo com deficiência, deva ser mostrado como sendo relacionado ao emprego e consistente com a necessidade do negócio, sendo que o desempenho profissional seja acompanhado por razoáveis acomodações como requerido dentro deste sub-capítulo.”

(b) “Padrões de qualificação. – O termo “padrões de qualificação” pode incluir uma condição essencial que uma pessoa não seja uma direta ameaça à saúde ou à segurança de outras pessoas no local de trabalho.⁵⁹⁷

Uma questão interessante emergiu de uma política adotada pela empresa *Exxon*, proprietária da embarcação petroleira *Exxon Valdez*, envolvida em um acidente em 1989 que ocasionou um monstruoso derramamento de óleo nas costas do Alasca, talvez o maior desastre ecológico já ocorrido no planeta. A empresa implementou uma política de dispensar empregados que tivessem passado por tratamento de recuperação contra o uso de drogas, aí incluindo-se drogas ilícitas e álcool. Um dos motivos da grande responsabilidade da empresa em bilhões de dólares de indenização foi o fato de o comandante da embarcação ter sido anteriormente tratado de alcoolismo. A empresa foi acionada pela EEOC pela discriminação contra seus empregados que estivessem passado por tais programas. A empresa apresentou como defesa a necessidade da sua atividade exigir que um empregado em recuperação do trato de abuso de álcool e drogas pode ser uma direta ameaça para os demais, além de possuir uma necessidade do negócio que venha a exigir esta política. A decisão de 1º grau acolheu moção da EEOC de julgamento parcial antecipado, no sentido de que a única defesa disponível dentro da Lei ADA, quando um empregador impõe um padrão de qualificação de segurança, teria o empregador de provar que a pessoa possa ser uma ameaça direta.

A empresa apelou da decisão da moção e a 5ª Corte Federal de Apelações acolheu os argumentos do apelo⁵⁹⁸ e remeteu os autos ao primeiro grau para prosseguimento do feito e apreciação das provas a serem realizadas, mediante as seguintes orientações. Sobre a *ameaça direta*, a 5ª Corte Federal entendeu que ela oferece um significado mais coerente do estatuto e do papel de segurança, somente quando for

⁵⁹⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Americans with Disabilities Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>> Acesso em: 27 out. 2004.

⁵⁹⁸*EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871 (5th Cir. 2000). *Find law for legal professionals* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/5th/9811356cv0.html>>. Acesso em: 27 out. 2004.

aplicável em casos nos quais o empregador impõe um padrão especial de segurança para uma situação individual. A Corte entendeu que ela somente é aplicável quando uma determinada pessoa esteja envolvida em uma situação definida de risco potencial. Este não pode estar voltado para um grupo de empregados indeterminado e pré-existente, mas sim, pede uma prova que venha a ser consolidada em função de determinado risco concreto propiciado por determinada pessoa.

Por outro lado, sobre a *necessidade do negócio*, a referida Corte definiu que deverá ser levada em conta a magnitude de um possível dano assim como a probabilidade de ocorrência. Em resumo, disse a Corte, a probabilidade da ocorrência é descontada pela magnitude de suas conseqüências. No caso da *Exxon*, indicou a decisão que a corte de 1º grau deve considerar a magnitude de uma falha em avaliar se o índice de reincidência na recuperação de consumidores de substância tóxica constitui um risco de segurança suficiente para necessidade de negócio⁵⁹⁹.

A EEOC faz uma regulação especial sobre a *ameaça direta*, na sua diretriz 29 C.F.R. § 1630.2 (r), na qual devem ser levadas em conta os seguintes fatores: (1) a duração do risco; (2) a natureza e a intensidade do dano potencial; (3) a probabilidade que o dano potencial venha a ocorrer e (4) a iminência do dano potencial. Este teste veio a ser judicialmente referendado no caso *Mauro v. Borgess Med. Ctr.*⁶⁰⁰.

A constitucionalidade da lei não foi questionada, tampouco houve qualquer problema nesse sentido, sendo certo que as decisões acima apontadas demonstram claramente que a Lei foi bem aceita pelo Judiciário norte-americano em termos de sua constitucionalidade, ainda que sua interpretação tenha sido mais restrita que a intenção do legislador.

Os remédios jurídicos são assemelhados àqueles previstos no título VII e na norma que trata sobre a discriminação por idade. Sua aplicação depende da atuação da EEOC, a quem cabe receber as denúncias por violação, ou por delegação de competência para as agências locais ou estaduais quando existirem. Os procedimentos são muito semelhantes tanto para as violações baseadas no Título VII, como para a Lei antidiscriminação por idade e na Lei antidiscriminação por deficiência. O prazo de 180 dias deve ser observado para apresentar denúncia perante a EEOC diretamente, ou de 300 dias quando houver a existência de procedimento estadual ou local, com limite de 30 dias após o

⁵⁹⁹FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 830-831.

⁶⁰⁰BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 699.

encerramento deste procedimento. Em muitos locais, a EEOC possui acordos com agências estaduais ou locais, sendo que essas agências adotam os mesmos procedimentos da EEOC. Judicialmente, os remédios a serem obtidos são o pagamento dos salários do afastamento, benefícios perdidos, contratação (no caso de discriminação na admissão) ou reintegração para a posição perdida. Neste último caso, podem ser admitidas indenizações compensatórias ao invés da reintegração, se esta se afigurar desaconselhável quando o relacionamento entre as partes tiver sido muito desgastado.

No caso da Lei ADA, assim como no caso do Título VII, as ações podem ser julgadas por júri popular nos casos de tratamento diferenciado, mas não nos casos de impacto adverso. Podem ser deferidas indenizações compensatórias e punitivas, as últimas somente contra empregadores privados e nos casos de tratamento diferenciado tão somente. Na previsão dos dois diplomas (Título VII e ADA) as indenizações podem variar entre US\$ 50.000,00 até US\$ 300.000,00, dependendo do tamanho do empregador. Especificadamente no caso da Lei ADA, as indenizações compensatórias e punitivas podem ser deixadas de ser arbitradas na hipótese de que o empregador tenha feito um grande esforço de boa fé para acomodação do Autor. Honorários advocatícios são devidos na mesma base do Título VII e da Lei ADEA.

5.5.3. *Civil Rights Act de 1866*

Uma importante previsão nos diplomas legais relativos à discriminação no emprego se encontra nas disposições do *Civil Rights Act* de 1866, também conhecido como *Reconstruction Era Civil Rights*, cuja origem foi comentada no item 5.1. Esse conjunto de leis foi promulgado com o intuito de acabar com os resquícios do período escravocrata que os Estados Unidos viveram até 1865, com várias leis sancionadas entre 1866 e 1871. Dois artigos são extremamente importantes no trato da discriminação, os artigos 1981 e 1983 do Código Federal U.S.C. 42. As disposições do artigo 1981 são claras em apontar que todas as pessoas dentro da jurisdição dos Estados Unidos devem ter o mesmo direito em todos os estados e territórios para celebrar contratos e para receber o completo e igual benefício das leis.

(a) *Declaração de direitos de igualdade*

Todas as pessoas dentro da jurisdição dos Estados Unidos deverão ter o mesmo direito em todos os estados e territórios para celebrar e fazer cumprir contratos, para acionar, serem partes, produzirem provas, e para todos e iguais benefícios das leis e procedimentos para a segurança das pessoas e propriedades como é desfrutada por cidadãos brancos, e devem estar sujeitos a punições, castigos, penalidades, tributos, licenças e exações de todo o tipo, e a nenhum outro.

(b) *Definição de “celebrar e fazer cumprir contratos”*

Para os propósitos deste artigo, o termo “celebrar e fazer cumprir contratos” inclui a celebração, cumprimento, modificação e encerramento dos contratos, e o desfrute de todos os benefícios, privilégios, termos e condições da relação contratual.

(c) *Proteção contra prejuízos*

Os direitos protegidos por este artigo são resguardados contra prejuízos estabelecidos por discriminação não-governamental e prejuízos por motivos injustos de leis estaduais.⁶⁰¹

Uma vez tratando a relação de emprego de uma vinculação de natureza contratual, fica muito claro que a proteção acima definida pelo artigo 1981 é aplicável nas relações de emprego, constituindo-se em uma poderosa ferramenta contra a discriminação no emprego. Segundo Rebecca H. White, a importância das disposições do artigo 1981 reside no fato de poder ser aplicadas tais disposições a todos os contratos e não somente aos contratos de trabalho como estabelecido no Título VII⁶⁰². É um diploma voltado somente para questões de discriminação racial, não proibindo a discriminação por outros motivos.

Já o artigo 1983 provê um remédio jurídico destinado a reparar violações de direitos, privilégios e imunidades previstas na Constituição e nas leis dos Estados Unidos. A mesma autora acima aponta que uma ação pode ser ajuizada com base no artigo 1983, exatamente para remediar violações de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados⁶⁰³.

⁶⁰¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S.Code – Equal Rights Under The Law*. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts_search.pl?title=42&sec=1981>. Acesso em: 28 out. 2004.

⁶⁰²WHITE, Rebecca Hanner. op. cit., p. 115.

⁶⁰³Id. Ibid., p. 116.

5.5.4. Atos do Poder Executivo - *Executive Orders*

Alguns dos mecanismos mais interessantes contra a discriminação são os atos do Poder Executivo do governo federal dos Estados Unidos que promovem, por via indireta, forte pressão contra atos discriminatórios. Tais ferramentas são utilizadas com muita perspicácia por vários governos que lograram êxito na implementação de políticas antidiscriminação.

A primeira delas foi a *Executive Order* 8802, de autoria do Presidente Franklin Roosevelt em 1941 (3 C.F.R. 234 (1941))⁶⁰⁴, de 25 de junho de 1941, a qual proibia empresas contratadas pelo governo de promoverem discriminação baseada em raça, cor ou origem nacional. Foi a primeira medida presidencial tomada visando proibir discriminação no emprego para empresas privadas. Importante lembrar que tal medida foi tomada no preparo que o país já vinha promovendo para ingresso na segunda grande guerra, o que somente iria ocorrer em dezembro daquele ano. A norma não dispunha de qualquer autoridade ou meio de imposição para fazer cumprir suas determinações.

Em 6 de março de 1961, o Presidente John Kennedy assinou a *Executive Order* nº 10.295⁶⁰⁵ (26 F.R. 1977(1961)), norma que previu uma série de medidas importantes contra a discriminação, não somente por motivação racial, mas também por outros motivos. A primeira medida foi a fundação de um comitê presidencial voltado para a igualdade de oportunidades no emprego chamada *President's Committee on Equal Employment Opportunity* composta de várias autoridades de alto nível do governo federal. A segunda medida foi o estabelecimento de uma política de proibição de discriminação dentro do governo federal. A terceira medida foi o estabelecimento de obrigações para contratados do governo em não discriminar qualquer empregado ou candidato, bem como instituir uma *ação afirmativa* para assegurar o emprego dos candidatos pertencentes a minorias. Esta medida compreendia negociações coletivas com as entidades sindicais. Foram impostas sanções e penalidades para o descumprimento da norma governamental, inclusive de natureza administrativa e criminal.

⁶⁰⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order* 8,802. Disponível em: <http://www.classbrain.com/artteenst/publish/article_71.shtml>. Acesso em: 28 out. 2004.

⁶⁰⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order* 10,295. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

A mais importante medida do Poder Executivo foi a *Executive Order* 11246, de 28 de setembro de 1965 (3 C.F.R. 339 (1965))⁶⁰⁶, de autoria do Presidente Lyndon Johnson, a qual determinava a proibição da contratação de empresas que tivessem atitudes discriminatórias por motivo de raça, cor, origem nacional ou religião. Ela também proíbe atitudes discriminatórias no governo federal dos Estados Unidos, o estabelecimento de programas de ações afirmativas no governo federal, estabelece competências para o Secretário de Trabalho federal, determinações com as quais os contratados assumiam cumprir para poder prestar serviços ao governo, a apresentação de relatórios por parte desses contratados sobre discriminação, obrigações para os departamentos governamentais, o estabelecimento de sanções, entre tantas outras providências. A medida foi emendada pela *Executive Order* 11,375 (3 C.F.R. § 684 (1967)), de 13 de outubro de 1967, para inclusão de discriminação por sexo. A medida é considerada a mais efetiva adotada contra a discriminação e em favor das ações afirmativas, segundo Joaquim Barbosa Gomes, como mencionado no item 3.3.2. da presente dissertação.

Outra medida interessante foi a *Executive Order* 11,478, de 8 de agosto de 1969 (34 F.R. 12985 (1969))⁶⁰⁷, de autoria do Presidente republicano Richard Nixon, que veio regular as questões de discriminação dentro do governo norte-americano, proibindo discriminação no emprego com base em raça, cor, religião, sexo e origem nacional. A medida foi emendada em 1978 pelo Presidente democrata James Carter que incluiu as discriminações por porte de deficiência e idade, entre as formas a serem combatidas. Em 1998 o Presidente William Clinton adicionou a discriminação por orientação sexual à determinação federal 11,478, através da *Executive Order* 13,087 (63 F.R. 30,097(1998)).

5.5.5. A Lei *Glass Ceiling* de 1991

Entre as leis que tratam do grave assunto da discriminação nos Estados Unidos, uma chama a atenção dos estudiosos do tema, que é uma lei aprovada pelo Congresso Federal em 1991, chamada de *Glass Ceiling Act*. A metáfora do “teto de vidro”

⁶⁰⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Order 11,246. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 28 out. 2004.

⁶⁰⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Order 11,478. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/federal/eo11478/eo11478.html>>. Acesso em: 28 out. 2004.

é a visualização das barreiras que mantêm mulheres e minorias distantes de alcançar os mais altos níveis no mundo dos negócios, não obstante seu mérito⁶⁰⁸. O propósito dessa emenda ao *Civil Rights Act* seria aumentar a representação das mulheres e minorias nos ambientes de gestão e direção dos negócios, o que, reconhecidamente, não vinha e não vem ocorrendo.

Sua promulgação data de 21 de novembro de 1991, estabeleceu uma comissão de vinte e um integrantes para estudar recomendações concernentes à eliminação de barreiras artificiais para o avanço na carreira de mulheres e minorias, aumentando as oportunidades para o alcance de posições de direção no mundo dos negócios. A norma autorizou a criação de um prêmio nacional para diversidade e excelência na gerência executiva norte-americana, para ser concedido anualmente pela comissão para determinado negócio que tenha promovido maior diversidade na força do trabalho qualificado em níveis de gerência e direção nos negócios⁶⁰⁹.

5.6. O panorama judicial norte-americano contra as atitudes discriminatórias

Guido Fernando Silva Soares afirma que os Estados Unidos possuem um sistema jurídico bastante peculiar, uma vez que se trata de um sistema derivado da mistura de dois sistemas jurídicos classificados por René David⁶¹⁰: Uma espinha dorsal formada pelo *Common Law* com uma avassaladora influência do *jus scriptum* romano-germânico, isto nos sistemas federal e dos estados, com exceção do estado da Louisiana, de influência francesa e que possui um sistema preponderantemente romano-germânico⁶¹¹. O autor em referência define os EUA como sendo um país de sistema de *Common Law* mista, o que significa que possui o valor vinculante de uma regra definida por um acórdão de tribunal superior, tida com efeitos universais, além das partes no processo *sub judice* ao lado da existência de normas escritas, elaboradas por legisladores postados fora da atividade

⁶⁰⁸BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 35.

⁶⁰⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. Code*. 42 U.S.C. § 2000e. LII - Legal Information Institute. Disponível em: <http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sec_42_00002000---e000-notes.html>. Acesso em: 29 out. 2004.

⁶¹⁰DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*: direito comparado. Trad. de Hermínio A. de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 48.

⁶¹¹SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

judicante. Como é sabido, os EUA constituem uma federação dotada de enorme autonomia dos estados federados em termos de legislação material e processual⁶¹².

Ao contrário da Inglaterra que possui um sistema de *Common Law* muito mais puro, desde 1787 uma Constituição Federal estrutura o direito dos EUA e define exatamente a competência legislativa dos estados-membros e da federação. Assim, cada estado possui um significativo corpo jurídico e competência legislativa para várias e importantes matérias. Por outro lado, a história norte-americana expõe que o país veio sendo formado gradativamente, desde os treze estados iniciais em 1776, para alcançar a formação atual com 50 estados somente em 1959, quando admitiu na federação o estado do Hawaii. Alguns dos estados foram incorporados de outros países por guerras, tratados ou aquisições, sendo que eles trouxeram consigo importantes bases jurídicas de seus antigos ocupantes. Os estados do Texas e Califórnia, os mais populosos da federação, importaram institutos do direito espanhol. O estado da Louisiana foi adquirido da França em 1803, ainda que originalmente o território tenha sido espanhol em 1541, possuindo forte influência francesa na concepção de sua estrutura jurídica, de clara tradição romano-germânica como na própria França. Há, portanto, uma pluralidade de sistemas jurídicos vigentes nos EUA, em uma complexa estrutura jurídica e judiciária, em alguns casos até mesmo concorrente. Somente é possível falar em direito dos EUA quando se refere ao direito federal daquele país, limitado na sua competência legislativa definida pela Constituição de 1787. Em muitas matérias como direito de família, por exemplo, o direito é exclusivamente formado nos estados-membros.

Daí verifica-se a crucial importância que possui a jurisprudência naquele país, principalmente aquela formada na Suprema Corte. Esta possui sede em Washington e detém a competência para, em caráter originário, julgar os conflitos entre estados-membros, julgar a pessoa do chefe do Executivo Federal e exercer os poderes delegados do Congresso. Em caráter recursal, a Suprema Corte pode apreciar as apelações federais (*appeal*), e os *writs of certiorari*, o último, um remédio jurídico com características semelhantes ao recurso extraordinário previsto no Brasil, segundo Guido Soares⁶¹³. A competência recursal abrange a revisão de decisões das cortes federais e das cortes máximas estaduais, no caso das últimas quando estiverem em contraste com a Constituição Federal, podendo a Corte escolher, a seu critério, os casos que deverá apreciar por sua

⁶¹²SOARES, Guido Fernando Silva. op. cit., p. 82.

⁶¹³Id., loc. cit.

relevância e importância. Ao proferir suas decisões, a Corte dá a palavra final na interpretação da Constituição, dos atos legislativos incluindo-se as leis e ordens do executivo e tratados firmados pela federação⁶¹⁴. A Corte é composta de 8 juízes (*associate justices*) e um juiz presidente (*chief justice*), o qual dá seu nome ao período em que chefia a corte. As decisões são tomadas em plenário, sem qualquer divisão em turmas ou câmaras. Os cargos de todos os juízes são vitalícios, não havendo limitação de idade. Sua indicação é feita pelo chefe do Executivo Federal, com aprovação do Senado Federal. A importância da atuação da Suprema Corte nos casos envolvendo a discriminação nas relações de emprego é fundamental. É o que será estudado.

5.6.1. O papel da jurisprudência sobre a discriminação e as decisões mais importantes sobre o tema

Segundo George Rutherglen e conforme é possível apreciar neste capítulo, assim como no de número 3 da presente dissertação, o papel do Judiciário norte-americano é fundamental na definição do que efetivamente é considerada discriminação proibida, tanto na interpretação dos textos legais como na extensão da aplicação destes diplomas⁶¹⁵. Além disso, a Suprema Corte definiu teorias sobre a discriminação, *e.g.* teoria do tratamento diferenciado e do impacto adverso, estabeleceu regras para consideração da discriminação inclusive definindo os limites da extensão dos diplomas, impôs responsabilidade civil sobre empregadores discriminadores, definiu alegações de defesa como *a necessidade do negócio*, por exemplo, e definiu os encargos probatórios das partes, chegando inclusive a constituir posições que vieram a ser positivadas como as disposições do *Civil Rights Act* de 1991⁶¹⁶. No caso da discriminação nas relações de trabalho, o papel da legislação promulgada é fundamental e a Suprema Corte deve estar interpretando a norma e pronunciar a última palavra sobre esta interpretação.

Como pode ser notado nas definições dos conceitos de discriminação formulado pelo corpo legislativo federal norte-americano, as definições muitas vezes

⁶¹⁴CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Judicial process in america*. 3. ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996. p. 33.

⁶¹⁵RUTHERGLEN, George. *op. cit.*, p. 10.

⁶¹⁶*Id.*, *loc. cit.*

carecem de precisão, ou de maiores elementos que permitam definir exatamente seus limites. Coube à jurisprudência interpretar estas disposições legais com muita ousadia, frise-se, dentro de um ambiente hostil contra interpretações extensivas e, por muito tempo, em favor das minorias historicamente discriminadas nos EUA.

Será possível observar dois momentos distintos na história da interpretação dos diplomas legais antidiscriminação feitos pela Suprema Corte. Um primeiro momento de tendência de interpretação ampla e nítido reconhecimento da legislação vigente, com a criação de teorias sobre a discriminação, momento este desde 1965 até 1989. Essa fase é possível denominar como sendo um período de edificação do entendimento jurisprudencial sobre o tema. Neste período a Corte estabeleceu procedimentos de reconhecimento de uma situação de discriminação, como testes minuciosamente estabelecidos (*McDonnell Douglas Corp. v. Green*), além do reconhecimento de elementos de prova como estatísticas e outras teorias sobre discriminação, entre tantas decisões destacadas.

Essa fase de edificação tem seu marco final em 1989, dentro de uma década que é um marco importante na história jurisprudencial da Suprema Corte. Nesse período foi consagrada uma posição mais conservadora que viria reinar até os dias atuais, com o início de restrições interpretativas que vieram a seguir desde então até os presentes dias, inclusive revendo decisões fundamentais do período de edificação, com tendência a substituir princípios já consagrados na jurisprudência. Basicamente, os novos princípios vieram focar somente casos de discriminação intencional, dificultando o reconhecimento da discriminação social⁶¹⁷. Neste período, é possível constatar uma retração do entendimento consolidado, e uma tendência de diminuição do reconhecimento da discriminação e das suas responsabilidades. Tal período pode ser considerado como sendo de grande reação aos entendimentos já consolidados na Corte.

O grande marco da primeira fase foi o caso *Griggs v. Duke Power Co.*⁶¹⁸, já apresentado no item 3.2.7. e decidido em 1971, quando foram apreciadas as questões sobre a discriminação por impacto adverso, sendo considerada a mais importante decisão da Suprema Corte neste sentido⁶¹⁹. Nesse caso, a Corte promoveu uma ampla interpretação do Título VII e estabeleceu o reconhecimento da teoria da discriminação por impacto adverso,

⁶¹⁷BELTON, Robert. op. cit., p. 1404.

⁶¹⁸410 U.S. 424 (1971).

⁶¹⁹BELTON, Robert. op. cit., p. 1360.

impondo obrigações a empregadores, decorrentes de ações aparentemente neutras que possuam efeito desproporcionalmente adverso em grupos minoritários e mulheres.

Dentro desta fase de edificação, a Corte reconheceu expressamente em 1973 a teoria da discriminação por tratamento adverso (a terminologia européia reconhece como a *discriminação direta*), e ainda formulou importante regra sobre o ônus da prova e sua inversão em casos de discriminação. O caso *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, certamente, é reconhecido como o caso mais freqüentemente citado no estudo da discriminação no emprego⁶²⁰. Esta importante decisão também estabeleceu um minucioso teste para reconhecer a existência de discriminação por tratamento adverso. Neste caso, ao invés do caso *Griggs*, questiona-se a discriminação por tratamento adverso, o qual exigiu do julgador determinar se uma motivação para uma decisão adversa do empregador teria sido legal ou não. E ainda, a Corte estabeleceu uma importante regra sobre o ônus da prova, invertendo-a caso o empregado discriminado demonstrasse uma série de requisitos suficientes para vislumbrar, à primeira vista, uma atitude discriminatória (*prima facie case*). Uma vez caracterizada tal situação, ela remeteria ao empregador a demonstração dos motivos legítimos que o levaram a tomar aquela decisão.

Na decisão do caso *Albemarle Paper Co. v. Moody*⁶²¹, proferida em 1975, a Suprema Corte reafirmou a decisão de inversão do ônus da prova proferida no caso *McDonnell Douglas*, ainda que tenha levado as Cortes inferiores a alguma confusão sobre a interpretação dada naquele caso⁶²². Esta dúvida deixada com o caso *Albemarle* foi parcialmente solvida com a decisão do caso *Texas Department of Community Affairs v. Burdine*⁶²³, de 1981, o qual fixou regras sobre a apresentação *prima facie* de casos de discriminação e o envolvimento de presunções e o ônus da prova.

Os marcos da mudança de tendências de posicionamento sobre a discriminação foram consolidados com as decisões proferidas nos casos *Price Waterhouse v. Hopkins*⁶²⁴ e *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*⁶²⁵. No primeiro caso, a Corte havia

⁶²⁰RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 35.

⁶²¹422 U.S. 405(1975). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/422/405.html>>. Acesso em: 30 out. 2004.

⁶²²BELTON, Robert. op. cit., p. 1362.

⁶²³450 U.S. 248 (1981). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/450/248.html>>. Acesso em: 30 out. 2004.

⁶²⁴490 U.S. 228 (1989).

⁶²⁵490 U.S. 642 (1989) *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/490/642.html>>. Acesso em: 30 out. 2004.

reconhecido a teoria dos motivos mistos, anteriormente apresentada no 3º capítulo, e indicou que ao Autor cabe uma série de provas sobre a discriminação e sobre sua motivação, o que dificultaria o seu reconhecimento judicial.

Já no segundo caso, a Corte revogou vários entendimentos esposados no caso *Griggs*, e veio por entender que a Corte havia interpretado equivocadamente a alocação do ônus da prova em suas decisões anteriores em casos de discriminação por efeito adverso. Definiu a polêmica decisão deste caso que cabe aos autores a prova para demonstrar que cada disparidade na estatística sobre a participação das raças em determinadas atividades seria resultado de uma ou mais práticas atacadas dos Réus da ação. A decisão definiu ainda que os Autores deveriam demonstrar especificadamente que cada prática atacada teria um significativo impacto adverso na oportunidade de empregos para brancos e não-brancos. Deste modo, a decisão veio a redefinir as regras de inversão do ônus da prova para casos de discriminação por efeito adverso, dificultando a prova para os autores.

No mesmo ano, dois casos foram marcantes, apesar de possuírem importância inferior aos dois acima citados. São os casos *Patterson v. McLean Credit Union* e *Lorance*⁶²⁶ v. *AT&T Technologies, Inc.*⁶²⁷. No primeiro, a Corte entendeu por determinar qual o tipo de conduta que significa discriminação ilegal, rejeitando a tese de assédio e pressão do empregador por motivos de raça. No segundo caso, cujo voto condutor é de autoria do Juiz Antony Scalia, célebre pelo seu extremado conservadorismo, a Corte considerou que a operação de sistema de antiguidade que possua negativo impacto em homens e mulheres não é ilegal ao menos que a intenção discriminatória seja provada, contrariando totalmente o posicionamento adotado no caso *Griggs*, e as mais bem elaboradas teorias sobre a discriminação expostas no capítulo 3.

Ficou apelidado este novo período por Alan Freeman, como sendo um “período de negações”⁶²⁸. Esse autor afirma que as nomeações conservadoras feitas pelos presidentes republicanos Ronald Reagan e George Bush significaram um processo de desmonte das posições anteriormente construídas pela Suprema Corte, rejeitando as posições adotadas em decisões anteriores, com um forte componente de conservadorismo e

⁶²⁶491 U.S. 164 (1989).

⁶²⁷490 U.S. 900 (1989).

⁶²⁸FREEMAN, Alan. op. cit., p. 1426.

traduzindo em uma hostilidade da Suprema Corte para as causas que envolvem discriminação e ações afirmativas.

5.6.2. As ações coletivas – *class actions*

As ações contra atos discriminatórios podem ser de natureza individual ou coletiva, no que tange ao número de participantes do pólo ativo da relação jurídico processual.

Nos processos contra atos discriminatórios, é muito comum a utilização das *class actions* nos EUA, assim denominadas as ações aforadas por um grande número de indivíduos ou organizações, cujos interesses são suficientemente relacionados a permitir o ajuizamento de ações que venham a reivindicar direitos e obrigações em uma única ação, ao invés de várias ações individuais⁶²⁹. Nas cortes federais dos EUA, tais ações são mais freqüentemente utilizadas em casos envolvendo políticas antitruste, valores mobiliários, ações ambientais, benefícios governamentais, e ações contra discriminações por raça e sexo.

As vantagens desse procedimento residem no fato de o custo de uma ação judicial ser pulverizado entre os integrantes do grupo envolvido e a possibilidade de que pequenas causas sejam apreciadas pelo judiciário norte-americano. Tais vantagens vão de encontro a uma litigiosidade crescente na sociedade norte-americana, além de atraírem os advogados pelos honorários advocatícios deferidos⁶³⁰.

As regras para a utilização dessa modalidade de ação estão previstas na regra nº 23, das regras processuais federais. Assim, são seus pré-requisitos: (1) a classe deverá ser tão numerosa que a integração de todos os membros a uma ação será impraticável, (2) existam questões de fato ou de direito comuns à classe; (3) os pedidos ou defesas das representantes

⁶²⁹FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur Raphael. *Civil procedure*. St. Paul: West, 1985. p. 722.

⁶³⁰Id., loc. cit.

das partes são típicas dos pedidos ou defesas da classe, (4) as partes representantes irão justa e adequadamente proteger os interesses da classe⁶³¹.

5.6.3. Os remédios jurídicos concedidos

Os remédios jurídicos previstos na legislação federal e concedidos pelas Cortes norte-americanas são variados, dependem de caso a caso, e das necessidades das partes, apesar de comparativamente limitados a outras matérias de responsabilidade civil naquele país. Eles são estabelecidos nas leis que tratam sobre a discriminação, como já pôde ser visto no item 5.5 da presente e são os mais comuns: (a) reintegração ou indenização correspondente, (b) contratação de empregados, (c) pagamentos de vencimentos em atraso, (d) indenizações compensatórias ou punitivas, (e) danos estabelecidos, (f) medidas cautelares, (g) o reconhecimento de antiguidade, (h) ações afirmativas, (i) indicação de advogados e (j) honorários advocatícios.

Os dois aspectos mais importantes dos remédios previstos na legislação federal norte-americana para combater a discriminação estão na possibilidade de responsabilização civil do empregador e na forma mais adequada de reparação dos danos causados pelo ato discriminatório⁶³². A decisão do caso *Albemarle Paper Co. v. Moody*⁶³³ define exatamente quais os dois princípios remediais que tratam da discriminação no emprego: A primeira conhecida como a mais completa reparação possível obtida fundamenta-se (1) na prova de que o discriminador recusou-se ao cumprimento da lei por má-fé e (2) que os réus substancialmente fossem prejudicados por uma concessão de salários atrasados⁶³⁴. Já o segundo princípio conhecido como a precisa adequação do remédio adotado, foi estabelecido pelo caso *Franks v. Bowman Transportation Co.*⁶³⁵. Nele, a Suprema Corte reconheceu que o diploma legal confere ao Juiz uma variada gama

⁶³¹FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 495.

⁶³²BELTON, Robert; AVERY, Dianne. *Op. cit.*, p. 784.

⁶³³422 U.S. 405(1975). *Find law for legal professionals* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/422/405.html>>. Acesso em: 30 out. 2004.

⁶³⁴*The court declined to make such an award on two stated grounds: the lack of "evidence of bad faith non-compliance with the Act," and the fact that "the defendants would be substantially prejudiced" by an award of backpay that was demanded contrary to an earlier representation and late in the progress of the litigation.*

⁶³⁵424 U.S. 747, 96 S.Ct. 1251, 47 L.Ed.2d 444. *Find law for legal professionals* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/424/747.html>>. Acesso em: 01 nov. 2004.

de instrumentos reparatórios, exatamente para que a eficácia da medida judicial seja a mais adequada, ampla e eficiente possível.

A reintegração é prevista quando um ato discriminatório resulte em uma dispensa de um empregado, traduzindo-se em uma ordem determinativa de empregar ou reempregar no próprio cargo ou em outro que não lhe foi permitido ficar por força do ato discriminatório. Essa ordem é expressamente prevista no Título VII, não de forma obrigatória, cabendo ao Juiz entender que, se for aconselhável, poderá substituir a reintegração por uma reparação integral dos danos causados pela discriminação. Assim, impõe-se a restauração da relação de emprego na forma devida, e não permite que a vítima sofra danos econômicos. Por outro lado, permite ao empregador mostrar seu engajamento com as disposições legais perante os demais empregados, e proibir o empregador de se beneficiar de uma atitude discriminatória, bem como perpetuá-la. Ela advém de uma teoria de reconstrução da situação anterior estabelecida no caso *Teamsters v. United States*⁶³⁶ pela qual as cortes devem recriar as condições e relações que deveriam existir, se não fossem alteradas pela discriminação considerada ilegal.

Somente situações excepcionais não autorizam a reintegração. Neste caso, é concedida uma indenização conhecida como *front pay* a qual pode ser considerada como sendo uma diferença entre o que o Autor ganharia no futuro se estivesse sido reintegrado e o que recebeu efetivamente⁶³⁷. Tais situações podem ser aplicadas em várias circunstâncias. Uma delas muito comum é a situação onde a posição em questão que o discriminado conseguiu obter somente por reconhecimento judicial está ocupada por um outro empregado de boa-fé, não havendo como acomodar os dois simultaneamente.

Da mesma forma, se houve uma disputa por um cargo com a recusa de contratação por discriminação, o judiciário poderá determinar a contratação do candidato discriminado, salvo se importar em dispensa de um terceiro, ou qualquer situação que desaconselhe a admissão por força de decisão judicial.

Outro remédio muito comum utilizado nos processos que envolvem a discriminação é o pagamento de uma quantia para compensar as vítimas de atos discriminatórios ilegais das perdas econômicas sofridas desde a data da ocorrência do referido ato. Conhecida como *back pay*, esta indenização é devida para reparar os danos econômicos sofridos com o ato discriminatório, desde sua ocorrência até o ingresso em

⁶³⁶431 U.S. 424, 372, 97 S.Ct., in BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 795.

⁶³⁷BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 800.

Juízo, ou até mesmo a definição final do caso. Segundo Robert Belton e Dianne Avery, são duas as principais regras fixadas pelas cortes para seu pagamento: (1) exatidão real não é necessária e (2) qualquer dúvida na fixação da quantia devida, deve ser resolvida contra o empregador discriminador⁶³⁸. Incluem o *back pay* toda a remuneração, bônus, comissões, aumentos, salários indiretos, benefícios, etc.

Diferencialmente das indenizações acima descritas, em alguns casos podem ser arbitradas indenizações compensatórias e punitivas para situações de discriminação. No caso da Lei ADA (para portadores de deficiência), as indenizações são devidas tão somente em casos de tratamento diferenciado. Tais indenizações possuem valores limitados, sendo de até US\$ 50.000,00 quando o empregador possuir entre 14 a 101 empregados, US\$ 100.000,00 para o empregador com mais de 100 mas menos de 201 empregados, US\$ 200.000,00 quando tiver entre 200 a menos de 501 empregados e US\$ 300.000,00 para mais de 500 empregados, conforme previsão expressa do artigo 42 U.S.C. § 1981^a. As indenizações compensatórias são devidas pelo *Civil Rights Act* de 1991 como tendo inclusas perdas pecuniárias futuras, dor emocional, sofrimento, inconveniência, angústia, perda de prazer em viver e outras perdas não pecuniárias, como dispõe o artigo 42 U.S.C. § 1981 a(b) 3. A EEOC definiu também em sua política de aplicação de nº 915.002, que são consideradas indenizáveis as seguintes situações danosas: ofensa a uma posição profissional, ofensa ao caráter e reputação, ofensa ao poder de crédito, perda da saúde e agravamento de situações emocionais pré-existentes causado pelo empregador⁶³⁹.

Já as indenizações punitivas são estabelecidas pelo *Civil Rights Act* de 1991 contra um empregador que não seja governamental, quando o autor provar que o empregador engajou-se em uma prática ilegal de emprego, com intenção, com negligência ou indiferença dos direitos protegidos pela legislação federal, conforme o artigo 42 U.S.C. § 1981^a (b)(1). A lei de proteção contra a discriminação por idade (ADEA) prevê o pagamento de uma indenização fixa (*liquidated damages*) de igual valor ao montante do *back pay*, quando ficar constatada uma violação intencional.

Nos EUA, é tradicional que as partes suportem os honorários advocatícios de seus patronos, não se aplicando, como regra, o princípio da sucumbência. Porém, as cortes federais costumam arbitrar honorários advocatícios para pagamento da parte

⁶³⁸BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 804.

⁶³⁹Id. Ibid., p. 807.

sucumbente quando houver uma questão judicial de violação de uma importante política pública, aí estando inclusas as questões relativas à discriminação, por força de norma legal, no caso, o artigo 706 (k) do Título VII.

Por fim, são passíveis de determinação judicial a apreciação e o deferimento de medidas cautelares para uma ampla gama de medidas previstas na legislação processual e providências diversas ou medidas que forem necessárias, como forma de cumprir a legislação vigente. Igualmente, é possível admitir-se o estabelecimento de um ou mais programas de ações afirmativas, para encerrar a persistência de discriminações. Caberá à corte estabelecer a forma mais adequada e talhada de política de ação afirmativa para deter ou terminar com um histórico de discriminação. Não poderão mais as partes questionar a política determinada pela corte, conforme disposições do *Civil Rights Act* de 1991.

Caberá agora a análise de um importante instrumento processual que serve ao combate da discriminação, a inversão do ônus da prova em casos onde é possível verificar de plano a existência de atitudes discriminatórias.

5.6.4. A inversão do ônus da prova

Não há dúvidas de que os ônus processuais são graves empecilhos para que uma parte de algum modo debilitada ou desfavorecida alcance uma provisão jurisdicional adequada a seus interesses. Um deles é o ônus da prova, que no direito norte-americano se divide no ônus de produzir e apresentar em Juízo a prova e no ônus de persuasão do julgador (que pode ser um único julgador ou um júri popular)⁶⁴⁰. O Título VII, principalmente em suas emendas, além de outras legislações, dá grande importância ao tema, e em várias situações desloca o ônus da produção da prova, para uma ou para outra parte.

Importante frisar que, de um modo geral, os empregados e candidatos discriminados têm muito maior dificuldade na produção da prova dos atos discriminatórios, seja pela falta de acesso aos dados e testemunhas que nortearam uma decisão

⁶⁴⁰RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 36.

discriminatória, seja pela vantagem econômica de seu oponente que prejudica, senão inviabiliza a produção da prova favorável às suas alegações.

A jurisprudência da Suprema Corte é decisiva no entendimento desse deslocamento do ônus da prova, talvez sendo a posição da Corte sobre o tema o melhor espelho para demonstrar as suas tendências mais recentes pelo conservadorismo. O caso mais emblemático envolvendo a questão da prova trata-se de uma alegação de discriminação por trato diferenciado, ou seja, na terminologia européia seria uma discriminação direta. Como já foi dito antes, o caso *McDonnell Douglas Corp. v. Green*⁶⁴¹, certamente, é reconhecido como o caso mais frequentemente citado no estudo da discriminação no emprego⁶⁴². Foi a primeira grande decisão da Suprema Corte que interpretou as disposições do Título VII relativamente às práticas de contratação. A decisão reconheceu dois tipos de discriminação, aquela realizada mediante intenção, conceituando como tratamento diferenciado, e aquela realizada por práticas que parecem neutras na sua face, porém com conseqüências discriminatórias.

O autor é o recorrido na decisão em questão, sendo um negro e ativista do movimento dos direitos civis que protestou vigorosamente no sentido de que sua dispensa, assim como as contratações feitas pela Recorrente, eram racialmente motivadas. O protesto foi realizado inicialmente mediante o bloqueio da estrada de acesso à empresa pelos carros dos protestantes, entre eles o autor, bem na hora da troca dos turnos de trabalho da manhã e no horário de maior movimento de veículos. Ele foi preso por obstruir o tráfego de veículos, e seu carro guinchado. O autor trabalhou para a demandada como mecânico e técnico de laboratório de 1956 até 28 de agosto de 1964, quando foi despedido em uma redução de quadros feita pela empresa. A demandada era uma gigantesca empresa aeroespacial com mais de 30.000 empregados em Saint Louis.

Em julho de 1965, ocorreu um outro protesto, com o trancamento das portas da empresa com correntes e cadeados para que ninguém saísse de lá, ainda que soubesse o autor que o protesto seria realizado, a Corte relata que a prova de sua participação no movimento é incerta. Três semanas após tal movimento, a empresa publicou uma oferta de vagas para mecânicos qualificados, tendo o Autor se candidatado para ser reempregado. A empresa rejeitou a candidatura alegando a participação nos movimentos acima descritos. O

⁶⁴¹411 U.S. 792 (1973). *Find law for legal professionals* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/411/792.html>>. Acesso em: 02 nov. 2004.

⁶⁴²RUTHERGLEN, George. op. cit., p. 35.

autor apresentou uma queixa perante a EEOC afirmando que a empresa recusou recontratá-lo por motivo de sua raça e seu persistente envolvimento nos movimentos de direitos civis, alegando violação ao Título VII, principalmente nas disposições que proíbem discriminação racial e discriminação contra candidatos ou empregados que tenham protestado contra condições discriminatórias de emprego.

A EEOC entendeu que houve motivo razoável para acreditar que essa rejeição do autor teria transgredido o artigo 704 do Título VII, o qual proíbe discriminação contra candidatos ou empregados pelo protesto que visasse corrigir condições supostamente discriminatórias de emprego. Contudo, a Comissão entendeu que não ocorreu a discriminação racial alegada. Os esforços conciliatórios da EEOC foram mal sucedidos, desaguando em uma ação na corte distrital. A decisão em 1º grau foi proferida no sentido de que a atividade ilegal do autor não era protegida pelo artigo 704, e que não foi encontrado nenhum fato na investigação quanto à discriminação racial. A Corte de apelações manteve a decisão relativamente ao artigo 704 (discriminação retaliatória), mas reverteu a decisão de 1º grau, no tocante à discriminação racial. Assim procedeu a Suprema Corte entendendo que o Juízo de 1º grau equivocou-se na medida em que o direito de ação judicial não está confinado às investigações da EEOC, prejudicando a prova do autor. Também definiu a decisão da Suprema Corte que, em uma ação privada que não seja de classe, sob o manto do Título VII, discutindo discriminação racial, o autor tem o ônus de demonstrar que houve um *prima facie case* que pode ser assim considerado quando: (1) o autor pertença a uma minoria racial; (2) ele tenha-se candidatado a um emprego que o empregador estivesse tentando preencher; (3) embora qualificado para o cargo tenha sido rejeitado; (4) depois o empregador continuou a procurar candidatos com qualificações do autor. Um *prima facie case* consiste em uma prova suficiente produzida pelo autor na sua inicial que permita o julgador decidir de forma razoável imediatamente em favor deste, se o réu não produzir prova suficiente que diga o contrário⁶⁴³.

A Suprema Corte entendeu que o Juízo de 1º grau, embora corretamente assegurado, que o autor estabeleceu um *prima facie case*, equivocou-se em não permitir a produção de provas pela empresa, a quem caberia demonstrar, como forma de contestar a prova trazida nos autos, de que a recusa na contratação se deu pelo fato do autor ter participado dos protestos ilegais, e ao próprio autor demonstrar que tal alegação seria mero

⁶⁴³BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West, 1990. p. 1190.

pretexto. Daí estabeleceu que, havendo a demonstração clara de discriminação nos moldes ali estabelecidos como um *prima facie case*, caberá ao empregador o ônus de articular e provar que houve uma razão legítima e não discriminatória para que houvesse a rejeição na contratação. E ainda caberá ao autor demonstrar que as razões utilizadas pela empresa em sua defesa seriam meros pretextos para promover a discriminação.

No caso da discriminação por impacto adverso, já foi explicada a variação que a Suprema Corte vem sofrendo sobre o tema, desde o caso *Griggs*, até o caso *Wards Cove*, que resultou em uma alteração legislativa em 1991.

No caso *Griggs v. Duke Power Co.*⁶⁴⁴, a Suprema Corte entendeu caber à empresa acusada de discriminadora, apresentar e demonstrar em Juízo que os testes a que submeteu os empregados, bem como as exigências de diploma de ensino intermediário, seriam relacionados com as genuínas necessidades do desempenho da atividade empresarial, caso contrário seriam proibidas. Logo, de acordo com esta decisão, caberia à empresa a demonstração dessas necessidades, sob pena de, demonstrado seu efeito discriminatório, ser judicialmente proibidas.

Na decisão do caso *Wards Cove*⁶⁴⁵, a Corte entendeu que o ônus da prova deveria recair sobre os autores para que eles demonstrassem que cada disparidade na estatística sobre a participação das raças em determinadas atividades da empresa seria resultado de uma ou mais práticas dos Réus da ação. Deveriam também os autores, segundo a referida decisão, demonstrar especificadamente que cada prática atacada teria um significativo impacto adverso na oportunidade de empregos para brancos e não-brancos. Tal posicionamento somente foi alterado, e de forma parcial, com a mudança imposta pelo *Civil Rights Act* de 1991, o qual veio a adicionar o item “k” ao artigo 703 nos seguintes termos:

“(k)(1)(a) Uma prática ilegal de emprego baseada em impacto diferencial é estabelecida conforme este título somente se-

(i) a parte reclamante demonstrar que o réu utiliza uma particular prática empregatícia que causa um impacto diferencial com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, e o réu não conseguir

⁶⁴⁴Vide nota 113.

⁶⁴⁵Vide nota 120.

demonstrar que a prática atacada é relacionada com o trabalho para o cargo em questão e consistente com a necessidade do emprego

(ii) a parte reclamante fizer uma demonstração descrita no sub-parágrafo “c” com respeito a uma prática alternativa de emprego, e o réu recusar a adotar esta prática alternativa de emprego.⁶⁴⁶

Portanto, restou assim definido o ônus da prova de cada parte nos casos de discriminação por efeito adverso, sendo dividido o ônus para o empregado discriminado demonstrar a existência do impacto diferenciado, e à empresa, o ônus da prova da existência de uma prática relacionada ao trabalho e necessária ao emprego.

5.6.5. A utilização de estatísticas como prova de discriminação

A utilização de estatísticas é um dos mais poderosos instrumentos na avaliação de atitudes discriminatórias, principalmente quando são investigadas situações de discriminação por efeito adverso.

O caso *International Brotherhood of Teamsters v. United States*⁶⁴⁷ é, certamente, o mais importante processo judicial em que se tenha utilizado estatísticas para comprovação de uma política discriminatória promovida por uma empresa. Ele ficou célebre pelo fato de a Suprema Corte aceitar a comprovação de uma discriminação sistêmica por meio de dados estatísticos, tratados em conjunto com outras provas.

O processo expõe elementos fáticos estarrecedores. A ação foi proposta pelo Governo dos Estados Unidos com base nas disposições do Título VII, sob a alegação de que a empresa demandada *T.I.M.E.- D.C., Inc.*, uma grande transportadora de dimensão nacional, bem como o sindicato profissional correspondente, estariam envolvidos na adoção de um padrão de práticas discriminatórias contra negros e hispânicos. Os trabalhadores destas minorias, quando contratados, somente atendiam atividades locais com

⁶⁴⁶FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. op. cit., p. 232.

⁶⁴⁷431 U.S. 324, 97 S.Ct. 1843, 52 L. Ed. 2d. 396 (1977). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/431/324.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

menor remuneração e atividades menos desejáveis, ao invés de operarem transporte em linhas intermunicipais, atividades com remuneração maior e geralmente ocupadas por brancos. O governo federal acusou a existência de um sistema de promoções por antiguidade estabelecido por meio de negociação coletiva com o sindicato profissional, como perpetuador dos efeitos de discriminação racial e ética estabelecidas existentes no passado.

A pretensão do governo americano foi acolhida em primeiro grau, determinando que as “classes afetadas” fossem trabalhar nas linhas de maior duração, possuindo preferência nas futuras escolhas, entre outras medidas para efetividade da decisão. Aqueles que sofreram grandes perdas tiveram sua antiguidade reconhecida para todos os efeitos, decisão esta que sofreu pequenas alterações na Corte de apelações.

Os dados estatísticos foram decisivos. A ação teve início na cidade de Memphis, Tennessee, mas os dados acabaram por ser levantados em todo o país em função da dimensão nacional da empresa e, em todos eles, revelaram a disparidade entre a população negra qualificada e a população admitida pela empresa. Em Memphis, as linhas de percurso intermunicipal tinham respectivamente, 0,4% de negros e 0,3% de hispânicos, nos seus quadros, quando somente o índice de negros qualificados para a função na cidade atingia a marca de 30%. A Corte entendeu que as estatísticas demonstraram disparidades inaceitáveis para a função de motoristas de linhas de percursos intermunicipais, não conseguindo a empresa provar motivos justificáveis para tal medida. A defesa alegou que a prova baseada em estatísticas jamais poderia, sozinha, ser considerada uma *prima facie case* e inverter o ônus da prova. Mas a decisão reafirmou que não foi um caso onde o governo federal baseou-se em estatísticas tão somente, mas sim em testemunhos dos envolvidos, além de outros dados, consagrando o seguinte posicionamento: *Em qualquer situação, nossos casos deixam inquestionavelmente claro que “análises baseadas em estatísticas têm servido e irão servir como importante papel” nos casos onde a existência de discriminação é questionada*⁶⁴⁸. E em outra passagem mais adiante da decisão, afirma que: *As estatísticas são igualmente competentes em provar discriminação no emprego. Nós somente tomamos cuidado no sentido de que as estatísticas não são irrefutáveis, elas vêm*

⁶⁴⁸431 U.S. 324, 97 S.Ct. 1843, 52 L. Ed. 2d. 396 (1977). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/431/324.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

*em enorme variedade e, como qualquer outro meio de prova, podem ser desafiadas. Sua utilidade depende de todos os fatos e circunstâncias que cercam o caso*⁶⁴⁹.

Ao contrário do que parece, as questões envolvendo estatísticas não são assim tão fáceis de compreender e servir como prova irrefutável, pois tudo depende, e muito, da metodologia da estatística utilizada, e dos fatores de comparação utilizados, para se chegar a uma conclusão se há discriminação proporcional. O caso *Hazelwood School District v. United States*⁶⁵⁰ é emblemático sobre os problemas que os critérios das estatísticas podem apresentar.

O governo federal ajuizou a mencionada ação contra uma escola distrital no condado de Saint Louis, Missouri, alegando que ela estava engajada em um padrão de prática de discriminação no emprego de professores, em plena violação do Título VII, aplicáveis aos empregadores governamentais de acordo com a emenda de 24 de março de 1972. O Juízo do distrito federal entendeu que o governo não demonstrou o padrão de prática de discriminação. A corte de apelações reverteu a decisão recorrida afirmando que a análise de dados estatísticos feita pelo juízo de 1º grau resultou em uma irrelevante comparação de professores negros com alunos negros da comunidade, ao invés de comparar professores negros em Hazelwood, com professores negros em todo o Condado de Saint Louis. No condado 15,4% dos professores disponíveis são negros, mas na escola, nos anos de 1972-1973 e 1973-1974 somente 1,4% e 1,8% dos professores eram negros. Os fatos acima, adicionados a práticas anteriores comprovadas nos autos, demonstravam ser um caso *prima facie* levando à inversão do ônus da prova.

A comparação feita pela Corte de apelações foi entendida como correta pela Suprema Corte, quando foi promovida a comparação entre os professores da escola e o público profissional qualificado para desempenhar a atividade de professor no mercado do condado de Saint Louis. A Suprema Corte entendeu que a Corte de Apelações equivocou-se apenas na consideração do feito como *prima facie case* posto que poderiam ser cotejados outros dados anteriores e posteriores à época envolvida, cabendo a possibilidade de produção de uma contraprova pela escola.

⁶⁴⁹431 U.S. 324, 97 S.Ct. 1843, 52 L. Ed. 2d. 396 (1977). *Find law for legal professionals*. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/431/324.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

⁶⁵⁰433 U.S. 299, 97 S.Ct. 2736, 52 L. Ed. 2d. 768 (1977). *Find law for legal professionals* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/433/299.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

O envolvimento das questões fáticas com as próprias questões estatísticas é muito grande. Atualmente, uma vez havendo a comparação entre as estatísticas populacionais e as estatísticas dentro do universo em análise, todas as questões técnicas são muito importantes e aspectos como desvios padrão, coleta de dados, níveis de confiabilidade das estatísticas, entre outros dados, podem levar a conclusões diversas. Assim, as estatísticas dependem de uma análise muito apurada por parte dos julgadores, para virem a constituir uma prova absolutamente irrefutável de discriminação.

5.7. Conclusão sobre os mecanismos existentes nos Estados Unidos da América

Como foi possível ser visto, a discriminação no emprego tem alta relevância na legislação e jurisprudência norte-americana, dispondo aquele país de uma série de possibilidades para combate a tais atos, com uma variação de medidas administrativas e judiciais para confrontar situações discriminatórias. Além disso, houve um forte empenho de alguns governos federais em estabelecer políticas antidiscriminatórias por meio de ordens para contratação de empresas que não estivessem envolvidas em atos discriminatórios.

Esse país conseguiu dar grandes passos no combate à discriminação, ainda que essa empreitada seja muito grande, praticamente infinita em face de uma arraigada postura discriminatória dentro do país. Não obstante haja um movimento muito grande em favor das atitudes antidiscriminatórias, o impacto discriminatório é também psicológico, com demonstração clara deste grave problema. Com efeito, David Benjamin Oppenheimer demonstra esse efeito, cujo estudo é citado por Robert Belton e Dianne Avery. Nele, as pesquisas apontam a evolução do apoio da população branca dos EUA em favor da não discriminação e de concessão de chances aos negros, desde 45% em 1944 a 97% em 1972.

Contudo, os índices são muito diferentes quando indagados aos brancos se os negros possuem a mesma capacidade de trabalho e a mesma inteligência. Formulada a pergunta, a resposta positiva foi somente de 77% em 1970⁶⁵¹. No mesmo sentido, 62,2%

⁶⁵¹BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 4-5.

dos brancos acham que os negros são menos esforçados, e 54,1% em relação aos hispânicos relativamente ao mesmo dado⁶⁵².

O maior desafio dos mecanismos antidiscriminação será vencer esses estereótipos fortemente incutidos na população branca, onde as ações afirmativas e a conscientização da diversidade com o convívio integrado poderão ser fatores que venham a vencer o enorme preconceito existente naquele país, justamente a maior potência econômica e militar do planeta.

⁶⁵²BELTON, Robert; AVERY, Dianne. op. cit., p. 5.

6. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NA UNIÃO EUROPEIA

Neste capítulo a dissertação tratará dos mecanismos de combate à discriminação na União Europeia. Dois pontos são de extrema importância para este estudo mais localizado, apesar da vastidão de normas existentes naquela comunidade.

O primeiro de todos é a natural inclinação que a anterior Comunidade Econômica Europeia, atualmente União Europeia, teve com a discriminação motivada pelo sexo. Uma vez expressamente prevista a igualdade de remuneração entre os sexos no artigo 119 do Tratado de Roma, tanto em termos legislativos comunitários, como em termos jurisprudenciais por parte das cortes nacionais ou da Corte de Justiça comunitária, foi desenvolvido um enorme arcabouço jurídico em torno desse tormentoso tema. Ele, por sua vez, permitiu o desenvolvimento de importantes teorias sobre a discriminação, com a construção de peculiares mecanismos criados nas seguidas interpretações do citado artigo do tratado constitutivo.

Somente a partir da aprovação da Carta de Direitos Sociais da Comunidade Europeia em 1991 e dos Tratados de Maastricht e Amsterdam, foram verificadas tentativas de combater a discriminação por outros motivos, o que veio a ensejar a publicação de duas importantes Diretivas somente em 2000.

O segundo aspecto muito interessante é o período de transformação vivido pela União Europeia nos dias atuais. O Projeto de Constituição da União Europeia já se encontra assinado e agora depende da ratificação dos países membros para entrar em vigor até 1º de novembro de 2006, ou até a data da última entrega de instrumento de ratificação. As disposições desse texto constitucional, no que tange à discriminação, terão o poder de consolidar a mudança de foco da proteção antidiscriminatória. Esta sempre foi tradicionalmente dirigida à proteção da igualdade dos sexos na criação da Comunidade, com uma ampliação de proteção em 2000, em direção a um amplo e inovador rol de motivos expressamente definidos na nova carta constitucional. Essa transição promete grandes novidades, na medida em que a legislação comunitária, até então, vem assumindo

uma fascinante posição de vanguarda no combate à discriminação por motivo de gênero sexual.

Esses dois aspectos importantes irão guiar todo o desenvolvimento deste capítulo. Alguns conceitos aqui relatados já foram expostos no item 3.2.5 da presente dissertação, contudo serão revividos em poucas linhas, para melhor compreensão do tema a ser discutido.

6.1. O Tratado de Roma e suas preocupações com a igualdade entre os sexos

O primeiro documento de formação de uma Comunidade Econômica Européia foi o Tratado de Roma assinado em 25 de março de 1957. Como o tratado original diz claramente, as partes estavam instituindo entre si uma Comunidade Econômica Européia, com os seguintes objetivos: (a) promover uma aproximação progressiva das políticas econômicas, (b) um desenvolvimento mais harmonioso das políticas econômicas, (c) uma expansão econômica contínua e equilibrada, (d) um maior grau de estabilidade e (e) um aumento acelerado do nível de vida e relacionamentos mais estreitos entre os países que integram a comunidade⁶⁵³.

Claramente, ainda que a melhora do nível de vida esteja entre os objetivos da comunidade, a preocupação das partes signatárias estava dirigida para a formação de uma comunidade econômica de países europeus. Como tal, não se poderia esperar maiores preocupações sociais, mas tão somente aquelas resultantes ou conexas dos aspectos econômicos envolvidos na formação da comunidade.

Não obstante a nítida preocupação econômica, três princípios anti-discriminatórios foram estabelecidos no tratado. A primeira seria aquela prevista no artigo 7º do tratado original, na qual ficaria proibida toda a discriminação por motivo de nacionalidade. O artigo 48º trataria de uma matéria derivada deste princípio de não discriminação, que seria a livre circulação de trabalhadores entre os territórios dos países

⁶⁵³COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. Tratado de Roma de 25 de março de 1957. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/search/treaties_founding.html>. Acesso em: 12 nov. 2004.

membros para livre exercício de atividades privadas por qualquer nacional de um Estado-membro, em qualquer outro.

A segunda preocupação antidiscriminatória seria aquela prevista no artigo 40º, item 3, onde qualquer discriminação entre produtores e consumidores deve ser excluída da comunidade.

A terceira preocupação estaria designada no artigo 119 do referido tratado, por iniciativa francesa⁶⁵⁴, consolidada em fases. Na primeira, cada Estado-membro iria garantir e depois aplicar definitivamente, o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual, com a seguinte redação:

Artigo 119º *Cada Estado-Membro garantirá, durante a primeira fase, e manterá em seguida a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos, por trabalho igual.*

Por «remuneração» deve entender-se, para efeitos do disposto no presente artigo, o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último.

A igualdade de remuneração, sem discriminação em razão do sexo, implica:

a) Que a remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida.

b) Que a remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho⁶⁵⁵.

A disposição do Tratado de Roma foi vista pelo Tribunal de Justiça da Comunidade como sendo uma manifestação específica do princípio de não-discriminação. Cabe ao Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, de acordo com o artigo 164 do

⁶⁵⁴BLAINPAIN, Roger; JAVILLIER, Jean-Claude. op. cit., p. 217.

⁶⁵⁵COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. Tratado de Roma de 25 de março de 1957. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttr6d08.htm#Article_119>. Acesso em: 12 nov. 2004.

Tratado de Roma, a interpretação do referido tratado e a manutenção do respeito às suas decisões.

Assevera Catherine Barnard que na força dos precedentes do Tribunal comunitário sobre matéria constitucional se encontra o reconhecimento da existência de um princípio de não-discriminação no direito comunitário⁶⁵⁶, pois o Tribunal como decidiu no caso *Defrenne III*⁶⁵⁷, reconheceu que o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana é um dos princípios gerais do direito comunitário⁶⁵⁸ nos seguintes termos: *O respeito pelos direitos fundamentais pessoais é um dos princípios gerais do direito comunitário... não pode haver dúvida de que a eliminação da discriminação com base no sexo é parte destes direitos fundamentais.*

Efetivamente, um princípio geral de não-discriminação é observado na organização do porte da Comunidade Européia quando é prevista a inexistência de barreiras para livre movimentação de serviços e mercadorias dentro do território comunitário.

Segundo Roger Blainpain e Jean-Claude Javillier, a norma do artigo 119 do Tratado de Roma tinha duplo objetivo. O primeiro seria a consagração comunitária do princípio da igualdade de tratamento já previsto na Convenção nº 100 da OIT, e o segundo teria um objetivo econômico para elevar um obstáculo a toda tentativa de *dumping social* que resultasse da utilização de mão-de-obra feminina inferiormente remunerada em comparação com a masculina⁶⁵⁹. Segundo Susana Torrente Gari, o contexto de formação de um mercado comum impunha medidas supranacionais para visar a eliminação de barreiras e a mobilidade de mercadorias, pessoas, capitais e serviços, exigindo uma intervenção comunitária minimalista dentro de uma política de integração negativa, em acordo com um pensamento puramente liberal que acreditava na auto-regulação do mercado como produtora de resultados favoráveis no espaço social⁶⁶⁰.

O artigo 119 do Tratado de Roma serviu como apoio jurídico fundamental para uma série de decisões que constituíram uma interessante jurisprudência sobre a discriminação feminina.

⁶⁵⁶BARNARD, Catherine. *EC employment law*. Chichester: John Wiley & Sons, 1998. p. 10.

⁶⁵⁷Assunto 149/77[1978] ECR 1365, 1378, in BARNARD, Catherine. . op. cit., p. 171.

⁶⁵⁸BLAINPAIN, Roger; JAVILLIER, Jean-Claude. op. cit., p. 217.

⁶⁵⁹Id., loc. cit.

⁶⁶⁰TORRENTE GARI, Susana. op. cit., p. 188-189.

Não se verifica, entretanto, um grande desenvolvimento pelo estudo da discriminação migratória interna, por força de uma acentuada queda de movimentação migratória dentro da Comunidade, e o amplo reconhecimento da igualdade de condições de um cidadão de um Estado-membro em outro. A Comunidade Econômica Européia possuía, na época de sua constituição, um grande contexto migratório. Nos anos do pós-segunda grande guerra mundial, os países mais industrializados necessitaram de mão-de-obra estrangeira para suprir uma crescente demanda. Alguns dos países mais industrializados vieram a celebrar acordos para admissão de trabalhadores em certas condições⁶⁶¹, entre eles a Alemanha Ocidental, assim como a França⁶⁶², inclusive admitindo grande número de espanhóis e portugueses, que na época de sua constituição não integravam a Comunidade. Já no Reino Unido vigorava uma política de aceitação de imigrantes no pós-guerra por períodos limitados, vindos da Europa inicialmente, e depois dos países da *Commonwealth* britânica⁶⁶³.

Mas houve uma inversão de tendências. A partir dos anos 70, os países mais desenvolvidos da Europa não necessitavam mais de suprimento de mão-de-obra barata e os migrantes tornaram-se pessoas não desejáveis, ao contrário dos anos 50 e 60. Nos tempos de crise econômica decorrentes das crises de abastecimento petrolífero de 1973 e 1979, os migrantes passaram a se tornar uma ameaça para esses países, chegando em grande número com ânimo de permanência, ao contrário dos imigrantes dos anos 50 e 60. Com o desenvolvimento da Comunidade Européia, a ameaça de permanência passou a existir até mesmo nos países menos desenvolvidos ou recém-ingressados, com conseqüente aumento das políticas sociais de recepção e integração social. Grandes contingentes de migrantes extracomunitários buscaram refúgio dentro da Comunidade. Portugal e Espanha vivenciaram notório desenvolvimento econômico e social a partir do ingresso na Comunidade, deixando, gradativamente, de enviarem migrantes para se tornarem alvo de imigrações, principalmente africanas e latino-americanas.

Em 19 de outubro de 1968, o Conselho da Comunidade expediu o regulamento 1612/1968, que tratava de diversos aspectos da livre circulação dos trabalhadores na comunidade, confirmando a existência de um princípio de não discriminação dentro da comunidade em relação a nacionais dos Estados-membros e

⁶⁶¹EZRA, Esther. The Undesired: Exclusion (and Inclusion) in Migration Policy-Making in Europe. *Revue des Affaires Européennes/Law & European Affairs*, Paris. v.10. n.1/2, p. 13, 2000.

⁶⁶²Id. Ibid., p. 17.

⁶⁶³Id. Ibid., p. 21.

nacionais de outros Estados-membros⁶⁶⁴. Tal norma tratou de importantes aspectos relativos ao tratamento de trabalhadores de outros Estados-membros e providências anti-discriminatórias.

Já no caso da discriminação por gênero sexual, a história é bem mais rica.

O primeiro caso judicial comunitário em que o artigo 119 teve seu significado interpretado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade foi o caso *Defrenne II*⁶⁶⁵, uma decisão fundamental. A Sra. *Gabrielle Defrenne* foi comissária de bordo da empresa belga estatal *Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne – Sabena*, entre os anos de 1951 a 1968 e durante seu contrato, como as demais comissárias, recebeu salário inferior aos salários praticados para os comissários masculinos, postulando a diferença de remuneração percebida. Algumas importantes questões surgiram no pedido formulado em que o Tribunal de Justiça deveria responder: (a) se o artigo 119 do Tratado seria suficiente para servir como única base jurídica para uma reivindicação de diferenças salariais, uma vez inexistente a Diretiva 75/117 no período laborado; (b) poderia ser o tratado invocado contra pessoas jurídicas ou somente poderia ser reclamado contra os Estados-membros; (c) quais os critérios para se estabelecer uma igualdade de remuneração; (d) poderia ser reclamado o período trabalhado e (e) teriam todas as demais trabalhadoras direito a pagamentos retroativos por estarem em situação similar?

O Tribunal de Justiça, ao decidir tais questões, afirmou que pelo seu caráter peculiar e fundamental, o artigo 119 do Tratado tinha *efeitos verticais e horizontais*, podendo ser invocado contra empresários privados perante os tribunais nacionais e contra o Estado, no caso particular das formas de discriminação cuja origem se estabeleça em disposições legislativas. Também reconheceu a decisão que o artigo 119 atua mesmo onde exista desigualdade de retribuição entre homens e mulheres pelo mesmo trabalho, tanto para um empregador público como para o privado⁶⁶⁶. A decisão também entendeu que as provisões do Tratado têm efeito direto e podem ser utilizadas por pessoas físicas ou

⁶⁶⁴COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Eur-Lex*. Regulamento (CEE) 1612/1968 de 15.10.1968. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31968R1612&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

⁶⁶⁵Assunto 43/75 [1976] ECR 455, in BARNARD, Catherine. op. cit., p. 171.

⁶⁶⁶HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 439.

jurídicas, com um efeito horizontal direto⁶⁶⁷. Em outro aspecto, a referida decisão também afirmou, de modo claro, que os envolvidos possuem direito à igualdade de remuneração para fins de ações judiciais, sendo reconhecido este direito a partir de 01.01.1962 nos países fundadores da CEE, e desde o momento de adesão dos demais países. A decisão, entretanto, limitou os efeitos a terceiros a partir da data de prolação da decisão (08.04.1976) para que não afetasse seriamente a solvência de várias empresas⁶⁶⁸.

Portanto, as disposições do artigo 119 do Tratado de Roma foram reconhecidas como suficientes para abrangerem pretensões de igualdade de remuneração por motivos de sexo pela via judicial. E assim, várias decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça passaram a adotar as disposições do artigo 119, em especial para os seguintes casos: (a) cotizações de plano de pensões profissionais cumpridas por uma empresa⁶⁶⁹; (b) os efeitos de um cargo para percepção de benefícios de pensão⁶⁷⁰; (c) os pagamentos de caráter extraordinário satisfeitos por uma empresa como as indenizações por dispensa⁶⁷¹; (d) a manutenção do salário em caso de enfermidade⁶⁷², (e) indenizações por dispensa injusta⁶⁷³ e (f) reduções de tarifas em trens para cônjuges de empregadas mulheres⁶⁷⁴.

A última decisão foi muito importante ao reconhecer os efeitos da igualdade para após o término do contrato de trabalho. Ela foi proferida em uma demanda promovida pela Sra. *Eileen Garland* contra *British Rail Engineering Limited*, questionando uma política da empresa em conceder reduções de tarifas ferroviárias a seus ex-empregados homens e mulheres, mas somente estendia estes benefícios aos familiares dos homens aposentados, não contemplando os familiares das mulheres aposentadas. Neste caso, o Tribunal decidiu que as prestações voluntariamente fornecidas pelo empregador estão incluídas na proteção do artigo 119 do Tratado, e sua natureza legal pouco importa, tornando ilegal qualquer diferença por razão de sexo⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷SCHEIDTMANN, André. The Application Of EC Competition Law In National Courts: Problems And Recent Reform Proposals. *Hausarbeiten.de*. Disponível em: <<http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/16962.html>>. Acesso em: 12 nov. 2004.

⁶⁶⁸HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 217.

⁶⁶⁹Assunto 69/80: *Worringham y Humphreys contra Lloyds Bank Limited*.

⁶⁷⁰Assunto 170/84: *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*.

⁶⁷¹Assunto C-33/89: *Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*.

⁶⁷²Assunto 171/88: *Ingrid Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*.

⁶⁷³Assunto C-167/97: *Secretary of State for Employment contra ex parte Nicole Seymor-Smith and Laura Perez*.

⁶⁷⁴Assunto 12/81: *Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited*.

⁶⁷⁵HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 441.

Logo, é possível depreender que o Tribunal da Comunidade entendeu ser diretamente aplicável o artigo 119 para questões de diferenciação por sexo, interpretando amplamente suas disposições para combater qualquer discriminação.

Também é importante lembrar o caso *Bilka-Kaufhaus*⁶⁷⁶ descrito com maiores minúcias no item 3.2.5., onde o Tribunal comunitário interpretou o artigo 119 como norma proibitiva de discriminações por efeito adverso, reconhecendo sua existência e definindo a possibilidade de defesa do empregador somente quando este justificar objetivamente suas razões em assim proceder sem qualquer motivação em relação ao sexo da pessoa.

Portanto, é possível concluir este tópico constatando a fundamental importância de uma ampla interpretação do artigo 119 do Tratado de Roma pelo Tribunal da Comunidade, para justificar tantas medidas importantes contra a diferenciação entre os sexos e, que guiou várias normas comunitárias a instituírem instrumentos mais efetivos contra esta modalidade de discriminação.

6.2. As primeiras normas comunitárias sobre a discriminação sexual – o papel das Diretivas

Como já foi visto, o papel do Tribunal da Comunidade foi decisivo em proceder uma ampla interpretação do artigo 119 para coibir as diferenciações e discriminações motivadas por sexo. Paralelamente, o artigo 119 demandou uma regulação mais efetiva pela Comunidade. Ruth A. Harvey assevera que, em um primeiro momento, os Estados-membros resistiram em implementar por meio legislativo esse princípio, inclusive adotando uma resolução em 1961 que retardou a implementação deste princípio para o final de 1964⁶⁷⁷. A autora explica também que somente no final dos anos 60 e no início dos anos

⁶⁷⁶Vide nota 16.

⁶⁷⁷HARVEY, Ruth A. Equal Treatment of men and women in the work place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, n. 1, p. 34, Winter 1990.

70 a Comunidade passou a considerar seriamente o gênero sexual e as disposições de igual remuneração⁶⁷⁸, com a adoção de várias Diretivas.

Insta ponderar que, segundo o atual artigo 189 do Tratado de Constituição da Comunidade⁶⁷⁹, Diretivas são atos normativos originários do Parlamento Europeu conjuntamente com o Conselho, ou este em conjunto com a Comissão, que vinculam os Estados-membros destinatários a alcançar determinado resultado proposto no ato, por meio das próprias instâncias nacionais que definirão a forma e os meios a serem obtidos. Dessa forma, os Estados-membros são obrigados a implementar ou transpor as provisões das Diretivas para o direito interno dentro de um prazo por ela estabelecido.

A primeira Diretiva a tratar da questão da discriminação por sexo foi a de número 75/117 de 10.02.1975⁶⁸⁰. Sua primordial finalidade seria realizar o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres estabelecido no artigo 119 do Tratado de Roma, como integrante e participante do mercado comum estabelecido. Também seria objetivo da Diretiva realizar um programa de ação social que permitisse a equalização no progresso das condições de vida e de trabalho com um desenvolvimento econômico e social equilibrado da Comunidade. A Diretiva reconheceu o caráter prioritário de ações em favor das mulheres no acesso ao emprego, à formação e promoção pessoal, bem como às condições do trabalho. A Diretiva referiu-se à mencionada resolução da Conferência dos Estados-membros de 30.12.1961 postergando a igualdade entre as remunerações, o que somente veio a ser feito em 1975.

A Diretiva 75/117 se preocupou somente com a igualdade de remuneração, reconhecendo-a como princípio estabelecido no artigo 119, e visou eliminar, ou pelo menos evitar, qualquer discriminação por razões de sexo. Ela estabeleceu que o princípio pode ser fundamento para uma ação judicial, impondo às legislações dos Estados-membros os devidos ajustes de seus ordenamentos internos, seja no estabelecimento de meios para reivindicação de direitos de igualdade, seja na eliminação de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas atentatórias ao princípio. Por outro lado, proíbe que disposições contrárias ao princípio da igualdade de remuneração figurem em normas

⁶⁷⁸HARVEY, Ruth A. op. cit., p. 34.

⁶⁷⁹COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Europa*. Tratado que institui a Comunidade Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttr6f01.htm#150>>. Acesso em: 13 nov. 2004.

⁶⁸⁰COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. Diretiva 75/117. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31975L0117&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

coletivas, tabelas, acordos salariais ou contratos de trabalho, nulificando tais disposições. Também a norma se preocupou em proteger os trabalhadores que reivindicassem o princípio da igualdade de remuneração contra medidas retaliatórias por parte dos empregadores, para que o princípio fosse devidamente respeitado. A norma estabeleceu também a obrigatoriedade de informação dos trabalhadores sobre o princípio da igualdade de remuneração, e estabeleceu o prazo de um ano para implementação das disposições formuladas.

A preocupação essencial da Diretiva 75/117 foi estabelecer condições para evitar a diferenciação da remuneração entre homens e mulheres, disposições bem próximas à da Convenção nº 100 da OIT, que trata do mesmo assunto. Apesar de se referir à discriminação, na verdade verifica-se pouca disposição em combatê-la, não estabelecendo uma política de igualdade de oportunidades, mas a equivalência salarial ampla na forma do artigo 119 do Tratado.

A igualdade de tratamento foi exposta pela primeira vez pela Diretiva 76/207 de 09.02.1976⁶⁸¹, uma norma de grande mérito no contexto do combate à discriminação e com importantes missões a cumprir. Diferentemente da Diretiva 75/117, publicada um ano após esta, ela estendeu significativamente a proteção realizada pela Comunidade bem além da igualdade de remuneração, estabelecendo um princípio de igualdade de tratamento, ainda que com várias exceções.

Nas suas considerações, a referida norma aponta como ponto principal a concretização da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, não somente na remuneração, mas no acesso ao emprego, à formação, promoção profissional e condições de trabalho. Alguns critérios já haviam sido reconhecidos pela Diretiva 75/117, mas somente com a Diretiva 76/207 tais critérios foram expressamente previstos com importantes novidades. Conjuntamente, estão agregados ao princípio de igual tratamento a proteção contra discriminação motivada pela maternidade, pela situação familiar e pelo estado civil. A Comunidade reconheceu, através da mencionada Diretiva, a necessidade de uma ação no sentido de efetivar o princípio da igualdade de tratamento, ao lado da igualdade de remuneração. Por meio dele, estaria promovendo a equalização e o progresso das condições de vida, do trabalho e da mão-de-obra. Por outro lado foi reconhecido pela

⁶⁸¹COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Diretiva 76/207. EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31976L0207&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

Diretiva em questão que o Tratado não previu, especificadamente, os meios de ação necessários para que fosse obtido o desejado efeito da igualdade de tratamento em matéria de seguridade social.

Suas disposições visaram realizar o princípio da igualdade de tratamento. Para tanto a Diretiva estabeleceu no seu artigo 2º, item 2, que esse princípio implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, tanto de modo direto quanto de modo indireto, aí consagrando a denominação da discriminação por efeito adverso. E também estabeleceu que aos Estados-membros fica reservado o poder de definir em quais funções o sexo constitua uma condição determinante do exercício de determinada atividade profissional, como exclusão de aplicação do princípio.

Um dos pontos mais importantes da Diretiva 76/207 reside no artigo 2.4, que reconheceu a existência de ações que promovam a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, principalmente ao corrigir as desigualdades de fato e afetar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. Foi construído pela Diretiva um importante espaço para a instituição de ações afirmativas que viessem a corrigir as desigualdades existentes no passado.

Na proteção do acesso ao trabalho, a Diretiva 76/207 proibiu qualquer discriminação em razão do sexo na admissão, tanto direta como indiretamente, ao mencionar os critérios de seleção, pois estes podem ser aparentemente neutros com efeitos perversos ao excluir, com maior incidência, as mulheres. Também, neste sentido, estabelece a proteção aos empregos, aos postos de trabalho de qualquer setor, ramos de atividade e a todos os níveis de hierarquia profissional (o conhecido problema do “teto de vidro” assim apelidado pelos norte-americanos).

Outros mecanismos antidiscriminação deverão ser adotados pelos Estados-membros de acordo com a Diretiva 76/207 em seu artigo 3º: (a) supressão das disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento; (b) sejam nulas, anuláveis ou passíveis de revisão as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento existentes em normas coletivas, contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas bem como nos estatutos das profissões independentes; (c) revisão das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento em relação às quais a preocupação de

proteção que as inspirou na origem tenha deixado de ter fundamento e; (d) o convite aos parceiros sociais para proceder às desejáveis revisões.

A norma se preocupou com o acesso à orientação profissional, à formação, ao aperfeiçoamento e à reciclagem profissional, bem como o amplo acesso a tais oportunidades sempre com os mesmos critérios e nos mesmos níveis, sem qualquer discriminação por sexo.

Para assegurar as mesmas condições de despedimento, a norma também previu idênticas condições para homens e mulheres, na mesma forma dos três primeiros itens do artigo 3º, relativamente à revisão da legislação, nulificação dos contratos e acordos coletivos ou individuais, e revisão das normas existentes.

A Diretiva 76/207, na esteira da Diretiva 75/117, também estabeleceu que os Estados-membros dispusessem em suas ordens jurídicas internas as medidas necessárias para reivindicação dos direitos ali previstos em juízo, consagrando um espaço para os Estados-membros adotarem mecanismos de proteção distintos do próprio judiciário, como por exemplo, mecanismos administrativos. Também, na mesma esteira da Diretiva 75/117, foi prevista a proteção contra a dispensa retaliatória, e a ampla informação dos trabalhadores sobre as medidas ali previstas. O prazo de cumprimento da Diretiva foi de 30 meses, com amplo dever de informação à Comissão da Comunidade Européia.

A Diretiva 76/207 foi muito mais abrangente que a anterior, prevendo várias possibilidades de discriminação, em diversas etapas da relação de emprego, desde a admissão até a dispensa.

A proteção concedida pela Diretiva 76/207 à igualdade de tratamento entre homens e mulheres permitiu aos Estados-membros instituir três exceções em seus ordenamentos: (a) a primeira no sentido de que o sexo seja um determinado fator de habilidade para desempenho da função não havendo qualificação para a função nos dois sexos; (b) que a medida questionada proteja mulheres e; (c) que a medida questionada promova a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

A Diretiva 76/207 não possui uma clara definição dos mecanismos adotados e dos limites exigidos dos Estados-membros. Ainda que tenha ultrapassado os limites estabelecidos pelo Tratado de Roma ao requerer a igualdade de tratamento no local de

trabalho, não define exatamente a sua influência, exigindo do Tribunal de Justiça a definição dos sentidos da Diretiva⁶⁸².

As Diretivas 79/7⁶⁸³ de 19 de dezembro de 1978 e 86/378⁶⁸⁴, de 24 de julho de 1986, trataram da questão da seguridade social, sendo que a primeira estabeleceu a igualdade de trato entre homens e mulheres na seguridade social, e a segunda trata da aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres nos planos empresariais de seguridade social.

Uma das mais importantes Diretivas já publicadas sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres foi a Diretiva 86/613⁶⁸⁵, de 11 de dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente incluindo a atividade agrícola, bem como à proteção da maternidade.

Os objetivos desta peculiar norma foram estabelecer um programa de ação da igualdade de oportunidades para as mulheres que exerçam uma atividade independente, incluindo aí as trabalhadoras agrícolas. Como trabalhadores independentes a Diretiva 86/613 considera todas as pessoas que exerçam, conforme as condições previstas no direito nacional, uma atividade lucrativa por conta própria, incluindo os agricultores e os membros das profissões liberais, bem como os cônjuges não assalariados, mas que participem de modo habitual na atividade do trabalhador independente, executando tarefas idênticas ou complementares.

Assim a referida norma pretendeu proibir a discriminação com base no sexo, de forma direta ou indireta, em especial por referência ao estado civil ou familiar. A Diretiva 86/613 preferiu adotar as mesmas medidas previstas na Diretiva 76/207 para que os Estados-membros estabelecessem mecanismos internos de proteção contra a discriminação dos abrangidos, inclusive facilidades financeiras. Igualmente, houve a

⁶⁸² HARVEY, Ruth A. op. cit., p. 39.

⁶⁸³ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Diretiva 79/07. EUR-Lex.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31979L0007&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

⁶⁸⁴ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Diretiva 86/378. EUR-Lex.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31986L0378&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

⁶⁸⁵ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *Diretiva 86/613. EUR-Lex.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31986L0613&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

preocupação da Diretiva 86/613, em seu artigo 5º, no sentido de que as condições para as sociedades constituídas entre cônjuges não fossem mais restritivas que as condições de constituição de uma sociedade entre pessoas não casadas. Por outro lado, a norma enumera uma série de proteções e prestações de seguridade social aos cônjuges que atuam nas atividades independentes como substituto ou auxiliar. Entre os princípios gerais adotados em todas as normas anteriores sobre discriminação, esta Diretiva consagrou a instituição de medidas necessárias para a reivindicação de direitos, tanto perante o judiciário como outros meios competentes, além de requerer a informação das medidas a todos os trabalhadores envolvidos. Foi estabelecido o prazo de dois anos para implementação de suas medidas, ou de quatro anos para os Estados-membros que tivessem que alterar suas legislações sobre relações matrimoniais.

A Diretiva 92/85⁶⁸⁶, de 19 de outubro de 1992, visou implementar medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho. Uma das considerações para o estabelecimento da Diretiva foi a proteção da segurança e da saúde das trabalhadoras supracitadas, que não podem estar sujeitas à dispensa pela situação em que se encontram. Assim, as disposições do artigo 10º da referida Diretiva proíbem a dispensa desde o início da gravidez até o término da licença de 14 semanas consecutivas. A dispensa de uma empregada em uma das situações previstas pela norma requer a justificação, por parte do empregador, por escrito, devendo os Estados-membros estabelecer formas de proteção contra esta dispensa.

Talvez um dos maiores passos dados na busca da igualdade entre homens e mulheres na Comunidade Européia tenha sido a publicação da Diretiva 97/80, de 15 de dezembro de 1997⁶⁸⁷. Ela tem um papel fundamental ao criar um importante mecanismo processual contra a discriminação por sexo: a inversão do ônus da prova. Nas suas considerações, a norma menciona a existência da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, norma que reconhece a importância da luta contra todas as formas de discriminação, designadamente aquelas baseadas em sexo, cor, raça, opiniões e credos, com possibilidade do combate de discriminações por outros motivos.

⁶⁸⁶UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 92/85. EUR-Lex.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31992L0085&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

⁶⁸⁷UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/80.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31997L0080&model=guichett>. Acesso em: 20 set. 2004.

Marie-Thérèse Lanquetin afirma que uma primeira proposição foi feita em 24 de maio de 1988, tendo como fundamentação jurídica os artigos 100 e 235 do Tratado de Roma, mas que não conseguiu sucesso em face da objeção do Reino Unido, e assim, não obtendo a unanimidade exigida dos Estados-membros⁶⁸⁸. A Comissão teria retomado nova tentativa em 1995, após encontrar novos fundamentos jurídicos, em especial no Tratado de Maastricht, e na Carta Social Comunitária, sendo reapresentada a proposição de Diretiva em 17 de junho de 1996 e adotada em 15 de dezembro de 1997, após aval do Parlamento europeu.

Essa norma comunitária justifica sua proposição com base no artigo 16 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, onde está previsto que os Estados-membros devem intensificar, onde for necessário, as ações destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres. Essas ações devem atuar no acesso ao emprego, remuneração, condições de trabalho, proteção social, educação, formação profissional e evolução de carreiras. Tal Diretiva foi confeccionada por meio de consultas a parceiros sociais comunitários sobre a matéria do ônus da prova em casos de discriminação, visando a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento.

A norma reconhece que as discussões sobre a discriminação sobre sexo podem ser travadas em litígios estabelecidos em instâncias independentes que possam proferir decisões vinculativas para as partes, por meio da instância nacional judicial ou outras instâncias competentes. A norma expressamente reconhece a dificuldade de produção de provas por parte de quem alega a quebra do princípio da igualdade, dificuldade já reconhecida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias em casos de presumível discriminação. A efetividade do princípio da igualdade estabelece que o ônus da prova cabe à parte demandada, principalmente nos casos de discriminação indireta.

Assim sendo, a Diretiva estabeleceu em seu artigo 2º, a conceituação de discriminação indireta como sendo aquela que é baseada em uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra e que afete uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo. Como exceção, essas disposições, critérios ou práticas devem ser adequadas e necessárias e ser justificadas por fatores objetivos não relacionados com o sexo. Trata-se de uma definição de exclusão obtida da jurisprudência consolidada no Tribunal de Justiça comunitário, que vincula estreitamente elementos fáticos a um esquema

⁶⁸⁸LANQUETIN, Marie-Thérèse. *Discriminations à raison du sexe*, cit., p. 688.

probatório que permite conduzir ao reconhecimento de tal discriminação, segundo a opinião de Marie-Thérèse Lanquetin⁶⁸⁹.

A conceituação guarda grande proximidade com a decisão proferida no caso *Bilka-Kaufhaus*, anteriormente exposto. A jurisprudência do Tribunal de Justiça já se havia inclinado claramente neste sentido em 1988, em especial no caso *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdgiverforening*⁶⁹⁰ onde a Corte reconheceu que havia nos autos provas estatísticas que as empregadas recebiam menos que os empregados, e a empresa não logrou demonstrar o motivo desta disparidade. A decisão determinou que se o sistema da empresa não é transparente e se uma queixa possui indícios razoáveis de discriminação salarial, ainda que não concludentes, o ônus da prova é do empregador para refutar as provas apresentadas e demonstrar que seu sistema é neutro em termos de disparidades por razões de sexo⁶⁹¹.

A norma processual da Diretiva 97/85 é estabelecida para as discussões que envolvam a aplicação do artigo 119 do tratado, para as Diretivas 75/117, 76/207, 92/85 e 96/34 (licença parental). A Diretiva 97/85 é aplicável ao processo civil ou administrativo, no setor público ou privado, mediante previsão expressa no direito nacional, mas não devendo ser aplicada nos processos de natureza voluntária e nos processos penais.

A Diretiva 97/85 estabelece que os Estados-membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para estabelecer a inversão do ônus da prova nos casos de quebra da igualdade de tratamento onde uma pessoa que se considere lesada no que lhe diz respeito, e apresentar elementos de fato constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, perante um tribunal ou outra instância competente. Os Estados-membros podem instituir um regime probatório mais favorável à parte demandante, mas não podem aplicar a regra de inversão nos casos onde a averiguação dos fatos caiba à instância competente.

A Diretiva 97/80 formula o princípio da inversão do ônus da prova desde que o demandante estabeleça fatos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta. O ônus não é automaticamente invertido, mas tem como pressuposto a presença de indícios de discriminação cometidos por determinado

⁶⁸⁹LANQUETIN, Marie-Thérèse. *Discriminations à raison du sexe*, cit., p. 690.

⁶⁹⁰Assunto 109/88.

⁶⁹¹HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 449.

empregador. É um princípio assemelhado aos fundamentos da decisão do caso *Green* pela Suprema Corte norte-americana, mas nesta decisão, aquela Corte foi mais minuciosa no estabelecimento de um teste para aplicação do princípio de inversão do ônus da prova. A Diretiva europeia possui requisitos mais simples que o teste formulado no caso *Green* (narrado no item 5.6.4 da presente) na medida em que não adota o rigor dos quatro pressupostos minuciosamente definidos pela decisão norte-americana.

A mencionada Diretiva estabelece dois modos para a inversão do ônus da prova. No caso da discriminação direta, será suficiente ao demandante estabelecer que a consideração do motivo proibido é plausível e razoavelmente verossímil, de forma suficiente a possibilitar a crença do julgador em suas alegações, e daí transferir o ônus da prova para o empregador. No caso da discriminação por efeito adverso (o que a norma considera como discriminação indireta), o encargo do demandante é bem mais difícil, pois caberá a ele demonstrar que uma determinada medida prejudicial atinja uma proporção muito mais elevada de pessoas de determinado sexo em relação a outro. Será necessária uma prova de que um grupo, e não somente determinado indivíduo, está sendo desproporcionalmente atingido comparativamente a outro, e as situações pessoais da vítima devem se ajustar a situações comuns do referido grupo. Nesta relação, deverá o autor provar sua inclusão em um grupo desproporcionalmente atingido, bem como provar o efeito danoso desproporcional de um grupo e de outro, para que consiga obter a inversão do ônus da prova. Como é possível verificar, tais provas são muito mais difíceis que a individual do efeito perverso.

A mencionada Diretiva estabelece também que os Estados-membros deverão zelar pela informação dos trabalhadores e não permite que a norma que vier a ser adotada resulte em redução do nível geral de proteção dos trabalhadores na abrangência de seu domínio.

A Diretiva 97/80 foi, de fato, um avanço na facilitação do reconhecimento judicial da discriminação, mas no caso da discriminação por efeito adverso, ainda manteve um grande fardo probatório para os autores conseguirem a almejada inversão.

6.3. A influência do Tratado de Amsterdam e da Carta Social Européia - As Diretivas 2000/43, 2000/78 e 2002/73

A Comunidade Económica Européia vivencia um paulatino processo de transformação de um mercado comum para uma União perfeitamente estabelecida, integrada e coordenada. No campo dos direitos sociais, verifica-se uma evolução de um tratamento da igualdade fundado no nivelamento de remuneração entre os sexos prevista no Tratado de Roma em 1957, para um conceito mais amplo e efetivo de paridade em todos os sentidos, com ampla preocupação antidiscriminatória em todos os aspectos civis e políticos. Esse movimento de transição teve um grande avanço nos anos 60 e 70 com as Diretivas 75/117 e 76/207, mas nos anos 80 em diante, o foco de preocupação anti-discriminatório veio a ser ampliado por diversos fatores, deixando de ser somente por motivo de sexo e deixando também as relações de trabalho para todos os níveis da vida comum.

A celebração do Tratado de Amsterdam⁶⁹² em 1997 gerou grande impacto no trato da igualdade e no combate à discriminação, produzindo uma significativa ampliação dos âmbitos materiais e dos objetivos do princípio de igualdade. Essa ampliação outorgou um tratamento diferenciado e prevalente ao princípio de não-discriminação por razão de nacionalidade e, em menor grau, por razão do sexo, frente à interdição da discriminação por outras circunstâncias segundo Susana Torrente Gari⁶⁹³. O Tratado de Amsterdam permitiu a adoção, pelo Conselho da União, após consulta do Comitê Económico e Social, de medidas que visam assegurar a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento entre os homens e as mulheres em matéria de emprego e de trabalho e compreender o princípio da igualdade de remunerações por um mesmo trabalho ou um trabalho do mesmo valor⁶⁹⁴.

Por outro lado, o Tratado de Amsterdam estabeleceu uma nova redação para o artigo 13 do Tratado da União Européia, no seguinte sentido:

⁶⁹²UNIÃO EUROPÉIA. Tratado de Amsterdam. *Eur-Lex*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/amsterdam.html#0001010001>>. Acesso em: 16 nov. 2004.

⁶⁹³TORRENTE GARI, Susana. . op. cit., p. 187.

⁶⁹⁴LANQUETIN, Marie-Thérèse. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002. *Droit Social*, Paris, n. 3, p. 313, mars 2003. 3. *O Conselho, deliberando nos termos do artigo 189º-B e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual.*

*Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.*⁶⁹⁵

Verifica-se, desde então, uma preocupação na regulação da discriminação ocasionada por outros motivos, como a raça, origem étnica, religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual, ampliando bastante o espectro de proteção contra a discriminação, desta vez não somente voltada para as situações de trabalho, mas para todos os aspectos da vida civil. Verifica-se, então, o reconhecimento de um direito comunitário de igualdade geral, o qual se apoiará no desenvolvimento do direito comunitário de igualdade entre homens e mulheres para elaboração das respectivas diretivas⁶⁹⁶.

No campo da igualdade entre homens e mulheres, o Tratado de Amsterdam alterou a redação do artigo 119 do Tratado de Roma com as seguintes mudanças: (1) foi reconhecido expressamente o princípio de igualdade de retribuição para trabalhadores de ambos os sexos, não somente para o mesmo trabalho, mas também para trabalhos de igual valor; (2) foi incorporado no item “3” o procedimento de co-decisão na forma do artigo 189; (3) em seu artigo 3º, passou a ser reconhecido que *em todas as atividades da comunidade* contempladas no referido artigo, ela terá por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres e (4) no item “4” passou a refletir no plano constitucional a igualdade de oportunidades no direito comunitário e confirmando as manifestações positivas do princípio de não discriminação, e é de crucial importância para o reconhecimento das ações afirmativas (na terminologia europeia *ações positivas*), nos seguintes termos:

4. A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou

⁶⁹⁵UNIÃO EUROPÉIA. Tratado de Amsterdam. *Eur-Lex*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/amsterdam.html#0001010001>>. Acesso em: 16 nov. 2004.

⁶⁹⁶LANQUETIN, Marie-Thérèse. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002, cit., p. 313.

*adotem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional.*⁶⁹⁷

A inclusão do item “4” no Tratado de constituição se deve, principalmente, à jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade, o qual veio a reconhecer restrições contra as ações afirmativas no célebre caso *Kalanke*⁶⁹⁸. Na decisão, a Corte de Justiça comunitária foi bastante restritiva a tais ações ao reconhecer que a Diretiva 76/207, em seu artigo 2, itens 1 e 4, somente compreendia as ações afirmativas consistentes em assistência especial em matéria de formação ou em permissões por razões familiares, mas não em ações afirmativas relativas à contratação e à promoção, não aceitando o sistema de cotas rígido ou automático por meio de uma argumentação que diferenciava entre a igualdade de oportunidades e as medidas dirigidas a obter a igualdade de resultados.

Verifica-se, portanto, que após a celebração de um novo tratado constitutivo em Amsterdam, foi produzido um importante desenvolvimento normativo que afeta de forma decisiva o princípio da igualdade de oportunidades e gerando importantes Diretivas que se transpuseram para os ordenamentos internos, na visão de Carmen Ortíz Lallana⁶⁹⁹.

Estas importantes alterações promovidas pelo Tratado de Amsterdam ensejaram o surgimento de duas importantíssimas Diretivas no ano de 2000, as Diretivas 2000/43 e 2000/78.

⁶⁹⁷LANQUETIN, Marie-Thérèse. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002, cit.

⁶⁹⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPÉIA. *EUR-Lex. Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*. Decisão proferida em 17 de outubro de 1995. Pedido de decisão prejudicial. Assunto C-450/93. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=61993J0450&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

⁶⁹⁹ORTÍZ LALLANA, Carmen. Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, p. 107, 2003. Disponível em: <www.mtas.es/publica/revista/numeros/47/Est03.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2004.

6.3.1. A Diretiva 2000/43

A primeira Diretiva tratando da discriminação por outros fatores além do sexo foi publicada em 29 de junho de 2000⁷⁰⁰, consagrando o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica. A mencionada Diretiva afirma, como justificativa de sua existência, o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais conforme o artigo 6º do Tratado da União Européia (Maastricht), e o respeito à Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como princípios gerais do direito comunitário.

A mencionada Diretiva reconhece em suas considerações várias normas das Nações Unidas de combate à discriminação, afirmando que todos os Estados-membros são signatários. Nas suas considerações, afirma que a União Européia rejeita as teorias que tentam provar a existência de raças humanas separadas, motivo pelo qual a utilização do termo "origem racial" na Diretiva não implica a sua aceitação, demonstrando sua preocupação na luta contra o racismo e a xenofobia. Por seu turno, a Diretiva reconhece a necessidade de promover condições para uma maior abrangência social do mercado de trabalho, através da definição de um conjunto coerente de políticas destinadas a combater a discriminação contra certos grupos como as minorias étnicas. Em determinada passagem a norma aponta que *a discriminação baseada na origem racial ou étnica pode comprometer a realização dos objetivos do Tratado CE, nomeadamente os de promover um elevado nível de emprego e proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade*. A Diretiva menciona também que *para assegurar o desenvolvimento de sociedades democráticas e tolerantes, que permitam a participação de todas as pessoas, independentemente da origem ou racial étnica, as ações específicas no domínio da discriminação em razão da origem racial ou étnica devem ir além do acesso ao emprego e ao trabalho independente, abrangendo domínios como a educação, a proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados médicos, os benefícios sociais e o acesso e fornecimento de bens e serviços*.

⁷⁰⁰UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/43. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000L0043&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

As considerações da Diretiva 2000/43 reconhecem que a União deverá procurar eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre mulheres e homens em especial, dado que as mulheres são freqüentemente vítimas de discriminações de múltipla índole, inclusive as raciais. A norma aponta que deverão ser reconhecidas as ações afirmativas em favor de grupos com desvantagem social. A norma adota um critério semelhante ao *strict scrutiny* da Suprema Corte norte americana para reconhecer, em circunstâncias muito específicas, que as diferenças de tratamento relacionadas com a origem racial ou étnica constituem um requisito genuíno e determinante para o exercício da atividade profissional, desde que o objetivo seja legítimo e o requisito seja proporcional.

Por outro lado, a Diretiva reconhece e incorpora um princípio de *suficiência temporal normativa*, em respeito ao tratamento da igualdade por razão do sexo, absorvendo toda a estrutura positivada, jurisprudencial e doutrinária formada no combate dessa modalidade de discriminação como *modelo ideal* para lutar contra os demais motivos de discriminação assinalados pelo Tratado de Amsterdam⁷⁰¹. Para tanto, afirma a mencionada Diretiva que deverá haver uma coerência entre a ordenação de todos os motivos de discriminação, que podem ter características similares e contra as quais podem ser empregados meios parecidos⁷⁰².

Entre outras inovações nas normas antidiscriminação da União Européia, a Diretiva 2000/43 veio por reconhecer as competências de associações ou entidades jurídicas para intervir em processos judiciais em defesa ou apoio de qualquer vítima. Também foi consagrado o diálogo social entre os parceiros sociais e as organizações não-governamentais para o combate da discriminação. Por fim, uma importante novidade traçada foi a designação por cada Estado-membro, de um órgão especial com competência para examinar os problemas relacionados com a discriminação, estudar soluções e prestar assistência concreta às vítimas. Outra postura inovadora da Diretiva reside no fato de ser reconhecido o assédio como forma de discriminação, recebendo o mesmo trato jurídico.

Assim, a Diretiva estabeleceu no seu segundo artigo o conceito de discriminação racial, nos seguintes termos:

⁷⁰¹TORRENTE GARI, Susana. op. cit., p. 196.

⁷⁰²Id. Ibid., p. 197.

Artigo 2.o

Conceito de discriminação

- 1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por "princípio da igualdade de tratamento" a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão da origem racial ou étnica.*
- 2. Para os efeitos do n.o 1:a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável; b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.*
- 3. O assédio é considerado discriminação na acepção do n.o 1 sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Neste contexto, o conceito de assédio pode ser definido de acordo com as leis e práticas nacionais dos Estados-Membros.*
- 4. Uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base na origem racial ou étnica é considerada discriminação na acepção do n.o 1.*

A definição geral de que a igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação, seja direta ou indireta, é um ponto interessante, mas discutível porque a ausência de igualdade necessariamente não implica discriminação, mas situação de mero arbítrio como já foi defendido no item 3.2.6.2 da presente. Rémy Hernu, estudioso da jurisprudência da Corte Comunitária sobre a discriminação, afirma que toda a discriminação constitui uma ruptura da igualdade, mas o inverso não é verdade⁷⁰³.

Por outro lado, procura a recente norma definir de modo claro e conciso tanto a discriminação direta como por efeito adverso. Porém, em relação à última modalidade, a Diretiva 2000/43 veio por alterar substancialmente seu conceito em relação à Diretiva 97/80, ao qualificar a discriminação por efeito adverso (indireta) como uma

⁷⁰³HERNU, Rémy. op. cit., p. 248.

situação onde pessoas de determinada origem racial ou étnica se encontrem em *desvantagem comparativa com outras pessoas*. A referência da desvantagem comparativa passa a ser individual e não vinculada a determinado grupo como estabelecia a Diretiva 97/80. Trata-se do abandono de um conceito de discriminação por efeito adverso relacionada a determinado grupo para uma situação existente sobre determinada pessoa. A definição de discriminação por efeito adverso formulada pela Diretiva 97/80, focada na existência de um impacto sobre determinado grupo, era um obstáculo judicial mais difícil de ser vencido, mas abrandado pela Diretiva 2000/43.

No trato da discriminação direta, entretanto, a definição da Diretiva 2000/43 difere de todas as normas internacionais e nacionais na medida em que caracteriza tal modalidade discriminatória como sendo aquela que, em razão da origem racial étnica, venha a propiciar tratamento menos favorável que foi, é, ou será dado a outra pessoa em situação comparável. Os conceitos de discriminação direta e indireta adotados nesta Diretiva virão a ser absorvidos pelas Diretivas 2000/78 e 2002/73.

Por outro lado, a Diretiva reconhece expressamente que o assédio em geral é uma forma de discriminação quando praticado contra determinado integrante de um grupo étnico ou racial. Mas essa noção genérica de assédio foi indicada para que cada Estado-membro adapte e ajuste, da forma mais conveniente e de acordo com as suas leis e práticas. E também merece destaque na referida Diretiva a disposição que considera a instrução para discriminação por motivo de raça como discriminação, recebendo todos seus efeitos.

Sua aplicabilidade é geral conforme o artigo 3º, seja para as relações de emprego, de trabalho, como também na admissão, contratação, ascensão funcional, promoção, formação, experiência prática, dispensa, remuneração, filiação a uma organização de trabalhadores ou patronal, proteção social, benefícios sociais, educação, fornecimento de bens e prestação de serviços ao público. A Diretiva possui, portanto, uma aplicação muito extensa.

É prevista uma exceção para sua aplicação na adoção de requisitos genuínos e determinantes para o exercício de atividades profissionais específicas por causa, ou no contexto da sua execução. Contudo, tal exceção, segundo a norma, deve ser rigorosamente analisada mediante rígido critério de controle.

A norma reconhece, expressamente, as ações afirmativas, mas servindo-se do termo *ação positiva*, como meio de assegurar, na prática, a plena igualdade. Não caracteriza, portanto, infração à Diretiva manter ou aprovar medidas específicas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica.

A regra da inversão do ônus da prova estabelecida na Diretiva 97/80 foi mantida em linhas gerais, devendo o demandante apresentar elementos constitutivos da presunção de discriminação. Também foram expressamente previstos meios de defesa contra atos retaliatórios, uma tendência comum nas Diretivas sobre discriminação, assim como a ampla informação de seus termos a todos os envolvidos.

Um dos mecanismos mais interessantes dessa Diretiva é encontrada no artigo 11, o qual estimula a promoção do diálogo social entre os parceiros sociais, com monitorização das práticas de trabalho, convenções coletivas, códigos de conduta, investigação de situações e intercâmbio de experiências. Também a Diretiva incentiva os Estados-membros a promoverem o estabelecimento de regras de combate à discriminação pelos próprios parceiros sociais, principalmente na negociação coletiva, respeitando os requisitos mínimos da Diretiva. Por outro lado, no artigo 12º, são previstos os diálogos com as organizações não-governamentais que possuam legítimo interesse em contribuir na luta da discriminação de origem racial e étnica, para um intercâmbio de informações e sugestões.

Um outro mecanismo interessante previsto é a adoção de órgãos de promoção da igualdade de tratamento, podendo estar integrados em organismos responsáveis, em âmbito nacional, pela defesa dos direitos humanos ou pela salvaguarda dos direitos individuais. O mecanismo se mostra promissor, vide o sucesso nos EUA da *Equal Employment Opportunity Commission*. Tais órgãos teriam as seguintes funções: (a) proporcionar assistência independente às vítimas da discriminação, sem prejuízo dos direitos das vítimas e das associações, organizações ou outras entidades legais referidas; (b) levar a cabo inquéritos independentes sobre a discriminação e (c) publicar relatórios independentes com a formulação de recomendações sobre qualquer questão relacionada com a discriminação.

Para cumprimento, a Diretiva estabelece uma cláusula tradicional nas Diretivas sobre discriminação que é a supressão de disposições legislativas, regulamentares

e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento. A norma declara a nulidade das disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem nas convenções coletivas, contratos individuais de trabalho, regulamentos internos de empresas, estatutos que regem a atividade das associações com ou sem fins lucrativos, estatutos das profissões independentes e das organizações patronais e de trabalhadores.

Outro interessante e eficaz mecanismo de proteção contra a discriminação é adotado pela Diretiva ao estabelecer expressamente que os Estados-membros deverão adotar sanções por meio de indenizações *eficazes, proporcionais e dissuasivas* em favor da vítima.

6.3.2. A Diretiva 2000/78

Alguns meses após a publicação da Diretiva 2000/43, foi publicada nova Diretiva para estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. A Diretiva 2000/78⁷⁰⁴, de 27 de novembro de 2000, procurou ser uma norma aberta para a defesa da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, com papel semelhante ao da Convenção 111 da OIT.

A Diretiva destaca em suas considerações a previsão do artigo 13 do Tratado de Constituição da Comunidade, e reconhece a Diretiva 2000/43, os tratados internacionais sobre a discriminação e os direitos humanos, as tradições constitucionais dos Estados-membros, o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres e faz menção expressa à Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As suas considerações destacam também a luta contra todas as formas de discriminação e a necessidade de adotar medidas adequadas em prol da integração social e econômica das pessoas idosas e das pessoas deficientes. É adotado o mesmo princípio da Diretiva 2000/43 no sentido de que a doutrina, jurisprudência e normas relativas à discriminação por sexo servem como princípios de aplicação da referida Diretiva.

⁷⁰⁴UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/78*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000L0078&model=guichett>. Acesso em: 19 nov. 2004.

A Diretiva reconhece a inclusão social como objetivo do Tratado, mediante a promoção de uma estratégia coordenada entre as políticas de emprego dos Estados-Membros. Para atingir esses objetivos, a Diretiva reconhece que foi integrado no Tratado um novo título relativo ao emprego, o qual visa desenvolver uma estratégia coordenada para o emprego e, em especial, promover uma mão-de-obra qualificada, formada e susceptível de adaptação. A preocupação revelada pela União Europeia é a necessidade de promover um mercado de trabalho favorável à inserção social através da definição de um conjunto coerente de políticas destinadas a combater a discriminação de determinados grupos, como as pessoas deficientes. A norma também realça a necessidade de prestar especial atenção ao apoio aos trabalhadores mais velhos, para aumentar a sua participação na vida ativa. Ela reconhece que o emprego e a atividade profissional são elementos importantes para garantir a igualdade de oportunidades para todos e muito contribuem para promover a plena participação dos cidadãos na vida econômica, cultural e social, bem como o seu desenvolvimento pessoal.

São reconhecidas, expressamente, as discriminações baseadas na religião ou nas convicções, em uma deficiência, na idade ou na orientação sexual. Tais ações discriminatórias, segundo as considerações da Diretiva, podem comprometer a realização dos objetivos do Tratado, nomeadamente a promoção de um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas.

A primeira exclusão é apontada pela Diretiva na inexistência de aplicabilidade de suas disposições aos regimes de segurança social e de proteção social cujas regalias não sejam equiparadas à remuneração, na aceção dada a este termo para efeitos de aplicação do artigo 141º do Tratado, nem aos pagamentos de qualquer espécie, efetuados pelo Estado, que tenham por objetivo o acesso ou a manutenção no emprego.

A Diretiva é genérica, ou seja, como diz claramente seu artigo 1º, ela estabelece um *quadro geral* para lutar contra a discriminação pelos motivos de religião, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no emprego e na atividade profissional, em busca da igualdade de tratamento.

O conceito de discriminação adotado é muito semelhante ao estabelecido pela Diretiva 2000/43, variando somente na motivação. Na conceituação da discriminação

indireta (por efeito adverso), ela repete os mesmos dizeres, com exceção da deficiência, na qual expressamente menciona que:

b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que:

i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática.

A questão da discriminação por deficiência é, efetivamente, mais delicada. Neste caso, a Diretiva 2000/78 não considera como discriminação indireta quando o empregador, ou quem quer que for, seja obrigado a tomar medidas adequadas de acordo com os princípios previstos no artigo 5º, por força da legislação nacional. Ou seja, proporcionar as medidas necessárias e previstas na referida norma não é motivo para consideração de discriminação, o que parece salutar.

Em termos de aplicação, a Diretiva 2000/78 tem a mesma aplicabilidade igual à da Diretiva 2000/43, excluindo apenas a opção de cada Estado-membro que deverá designar se suas disposições serão aplicáveis às forças armadas, no que tange aos fatores de deficiência e idade, em face das exigências típicas dessas atividades.

Também é prevista uma exclusão da aplicação das suas normas quando, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, desde que o objetivo seja legítimo e o requisito proporcional. No caso das atividades profissionais de igrejas e de outras organizações públicas ou privadas, cuja ética

seja baseada na religião ou em convicções, uma diferença de tratamento baseada na religião ou nas convicções de uma pessoa não deverá constituir discriminação sempre que, pela natureza dessas atividades ou pelo contexto da sua execução, constituam um requisito profissional essencial, legítimo e justificado no âmbito da ética da organização. A diferença de tratamento deve ser exercida com respeito às disposições e aos princípios constitucionais dos Estados-Membros, bem como dos princípios gerais do direito comunitário e não pode justificar uma discriminação baseada em outro motivo.

A norma ainda prevê, no aspecto religioso, que as igrejas e as outras organizações públicas ou privadas, cuja ética é baseada na religião ou nas convicções, e que estejam atuando de acordo com as disposições constitucionais e legislativas nacionais, podem, por conseguinte, exigir das pessoas que para elas trabalham, uma atitude de boa fé e de lealdade perante a ética da organização. Essa é uma questão tormentosa na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que problemas de discriminação sempre surgem quando se discute se a convicção religiosa é essencial para o desempenho de determinada atividade profissional, principalmente no campo educacional. A solução encontrada foi a exclusão da proteção da discriminação para tais situações, desde que cumpridos seus requisitos.

No campo das proteções aos portadores de deficiência, a norma estabelece uma obrigação para os empregadores. Com efeito, o artigo 5º exige adaptações razoáveis para as pessoas deficientes nos seguintes termos:

Artigo 5.o

Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.

Como é possível verificar, a norma impõe um ônus ao empregador como forma de garantir o respeito ao princípio da igualdade de tratamento em relação às pessoas que portam algum tipo de deficiência. É a noção de que não basta ao empregador não discriminar mas, através de uma ação positiva, oferecer meios para que a pessoa que porte deficiência venha a exercer a função que deseje, mediante adaptações, as quais, entretanto, não podem ser encargos exagerados ao empregador, ou não possam ser compensados em medidas previstas pelo Estado-membro para atendimento das necessidades dos portadores de deficiência.

Uma outra exceção é prevista para os casos de diferença de tratamento por idade, onde o artigo 6º isenta as diferenciações que possam ser direta e razoavelmente justificadas, dentro do direito nacional, por um objetivo legítimo com meios apropriados e necessários, portanto respeitando a proporcionalidade. Elas podem incluir: (a) condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, tanto para jovens como para idosos; (b) a fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego ou para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego ou (c) a fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão, ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da aposentadoria. A idade também é exceção de aplicação da norma anti-discriminatória na fixação dos períodos e prazos para a seguridade social, não podendo importar entretanto, em discriminações por sexo.

A norma em questão prevê a utilização de ações afirmativas para prevenir ou compensar os prejuízos causados pelos motivos previstos no artigo 1º da norma. Em relação às pessoas portadoras de deficiência, o princípio da igualdade de tratamento não afeta o direito dos Estados-Membros de manter ou adotar disposições em matéria de proteção da saúde e da segurança no local de trabalho nem medidas destinadas a criar ou a manter disposições ou facilidades para salvaguardar ou fomentar a sua inserção no mercado de trabalho.

De forma clara, no seu artigo 8º, a norma estabelece que as disposições ali contidas são requisitos mínimos, não obstante os Estados-membros de adotar outras medidas mais favoráveis e sua aplicação não implica redução da proteção já oferecida antes da adoção da Diretiva, prevalecendo as normas existentes mais favoráveis.

Os mecanismos adotados são os mesmos da Diretiva 2000/43, em destaque a ampla defesa em juízo, o auxílio e amparo judicial das entidades que promovem a defesa dos grupos envolvidos, a inversão do ônus da prova, a proteção contra atos de retaliação, a ampla informação das disposições da norma, a participação dos parceiros sociais em um diálogo social visando a promoção da igualdade de tratamento, a celebração de acordos e negociações coletivas e o diálogo com organizações não governamentais. Os demais mecanismos de aplicação e efetividade da norma também são os mesmos da Diretiva 2000/43, assim como sanções e relatórios. Contudo, a Diretiva 2000/78 possui um prazo de implantação nos ordenamentos internos dos Estados-membros mais estendido, com duração até 5 de dezembro de 2005.

6.3.3. A Diretiva 2002/73

Em 23 de setembro de 2002, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia promoveram uma importantíssima alteração na Diretiva 76/207, implementando uma série de conceitos fundamentais para o reconhecimento e o combate da discriminação entre sexos na União Européia. A Diretiva 2002/73⁷⁰⁵ é um texto fundamental para o estudo da discriminação, pois trata-se de norma muito parecida com as Diretivas 2000/43 e 2000/78, mas possui algumas diferenças importantes. Como já foi visto, o direito comunitário de igualdade possui uma certa “especialidade” no trato da igualdade de oportunidades por sexo, carregando consigo uma grande produção científica e uma vastíssima jurisprudência consolidada em mais de 25 anos de vigência da Diretiva 76/207.

Tal Diretiva não é uma norma autônoma, ao contrário das outras duas que a antecederam em 2000, apesar de promover radicais alterações no texto original. Seu papel é de ajustar a antiga Diretiva às duas publicadas em 2000 sobre discriminação, às novas diretrizes do Tratado de Amsterdam e à Carta de Direitos Fundamentais da União

⁷⁰⁵UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2002/73*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32002L0073&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

Européia⁷⁰⁶ de 18.12.2000. Esta última norma aprovou importantes diretrizes sobre o combate à discriminação na União Européia, com um notável capítulo sobre igualdade. Essa Carta influenciou decisivamente a redação de um idêntico capítulo sobre a igualdade na Constituição da União Européia, recentemente aprovada e pendente de ratificação pelos Estados-membros. Ela prevê a igualdade de todos os cidadãos e um princípio geral de não-discriminação no seu artigo 21, nos seguintes termos:

Artigo 21º

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Européia e do Tratado da União Européia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

A Diretiva 2002/73 foi publicada já sob vigência dessa monumental Carta, mencionando este documento como um de seus fundamentos no item “3” de suas considerações. Também a Diretiva 2002/73 tem uma vantagem sobre as Diretivas do ano 2000. Ela recebe um efeito direto de aplicação por força do artigo 141, parágrafo 3º, do Tratado de Amsterdam, situação não existente nas demais Diretivas de 2000⁷⁰⁷. Por outro lado, a Diretiva 2002/73 era uma reforma que estava pendente de aprovação por muito tempo, principalmente depois do ingresso do parágrafo 4º no artigo 141 do Tratado de 1997, para que desse cobertura suficiente às limitações impostas às ações afirmativas pela decisão do caso *Kalanke*.

⁷⁰⁶UNIÃO EUROPÉIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. *EUR-Lex*. Disponível em: <[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218(01)&model=guichett)>. Acesso em: 16 nov. 2004.

⁷⁰⁷LANQUETIN, Marie-Thérèse. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002, cit., p. 313.

A Diretiva adota também um conceito de *transversalidade* ou seja, uma integração de todas as políticas gerais desenvolvidas pela Comunidade, como um princípio reitor de toda a política comunitária que deve incorporar a dimensão do gênero e da igualdade de oportunidades na elaboração, execução e seguimento de todas as políticas e ações da União e dos Estados-membros⁷⁰⁸.

Também é importante destacar que a ação da União Européia não deve reproduzir ou substituir o que deve ser feito em cada Estado-membro. É adotado o princípio de adição do valor comunitário aos valores locais, e não substituí-los, mediante o estímulo de práticas e políticas adequadas com o fomento da inovação e o intercâmbio das experiências com as ações afirmativas.

A Diretiva 2002/73 estabelece três valorações importantes sobre o direito de igualdade entre os sexos, segundo Susana Torrente Gari: (1) Ela necessitava integrar as obrigações concretas do Tratado de Amsterdam à jurisprudência do Tribunal de Justiça comunitário, formando um conjunto que significa uma parte de um Direito Social comunitário; (2) a incorporação do assédio sexual como conteúdo específico da igualdade por razão de sexo, amplamente reconhecido como ação discriminadora e (3) o comprometimento dos diversos atores sociais em diversas ações na aplicação do princípio da igualdade de trato entre homens e mulheres⁷⁰⁹. Tal princípio geral de igualdade está estabelecido tanto no Tratado de Amsterdam como na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, como diz seu artigo 23:

Artigo 23º

Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.

⁷⁰⁸TORRENTE GARI, Susana. op. cit., p. 192.

⁷⁰⁹Id. Ibid., p. 200-201.

Portanto, a Diretiva 2002/73 incorpora todos esses elementos, e trata de modo inovador a discriminação por motivos de gênero sexual. Sua discussão teve início em 11 de julho de 2000, e uma nova Diretiva era essencial para que fossem clarificados dispositivos da Diretiva 76/207, que o próprio Tribunal de Justiça comunitário não conseguiu definir com precisão, indefinição esta bem demonstrada pela decisão do caso *Kalanke*⁷¹⁰.

Suas considerações são muito semelhantes às considerações das duas Diretivas de 2000, tanto sobre o Tratado da União Européia, aos princípios da democracia e do respeito aos direitos do homem e suas liberdades fundamentais, como a Convenção Européia para os direitos do homem e o estado de direito vigente nos Estados-membros. Reconhece o direito à igualdade como direito universal consagrado em inúmeros diplomas internacionais de direitos humanos, um princípio fundamental dos tratados constitutivos da União Européia e da Jurisprudência do Tribunal de Justiça (vide caso *Defrenne III*), proclamando a igualdade entre homens e mulheres como missão e objetivo da Comunidade, com uma imposição de promovê-la.

As considerações ressaltam as disposições do parágrafo 3º do artigo 141 do Tratado (artigo 119 modificado) e a própria Diretiva 76/207. Reconhecem as Diretivas 2000/43 e 2000/78 como bases de definições a serem utilizadas pela Diretiva 2002/73. Revelam que o Tribunal de Justiça estabeleceu jurisprudência que orienta a Diretiva, como na questão da proporcionalidade e da função necessária, a proteção da mulher durante a gravidez sendo qualquer agressão a tal proteção reconhecida como discriminação sexual, a manutenção da paridade salarial mesmo após o término do contrato e indenizações eficazes e adequadas ao prejuízo sofrido. Da mesma forma, as considerações da Diretiva levaram em conta o § 4º do artigo 141 do Tratado sobre as ações afirmativas para as mulheres, devendo estimulá-las, além da possibilidade de defesa judicial pelos interessados e pelos grupos de apoio, a existência do diálogo social, sanções efetivas contra as violações, propondo pela alteração da Diretiva 76/207.

A Diretiva 2002/73 adotou os conceitos de discriminação das Diretivas 2000/43 e 2000/78, apenas adequando-a para motivação por sexo. No caso da discriminação indireta, a Diretiva em questão formula um conceito com menor dificuldade

⁷¹⁰LANQUETIN, Marie-Thérèse. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002, cit., p. 312.

para uma ação judicial em comparação àquele previsto na Diretiva 97/80, principalmente no que tange à prova da desvantagem resultante em um determinado grupo comparativamente analisado em relação a outro, retirando aquela necessidade.

Foi definido pela Diretiva o assédio e o assédio sexual, no artigo 2º, item 2. O segundo foi definido como sendo *um comportamento indesejado de caráter sexual, sob forma verbal, não-verbal ou física, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa, em particular pela criação de um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo*. Ambas as modalidades de assédio do envolvido, por motivos relacionados ao sexo, são consideradas medidas discriminatórias pela norma em questão e estão proibidas, assim como a ordem a tal prática.

Um ponto interessante da Diretiva é o estímulo às normas coletivas para conterem disposições de prevenção à discriminação sexual, em especial ao assédio e o assédio sexual. Por outro lado, a Diretiva deixa bem claro que as disposições relativas à proteção da maternidade, as ações afirmativas e outras políticas necessárias à promoção da igualdade dos sexos, não podem ser prejudicadas pelas disposições da norma.

As medidas retaliatórias são condenadas pela Diretiva 2002/73 como já tradicionalmente vêm sendo nas outras normas comunitárias apresentadas. Foi estabelecido aos Estados-membros a necessidade de designação de um ou mais órgãos para a promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento de todas as pessoas, sem qualquer discriminação por sexo. Também deverão tais órgãos dispor de uma série de medidas de assistência às vítimas da discriminação, investigar de forma independente tais situações e publicar relatórios independentes, além de formular recomendações sobre qualquer assunto relacionado com a discriminação.

Outro mecanismo interessante adotado pela norma em questão é o estímulo para que os próprios empregadores forneçam informações aos seus empregados sobre a igualdade de tratamento, além da proposição de medidas em cooperação com os representantes dos trabalhadores. Por outro lado, um mecanismo relacionado ao diálogo social envolve o diálogo com entidades não-governamentais que promovam a luta com a discriminação e a promoção da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, um ponto fundamental de uma política transversal contra a discriminação por motivos de sexo.

A ampla política de combate à discriminação por motivo de sexo importa uma nova conscientização e atuação da União Européia, sendo a Diretiva 2002/73 um verdadeiro marco na adoção de mecanismos mais abrangentes e eficazes contra a discriminação. Esta política ainda deverá ser mais ampla com o fenômeno da Constituição Européia, um documento que está por ser ratificado pelos Estados-membros e cuja adoção permitirá um amplo combate à discriminação em toda a União. É o que passaremos a ver.

6.6. O Projeto de Constituição da União Européia e a ampliação do combate contra a discriminação

A União Européia tem sua formação jurídica consolidada em Tratados formulados pelos Estados-membros. O Conselho Europeu entendeu que seria necessário o estabelecimento de uma Constituição para aproximar os cidadãos do projeto europeu e das instituições européias, estruturar a vida política e o espaço político europeu, e ser a União um fator de estabilização e referência para uma nova ordem mundial, mediante os seguintes pontos aprovados:

- 1) propor uma melhor repartição e definição das competências da União e dos Estados-membros;
- 2) proceder a fusão dos tratados e a atribuição de personalidade jurídica à União
- 3) estabelecer a simplificação dos instrumentos de ação da União
- 4) propor medidas a reforçar a democracia, a transparência e a eficácia da União Européia, desenvolvendo a contribuição dos parlamentos nacionais para a legitimidade do projeto europeu, simplificando o processo decisório, tornando o funcionamento das instituições européias mais transparente e mais compreensível;

- 5) definir as medidas necessárias para melhorar a estrutura e reforçar o papel de cada uma das três instituições da União, tendo em conta, designadamente, as conseqüências do alargamento⁷¹¹.

Assim, o Conselho apresentou um projeto de Constituição da União Européia que, segundo seu artigo 10º, seria uma norma jurídica que primaria sobre o direito dos Estados-membros, os quais deverão tomar as medidas necessárias para garantir a execução das obrigações ali estabelecidas. Seria, portanto, uma nova norma para atuar sob regência dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, ao respeitar as atribuições da União afirmadas no texto constitucional proposto. No Tratado que firmou o texto definitivo, tal artigo passou a ser o de número I-11º⁷¹².

No tratado consumado, o artigo IV-447, item 2, dispõe que a Constituição entrará em vigor em 1º de novembro de 2006, ou até o depósito do último instrumento de ratificação, se for posterior a esta data.

As disposições da Constituição Européia estabelecem uma *Carta de Direitos Fundamentais da União*, a qual possui várias disposições sobre direitos humanos, e no Título III, regula as questões de igualdade. O preâmbulo da Constituição é uma clara definição dos princípios que regem o trato dos direitos humanos na União, cujos termos são belíssimos, importados da *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*⁷¹³ firmada em 18 de dezembro de 2000:

PREÂMBULO

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

⁷¹¹UNIÃO EUROPÉIA. Projeto de tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Prefácio. *EUR-Lex*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/constit.html>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

⁷¹²UNIÃO EUROPÉIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. *Conselho da União Européia*. Disponível em: <<http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/cg00087-re02.pt04.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

⁷¹³UNIÃO EUROPÉIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. *EUR-Lex*. Disponível em: <[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218(01)&model=guichett)>. Acesso em: 18 nov. 2004.

Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras. Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

No artigo II-80º, a Constituição define que *todas as pessoas são iguais perante a lei*, e no artigo II-81º, estabelece uma norma geral de não-discriminação nos seguintes termos:

*Artigo II-81º**Não discriminação*

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

Já no artigo II-83º, a Constituição assim dispõe:

*Artigo 23º**Igualdade entre homens e mulheres*

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado⁷¹⁴.

As duas normas permitem uma maior ampliação da proteção contra a discriminação atualmente existente nas normas comunitárias. Vários motivos discriminatórios não previstos pelas Diretivas 2000/78 passam a ser reconhecidos. Em destaque, é possível constatar como novidades as discriminações sobre características genéticas, língua, opiniões políticas ou outras, minorias nacionais, riqueza e nascimento.

No estudo feito das disposições legislativas comunitárias verifica-se uma preocupação da União Europeia para o combate da discriminação mediante o conceito de *transversalidade* ou seja, uma integração de todas as políticas gerais desenvolvidas pela Comunidade, passando a ser um princípio reitor de toda a política comunitária que deve incorporar a dimensão da igualdade de oportunidades na elaboração, execução e

⁷¹⁴UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. *Conselho da União Europeia*. Disponível em: <<http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/cg00087-re02.pt04.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

seguimento de todas as políticas e ações da União e dos Estados-membros, como já mencionado no item 6.3.3.

Logo, as expectativas sobre as normas da União que virão a regular as novas proteções contra a discriminação devem ser muito interessantes, pois verifica-se o comprometimento geral da União no combate à discriminação, com a adoção de políticas e mecanismos muito interessantes e criativos. As peculiaridades dos motivos adotados irão demandar uma precisa definição das intenções de proteção, e uma regulação muito criativa e inovadora. O combate à discriminação na União Européia reserva um futuro muito interessante.

7. OS MECANISMOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS NO BRASIL

7.1. A realidade brasileira

O Brasil possui muitas desigualdades sociais, teve mais de 380 anos de escravidão vigente em seus pouco mais de 500 anos de história. Foi o último país das Américas a abolir a escravidão e está entre os líderes do *ranking* mundial de má distribuição de renda. Tais constatações clamam a necessidade de um trato eficaz, direto, com vontade efetiva de solução ou pelo menos atenuação dos efeitos de uma desigualdade social e racial tão profunda como a brasileira. Infelizmente, o tratamento desse assunto não passa de mera retórica ou a apresentação de projetos de lei que, quando aprovados, são quase que letras mortas sepultadas no *Diário Oficial*, sem combater, como deveriam, as disparidades sociais existentes.

Pode parecer uma tolice levantar neste trabalho os dados que demonstram as desigualdades sociais no Brasil, uma vez que, para cada lado onde nossos olhos miram, deparam-se com uma profunda injustiça social. Basta o simples trânsito pelas ruas de qualquer cidade grande deste país, principalmente se for um trajeto do centro para a periferia, para constatar uma enorme disparidade social entre poucos ricos com muita renda e uma descomunal massa de pessoas muito pobres, muitas delas abaixo dos níveis mínimos internacionais de pobreza e de miséria absoluta. Em um país com tantas e tamanhas disparidades sociais, onde é possível serem encontrados, na mesma rua, frente a frente, índices paradoxais de desenvolvimento humano comparáveis aos da Bélgica e de Bangladesh, falar em combate efetivo à discriminação nas relações de trabalho pode parecer uma aventura quixotesca.

Mas algo precisa ser feito porque as disparidades sociais muitas vezes são construídas mediante atitudes tipicamente discriminatórias nas relações de trabalho, muitas vezes não percebidas por nenhum dos atores da relação empregatícia. As estatísticas demonstram que o desemprego de mulheres negras é muito mais acentuado que o dos homens brancos. A maioria de nossa população carcerária é negra, e a expectativa de vida dos negros é inferior a dos brancos em face da miséria e da violência urbana. Nossas

minorias são massacradas por um desemprego avassalador que fomenta, e muito, atitudes discriminatórias na contratação para postos de trabalho.

A injustificável omissão do nosso Congresso Nacional na regulação da proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa fomenta ainda mais dispensas discriminatórias em todo o país, dispensas contra as quais se possuem pouquíssimos instrumentos de combate, e assim praticamente sequer são questionadas judicialmente. Não é verificada a existência de uma verdadeira cultura antidiscriminatória dentro das relações do trabalho no Brasil, vide a pouquíssima bibliografia nacional a respeito.

O Brasil é um país que, efetivamente, não trata bem seus cidadãos, principalmente as mulheres, os negros e os pardos. Se a disparidade é notória, a intensidade das diferenças com relação a direitos dos referidos grupos choca qualquer pessoa. As estatísticas abaixo são fornecidas pelo Instituto Nacional de Geografia e Estatística – IBGE, com base na Pesquisa Nacional por Amostragem – PNAD de 2002⁷¹⁵, onde os dados comprovam a exclusão social das minorias brasileiras.

Segundo os dados do IBGE, a população brasileira é constituída de 53,4% de brancos, 5,6 de pretos, 40,4 % de pardos e 0,6% de indígenas e amarelos. Em termos de formação escolar, segundo os mesmos dados, a disparidade social é muito grande entre negros, pardos e brancos no que tange ao analfabetismo e média de anos de estudo.

	Total (%)	Branco (%)	Pretos (%)	Pardos (%)
Analfabetos	12,4	7,7	18,7	18,1
Analf. funcionais	27,3	20,2	36,3	36,2
Anos de estudo	6,1	7,0	5,0	5,0

⁷¹⁵IBGE – PNAD 2002. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2002/>. Acesso em: 22 nov. 2004.

A mesma pesquisa do IBGE revela que a variação da qualidade dos empregos é demasiadamente prejudicial aos negros e pardos, os quais são em maior parte empregados, não sendo empregadores. Esses grupos estão concentrados em trabalhos de menor rendimento como os trabalhadores domésticos e mais afastados dos trabalhos públicos como nas Forças Armadas e trabalhadores estatutários.

Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas	População ocupada, de cor ou raça branca						
	Total	Posição na ocupação (%)					
		Empre- gados	Militares e estatutários	Trabalha- dores domésticos	Conta- própria	Empr- ega- dores	Não- remunera- dos
Branco	41 183 413	49,2	7,3	6,3	21,7	5,8	9,8
Pretos	4 430 754	50,5	6,1	13,7	20,5	1,3	7,8
Pardos	29 343 873	45,5	5,3	9,1	23,5	2,3	14,3

A diferença da renda entre os grupos raciais é escandalosa. Enquanto os brancos recebem em média 4,50 salários mínimos mensais, os pretos recebem 2,20 salários mínimos, assim como os pardos. Por outro lado, as mulheres têm rendimento menor que os homens e os pretos e pardos têm rendimento menor que os brancos, sendo que as mulheres pretas e pardas recebem as menores remunerações médias do país conforme tabela abaixo:

Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas	Rendimento médio mensal de todos os trabalhos da população ocupada, em reais, por cor ou raça e sexo					
	Branca			Preta e parda		
	Total	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres
Brasil	757,47	874,33	583,09	376,08	421,75	296,43

No que tange ao desemprego, os dados fornecidos pelo DIEESE- Departamento Intersindical de Estatística e de Estudos Socio-econômicos, em recente pesquisa publicada em 18.11.2004⁷¹⁶, revelam que, em vários centros urbanos, a taxa de desemprego é mais elevada para negros e mulheres. No ano de 2004, foram constatados os seguintes dados, em diversas capitais do Brasil:

Regiões	Total	Negros	Mulheres Negras	Homens Negros	Não- negros	Mulheres	Homens
Belo Horizonte	20,0	21,9	24,5	19,6	17,2	20,1	14,5
São Paulo	19,2	23,1	26,0	20,6	16,8	19,7	14,4
Porto Alegre	16,3	23,2	27,6	19,2	15,5	18,8	12,6
Salvador	25,7	26,9	29,3	24,6	18,4	21,1	15,9

Portanto, é inquestionável que os negros e pardos, principalmente as mulheres destes grupos, estão mais sujeitas à exclusão social, com taxas bem maiores de

⁷¹⁶DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e de Estudos Sócio-Econômicos. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/esp/negro_apendiceestatistico2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2004.

desemprego que dos homens não-negros. Há evidente indício de que tais grupos podem estar sendo discriminados na admissão, seja lá por qual motivo for.

Diante da discrepância dos dados apresentados acima, não é possível aceitar tamanha inércia dos poderes públicos brasileiros em combater a discriminação no trabalho. Toda a sociedade é culpada pela existência de dados tão aberrantes, sem que qualquer iniciativa mais enérgica venha a ser tomada para combatê-los.

7.2. Os mecanismos legais existentes no Brasil

Este trabalho irá expor alguns mecanismos existentes no Brasil que cuidam da discriminação nas relações de trabalho. Contudo, é possível observar um dado comum em todos eles: sua inquestionável ineficiência no combate da discriminação. A análise passará pelos mecanismos previstos em vários diplomas legais inicialmente, havendo maior concentração no estudo dos mecanismos previstos na Lei 9.029/95, talvez o principal mecanismo existente hoje no país e que merece um estudo aprofundado.

7.2.1. A Consolidação das Leis do Trabalho

O primeiro texto a tratar de discriminações nas relações do trabalho é a própria Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943, entrando em vigor em 10.05.1943, a qual veio a prever no seu artigo 5º a regra geral já prevista no Tratado de Versailles no seu artigo 427,7, que “*a todo trabalho de igual valor, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo*”⁷¹⁷. Segundo Arnaldo Sússekind, o princípio da igualdade salarial foi um dos anseios da Revolução de 1930, sendo adotado pelo Decreto n. 20.261,

⁷¹⁷BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, cit.

de 29 de julho de 1931, cujo objetivo foi proteger o trabalhador nacional da discriminação ocorrente em face de maiores salários pagos aos trabalhadores estrangeiros⁷¹⁸.

A primeira Constituição brasileira que assegurou o princípio da igualdade salarial foi a Carta de 1934, com efêmera vigência, cujos termos eram os seguintes:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos⁷¹⁹.

A Constituição de 1937, que substituiu este texto constitucional avançado para a época, foi omissa quanto ao tema, mas o princípio veio a ser regulado pela própria Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. Somente em 1946, foi restabelecido em nível constitucional os dizeres da moderna Carta de 1934, o que passou a ser repetido nas demais Constituições. A Consolidação das Leis do Trabalho, além da igualdade estabelecida no seu artigo 5º, também prevê a igualdade de remuneração nos artigos 358 (trabalhador nacional e estrangeiro), e no artigo 461 (equiparação salarial), sem nunca ter utilizado a expressão *discriminação*, a qual foi vista no item 2.6., com aparição internacional somente após 1948.

A Consolidação das Leis do Trabalho somente tratou de um aspecto da discriminação, aquela ocasionada pela diferença de salários motivada por gênero sexual. Foi muito pouco para tratar de um problema evidente em um país com tantas disparidades sociais e raciais como o Brasil, já na época de sua publicação.

⁷¹⁸SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Lima. op. cit., p. 410.

⁷¹⁹BRASIL. Legislação. Constituição de 1934. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

7.2.2. A Lei 1.390/51 (Lei Afonso Arinos) e normas penais subsequentes

Este diploma tem um caráter geral de proibição das discriminações por raça, incluindo-se aquelas ocorridas na admissão de uma relação empregatícia. Essa lei recebeu o nome de seu criador, o então deputado federal e célebre constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco. Ela incluiu, entre as contravenções penais, a prática resultante de preconceitos de raça ou cor. Contudo, seu artigo 7º, expressamente, prevê que a recusa na admissão por preconceito de raça e cor seria considerada contravenção penal com pena de três meses a um ano de prisão e multa, nos seguintes termos:

Art 7º Negar emprêgo ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, emprêsa concessionária de serviço público ou emprêsa privada, por preconceito de raça ou de côr. Pena: prisão simples de três meses a um ano e multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros), no caso de emprêsa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e emprêsa concessionária de serviço público.

Art 8º Nos casos de reincidência, havidos em estabelecimentos particulares, poderá o juiz determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento por prazo não superior a três meses.⁷²⁰

É possível verificar nas disposições da Lei Afonso Arinos uma proteção voltada contra a recusa na admissão do trabalhador por motivos de raça ou cor de pele. A norma demonstrou interesse de combater especificadamente a discriminação no acesso ao emprego, criando alguns mecanismos interessantes. Para os casos de negativa de admissão em empresas privadas por motivos de raça ou cor, a norma em questão previa uma multa e, conforme o seu artigo 8º, previu a suspensão do funcionamento da empresa como pena adicional, decretada por ordem judicial, por prazo não superior a três meses. Foi uma norma de caráter geral com severa previsão de punição contra empresas que viessem a cometer a contravenção ali prevista. No entanto, de nada adianta uma norma severa se não são previstos instrumentos processuais ou administrativos para efetivá-la, impondo a

⁷²⁰BRASIL. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2004.

qualquer vítima ou ao Ministério Público um grande ônus processual para constituir prova de suas alegações.

Segundo reportagem de Paulo Markun realizada com o próprio Afonso Arinos, este constitucionalista teria dito que:

“ Não é através dos processos judiciais que ela age. A lei exerce seu efeito com os inquéritos mesmo. Tenho recebido informações de todos os Estados do Brasil, relatando casos semelhantes. Quando alguém resolve ir à polícia, o caso se resolve. Quem afirma que a lei não vale nada são grupos negros racistas que começam a aparecer, e muitas vezes não são nem negros. Essa moça agiu bem, porque é uma experiente e inteligente ”⁷²¹.

Efetivamente, uma lei dessa natureza não é tão simples assim de ser aplicada em um país com tantas disparidades. Muitos fatores entram em questão para sua efetiva aplicação, desde a inexistência de uma atmosfera receptiva para esse tipo de denúncia por parte das autoridades policiais. Há, também, posturas do Poder Judiciário no sentido da tipificação do delito como injúria comum, como bem afirmou Flávio Dino de Castro e Christiano Santos, em reportagem sobre o pequeno número de ações por crime de racismo existentes em 2001 (142 ações em todo o país), além de uma condescendência da sociedade com tais crimes⁷²².

Como pode ser observado, pouco adiantou uma lei desse naipe, com tão poucas atuações em favor dos discriminados, em face do diminuto número de ações existentes.

O certo é que a Lei Afonso Arinos desdobrou-se em outros diplomas que praticamente repetiram seus dizeres, modificando os tipos penais ou a natureza dos delitos

⁷²¹MARKUN, Paulo. Hotel demite acusado de barrar moça negra. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 jun. 1980. Paulo Markun. Disponível em: <<http://www.paulomarkun.com.br/rep02.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

⁷²²DANTAS, Iuri. No Brasil, 142 respondem nos tribunais por ações racistas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13.10.2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/menosiguais/xx1310200121.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

ali previstos. A Lei 7.437, de 20 de dezembro de 1985⁷²³, deu nova redação à Lei Afonso Arinos, passando a regular a questão praticamente com os mesmos dizeres da lei anterior, sem qualquer alteração significativa.

A Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passou a tratar como crimes de preconceito de raça e cor os atos previstos na Lei 7.437, utilizando-se da expressão *discriminação* para definir os crimes ali previstos, com um extenso rol de tipos penais. Entre eles são encontrados dois tipos penais aplicáveis às relações de trabalho:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

*Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.*⁷²⁴

É possível extrair do artigo 4º, em relação às empresas privadas, e do artigo 3º, em relação aos empregos e cargos públicos, a proteção não somente na admissão, mas também na manutenção do emprego. Com efeito, a expressão *obstar* tem significado claro de causar embaraço ou impedimento, ou servir de obstáculo⁷²⁵, o que pode ocorrer tanto na admissão, como na manutenção do emprego.

A Lei 9459, de 13 de maio de 1997,⁷²⁶ alterou não só a Lei 7.716/89 como também o Código Penal de 1940. Esse diploma ampliou os motivos dos atos discriminatórios, antes exclusivamente por motivos de raça ou cor, para incluir também os motivos de etnia, religião e procedência nacional.

⁷²³BRASIL. Lei 7.437, de 20.12.1985. *Senado Federal*. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

⁷²⁴BRASIL. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2004.

⁷²⁵DICIONÁRIO Aurélio. Versão em CD-Rom, Séc. XXI, Versão 3.0, nov. de 1999.

⁷²⁶BRASIL. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2004.

Constata-se, então, o corpo de normas penais contra a discriminação existente, alguns derivados da Lei Afonso Arinos de 1950. Tais comportamentos discriminatórios inicialmente eram considerados como contravenção e depois como crimes. Não obstante serem leis criminais, vieram também a punir discriminações havidas nas relações de trabalho, inclusive com sanções administrativas severas.

7.2.3. A Lei 5.473/68

Em 9 de julho de 1968 foi sancionada a Lei 5.473/68, cujo primeiro artigo dispõe que seriam nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criassem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos à seleção, nos seguintes termos:

Art 1º São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas emprêsas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de emprêsas concessionárias de serviço público.

Parágrafo único. Incorrerá na pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa de NCr\$100,00 (cem cruzeiros novos) a NCr\$500,00 (quinhentos cruzeiros novos) quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento da presente Lei.⁷²⁷

Esta lei destinou-se a regular o provimento de cargos e outras providências, mas nitidamente é uma lei antidiscriminatória aplicável tanto na esfera do emprego público como privado, com uma previsão penal e uma providência trabalhista muito séria e eficaz.

⁷²⁷BRASIL. Lei 5.473/68. Senado Federal. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22005473%22&s4=1968&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 06 set. 2004.

A referida lei teve origem no Projeto de Lei nº 3.232/65, apresentado pelo deputado Néelson Carneiro, em 31 de agosto de 1965. Na sua justificativa, o referido parlamentar afirmou que a mulher havia conquistado o direito de competir com o homem em busca de uma independência econômica, social e cultural, porém inúmeras instituições recusam o trabalho feminino, procurando o diploma coibir as discriminações contra a mulher⁷²⁸. A justificativa termina apontando que o Brasil foi o primeiro país latino e sul-americano a conceder direito de voto à mulher e que não permite lhe seja pago salário inferior pelo mesmo serviço executado, embora ainda consinta na existência de restrições ao trabalho da mulher. Assim, concluiu a justificativa, esse projeto de lei colocaria fim a essa odiosa e injusta discriminação⁷²⁹.

Em primeiro lugar cabe ponderar que a norma em questão estabelece que são nulas as disposições e providências que criem discriminações a brasileiros de ambos os sexos, para provimento de cargos sujeitos a seleção. É possível entender que são consideradas discriminatórias todas as formas de discriminação por sexo, ou seja, tanto as discriminações advindas de fontes normativas, neste caso incluindo regulamentos, editais de concursos, decretos, instruções normativas, portarias, como aquelas efetuadas por decisões de autoridades públicas ou privadas na admissão. Fica claro no Projeto de Lei nº 3.232/65 que era essa a intenção na medida em que a redação do artigo 1º do projeto era a seguinte:

Art.1º São nulas, e de nenhum efeito, quaisquer disposições, providências, portarias e, medidas, ainda que estatutárias ou regimentais, e que, direta ou indiretamente, criem discriminação entre os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a qualquer modo de seleção, sejam nas empresas privadas, sejam nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico ou paraestatal, de sociedade de economia mista, e de empresa concessionária de serviço público⁷³⁰.

Por outro lado, da redação acima transcrita, observa-se a adoção de um mecanismo legal de nulificação de disposições e providências, medida esta que visa tornar

⁷²⁸CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Seção I, 12 out. 1965. p. 8381.

⁷²⁹Id. Ibid.

⁷³⁰Id. Ibid.

nula qualquer admissão, ou ato que regule uma admissão com intuito discriminatório. A repercussão da nulidade é interessante na medida em que o terceiro favorecido, de boa-fé ou não, passa a ter sua admissão considerada nula. A aplicação da norma é geral, tanto para empregadores públicos ou privados e pode ser aplicável também a concursos públicos. A discriminação a ser reconhecida pode ser direta ou indireta, terminologia europeia utilizada para a discriminação por efeito adverso, tornando-se, neste aspecto, a primeira norma legal nacional a fazer tal distinção, fundamental em discriminações de admissão motivadas pelo gênero sexual.

Alguns mecanismos da Lei Afonso Arinos são adotados, em destaque as multas administrativas a serem aplicadas.

Verifica-se, portanto, uma disposição legislativa muito importante e potente, mas muito esquecida no ordenamento jurídico interno, uma vez que pouquíssimas vezes teria sido utilizada para questionamentos de admissões discriminatórias.

7.2.4. A Lei 7.853/89 e o Decreto 3.298/99

A Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989⁷³¹, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a coordenadoria para integração da pessoa portadora de deficiência, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências sobre as pessoas portadoras de deficiência.

Essa norma tem como valores básicos no parágrafo primeiro do artigo primeiro: (a) a igualdade de tratamento e oportunidades; (b) a justiça social; (c) o respeito à dignidade da pessoa humana; (d) o bem-estar; e (e) outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito. No seu parágrafo segundo, a referida lei afirma que suas normas “*visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade*”. A norma formula princípios gerais que irão reger todas as questões

⁷³¹BRASIL. Lei 7.853/89. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

concernentes aos portadores de deficiência, indicando, claramente, quais as motivações da proibição de discriminação dessas pessoas. Por outro lado, a norma estabelece que o Estado assume um papel ativo na proteção dos portadores de deficiência, afirmando o Poder Público como o responsável por assegurar o pleno exercício dos direitos básicos dos portadores de deficiência, transformando as ações governamentais em caráter prioritário e adequado.

Na área profissional e do trabalho deverá o Poder Público assegurar: (a) o apoio governamental à formação profissional e garantia de acesso aos serviços concernentes; (b) fomentar e manter empregos, inclusive a tempo parcial; (c) promoção de meios eficazes que propiciem a inserção dos portadores de deficiência; e (d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, tanto na Administração Pública como no setor privado.

Um mecanismo interessante previsto nessa lei é a possibilidade de aforamento de ações civis públicas por diversas entidades, inclusive as pessoas jurídicas de direito público, o Ministério Público e associações de proteção das pessoas portadoras de deficiência, inclusive com a possibilidade de habilitação em lides como litisconsortes. A decisão que for proferida nestas ações tem efeito de coisa julgada *erga omnes* salvo no caso de improcedência por falta de prova, podendo qualquer outro legitimado propor ação com idêntico fundamento.

A referida lei afirma em seus artigos 5º e 6º que o Ministério Público deverá intervir, obrigatoriamente, nos processos em que são discutidos os direitos dos portadores de deficiência, também estando autorizado a instaurar inquéritos civis e propor ações civis públicas. Tais possibilidades são excelentes instrumentos para resolver questões discriminatórias de qualquer espécie, muito mais ainda em casos de portadores de deficiência. Uma ação civil pública pode vir a coibir atitudes discriminatórias, muito mais ainda as de impacto adverso. Poderá também a Ação Civil Pública postular judicialmente a implantação de uma ação afirmativa em âmbito empresarial, governamental ou onde houver relação de trabalho, principalmente para tratos de interesses difusos onde os sujeitos abrangidos são indeterminados.

A norma prevê vários delitos como crimes puníveis com reclusão de um a quatro anos, em especial, a negativa de emprego sem justa causa por motivos de

deficiência. Por outro lado não cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial e recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública também são condutas puníveis.

A norma veio a organizar uma política nacional de integração da pessoa com deficiência, como forma de coordenar e organizar uma ação nacional dos órgãos da administração direta e indireta para confirmar o tratamento prioritário e diferenciado prevista no artigo 9º da referida lei. Foi criada também uma coordenadoria superior dos assuntos referentes às pessoas portadoras de deficiência, a Coordenadoria Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, como órgão autônomo do Ministério da Ação Social, conforme a redação dada pela Lei 8.028/90. Esse órgão formulará a política nacional de integração do portador de deficiência.

Dez anos após somente, a Lei 7.853/89 foi regulada pelo Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999⁷³², demonstrando descaso em regular a delicada situação dos portadores de deficiência. Contudo, a norma que foi publicada é bastante minuciosa e merece muita atenção e elogios. O decreto é reconhecido como a primeira aparição de um dispositivo legal tão minucioso e inovador sobre a questão do trabalho do portador de deficiência, apresentando novos conceitos muito específicos e ricos em detalhes⁷³³.

Seu segundo capítulo trata dos princípios estabelecidos para a Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, estabelecendo em seu artigo 5º os seguintes princípios: (a) desenvolvimento de ação conjunta do Estado e sociedade civil para assegurar a plena integração do portador de deficiência; (b) estabelecer mecanismos, instrumentos legais e operacionais para assegurar aos portadores de deficiência seus direitos básicos; e (c) o respeito às pessoas portadoras de deficiência que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade, sem privilégios ou paternalismos.

O referido decreto regula a partir do artigo 30 o direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional como direitos previstos no Regime Geral de Previdência Social, capacitando o portador de deficiência a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.

⁷³²BRASIL. Decreto 3.298/99. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

⁷³³NAHMIAS Neto, Sandro. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo:LTTr, 2004. p. 82.

Os artigos 34 e seguintes da Seção IV contemplam o acesso ao trabalho como finalidade primordial da política de emprego. Nele, a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante um regime especial de trabalho protegido é um objetivo a ser alcançado. A norma reconhece a existência de meios especiais para contratação de pessoas, como jornadas variáveis, horários flexíveis, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado, entre outros.

O artigo 36 estabelece cotas para serem preenchidas por beneficiários da Previdência Social em empresas com cem ou mais empregados, ao fixar uma escala de percentuais mínimos de admissões. As demissões dos beneficiários da Previdência somente poderão ser efetivadas quando for contratado substituto nas mesmas condições do demitido. Segundo o artigo 37, os portadores podem se inscrever em concursos públicos, e haverá uma reserva de 5% para os portadores de deficiência, regulando essa norma o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

Tanto a Lei 7.853/89 como o Decreto 3.298/99 são extremamente importantes na defesa dos direitos relativos aos portadores de deficiência, contudo são normas insuficientes para combater a grave discriminação contra os portadores de deficiência, vítimas de perversos efeitos advindos de uma discriminação sistemática.

7.2.5. A Lei 9029/95

Em termos de discriminação nas relações de trabalho, a Lei 9.029/95, de 13 de abril de 1995, é a mais importante norma existente no ordenamento jurídico brasileiro. Por tal motivo, será interessante proceder a estudo de seu histórico, uma minuciosa análise de suas disposições, os motivos discriminatórios e os mecanismos por ela adotados. Seu artigo 1º é fundamental como norma proibitória da discriminação nas relações de emprego, além de outras normas que impõem penalidades para sua violação.

7.2.5.1. Histórico da lei

A Lei 9029/95 é um amálgama de vários projetos de lei apresentados com finalidades de proteção da mulher contra a exigência de testes de gravidez e esterilização, bem como contra a discriminação na admissão do emprego e sua manutenção. Essa fusão ocorreu diante da existência de três projetos de lei distintos, que foram apensados e incorporados em um só mediante um projeto de lei substitutivo.

Com efeito, a deputada Benedita da Silva apresentou em 6 de março de 1991 um projeto de lei que recebeu o nº 229/91, o qual pretendia proibir a exigência de atestado que comprovasse a esterilidade ou gravidez de candidatas a emprego. Justificou a ilustre parlamentar sua intenção em “*coibir práticas altamente discriminatórias e injustas para com as melhores trabalhadoras*”⁷³⁴. Como penalidade, o projeto de lei estabelecia, em seu artigo 2º, o pagamento em dobro dos salários relativos ao período compreendido entre a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

Por sua vez, a deputada Jandira Feghali apresentou, em 17 de abril de 1991, o projeto de lei que recebeu o número 677/91, o qual pretendia proibir a exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para efeito de admissão ou permanência no emprego. Nesse projeto a ilustre parlamentar pretendeu coibir uma prática que considerava ser comum nas empresas brasileiras, inclusive estabelecendo no artigo 5º do projeto as seguintes penalidades: (I) imediata admissão ou readmissão da trabalhadora; (II) multa de 50 salários mínimos na data de ocorrência do auto na empresa ou empregador; (III) suspensão do funcionamento da empresa por 30 (trinta) dias, em caso de reincidência; (IV) em caso de nova reincidência o empregador ficará sujeito à detenção de seis meses a um ano. O projeto, em seu artigo 1º, estipulava a seguinte norma antidiscriminatória em razão do sexo:

Art. 1º - As empresas privadas, os órgãos públicos da administração direta e indireta, as sociedades de economia mista, as autarquias e as fundações em atividade no País ficam proibidos de adotar qualquer prática discriminatória ou limitativa à admissão e manutenção do seu quadro de pessoal permanente de funcionários do sexo feminino.

⁷³⁴ CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 26 mar. 1991. p. 2513.

O projeto de lei ainda proibia a exigência dos atestados de esterilização ou testes de gravidez, bem como as tão discutidas revistas íntimas nas funcionárias por parte dos empregadores e de seus prepostos. Uma vez apresentado o projeto, este foi apensado ao projeto de autoria da deputada Benedita da Silva.

A deputada Maria Luiza Fontenele apresentou projeto de lei em 1992, que recebeu o número 3.466/92, o qual também foi apensado ao Projeto de Lei 229/91. Este projeto estabelecia o crime de coação contra a mulher ao obrigá-la a submeter-se a exame de gravidez, estabelecendo a pena de detenção de 2 a 4 anos e multa, assim como a exigência de comprovação de esterilidade. O referido projeto também foi apensado ao Projeto de Lei 229/91.

Na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, foi designado como relator do projeto o deputado Chico Vigilante, que apresentou relatório favorável à aprovação dos três projetos, mas apresentando um projeto substitutivo em 6 de julho de 1993. Este projeto substitutivo incluiu outros quatro motivos discriminatórios para serem proibidos na nova redação dada ao artigo 1º. A mencionada comissão aprovou o relatório e o substitutivo do relator em 25 de agosto de 1993. Foi aberto novo prazo para apresentação de emendas, mas em 24.09.1993 foi declarado o encerramento do prazo sem apresentação de emendas na referida comissão.

Assim, o projeto de lei substitutivo possuía no artigo 1º a seguinte redação:

Art. 1º - Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ao mercado de trabalho ou de permanência da relação de trabalho, qualquer que seja a natureza jurídica do vínculo, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou situação familiar.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o relator deputado Osvaldo Melo apresentou uma subemenda de nº 01/93, datada de 8 de outubro de 1993, visando substituir o artigo 1º do projeto aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público com a seguinte redação:

Art. 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 menor previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal.

Além da referida subemenda, o ilustre parlamentar ainda apresentou mais outras quatro subemendas. Em sessão de 2 de fevereiro de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça opinou pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com as subemendas apresentadas, do Projeto de Lei 229-A/91, dos Projetos de Lei 677/91 e 3.466/92, apensados, e do Substitutivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, nos termos do parecer do relator. O projeto foi encaminhado para a mesa em 22 de março de 1994 e aprovado pela mesa da Câmara dos Deputados, teve sua redação final aprovada em 26 de abril de 1994, mediante parecer substitutivo do relator deputado Nilson Gibson, constituindo-se no Projeto de Lei 229-C, de 1991, mantendo a redação do artigo 1º, tal qual se encontrava aprovado anteriormente⁷³⁵. Uma vez aprovado na Câmara dos Deputados, foi enviado ao Senado Federal em 25 de abril de 1994, onde tramitou normalmente sem emendas, com parecer favorável da senadora Marluce Pinto na Comissão de Assuntos Sociais, e aprovado no plenário daquela casa legislativa em 28 de março de 1995⁷³⁶. Aprovado o projeto de lei no Congresso Nacional, foi ele encaminhado à sanção presidencial, o que se deu em 13 de abril de 1995, sem qualquer veto.

2.5.2. Suas disposições e sua interpretação

O artigo 1º da Lei 9029/95 possui a seguinte redação:

Art. 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

⁷³⁵CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 11 maio 1994. p. 7431.

⁷³⁶SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/>>. Acesso em: 22 nov. 2004. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, Edição de 29 mar. 1995. p. 4159.

proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O artigo 1º inicialmente dispõe que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória ou limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Consagra, portanto, a adoção de um mecanismo proibitivo de atitudes discriminatórias. Quando menciona “*qualquer prática discriminatória*”, a norma deve ser interpretada no sentido de proibir qualquer ato discriminatório, o que leva à proibição da discriminação efetiva como a discriminação por efeito adverso. Assim, de acordo com as disposições do artigo 1º, qualquer ato discriminatório é proibido, seja de que natureza for.

A redação não foi feliz ao adotar caminhos muito complexos. Quando a referida lei estabelece que qualquer prática discriminatória é proibida, uma leitura isolada dessa proibição discriminatória poderia gerar confusão no sentido de proibir até mesmo as discriminações positivas. Na norma em questão, entretanto, a expressão “*prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção*” compreende somente aquelas que são prejudiciais a determinada pessoa ou grupo. Com efeito, foi utilizada a conjunção aditiva *e* para adicionar às práticas discriminatórias aquelas limitativas para efeito de acesso ou manutenção de relação de emprego, exigindo-se os dois requisitos acima referidos. Nesse caso, a previsão normativa de proibição é centrada na existência de uma distinção prejudicial que limita o exercício e o gozo de direitos de acesso e manutenção da relação empregatícia. Assim, em tese, não poderiam ser incluídas distinções que favoreçam determinada pessoa ou grupo como aquelas existentes nas *ações afirmativas*.

E não poderia ser diferente em face das disposições constitucionais vigentes, em especial com o artigo 3º da Carta Política, onde estão relacionados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como em todas as disposições constitucionais que prevêm práticas promocionais da pessoa humana mediante discriminações de cunho favorável às minorias, tal qual foi demonstrado no item 3.3.4. Melhor seria se a norma contivesse a proibição de discriminação, como sendo atitude desfavorável a determinada pessoa ou grupo em comparação com outros, mas adotasse uma expressa exceção daquelas medidas de distinção que visam alcançar a igualdade de

oportunidades de grupos historicamente desfavorecidos ou ações promocionais de minorias, para evitar qualquer interpretação mais restritiva e conservadora.

Assim, é possível entender que a norma em questão proíbe somente a discriminação prejudicial, ou seja, aquela limitativa de direitos de acesso e manutenção da relação de emprego. Porém, do detalhado exame do texto legal em testilha emerge uma questão crucial: Esta norma estaria tão-somente proibindo a discriminação na contratação e na dispensa de empregados, ou também estaria proibindo outras medidas discriminatórias durante a relação de emprego, ou mesmo após seu término? Infelizmente a lei em questão peca por algumas omissões.

No que concerne ao acesso, a norma visa constituir como discriminatória qualquer prática que tenha por fim limitar o acesso de determinado trabalhador a um emprego. Isto está bem claro, no caso de ser inserida na proibição qualquer prática que obste o normal acesso a determinado emprego, antes, portanto, da própria celebração do contrato de trabalho.

Porém, com relação à manutenção do emprego, não é encontrada a mesma clareza no sentido de que qualquer medida discriminatória praticada durante o curso do contrato de trabalho estaria proibida. Aparentemente, somente as práticas que levassem à dispensa de determinado empregado ou grupo de empregados por determinado motivo estariam incluídas na proteção jurídica. Assim, em uma visão superficial e isolada, estariam excluídas da proteção quaisquer práticas discriminatórias ocorridas, durante o contrato, que não levassem à dispensa da vítima, como, por exemplo, disparidade salarial por motivo de sexo.

Contudo, uma leitura mais aprofundada da lei 9.029/95 não permite adotar tal conclusão. Com efeito, quando se menciona a expressão “*ou sua manutenção*”, não pode ser compreendida tão somente a manutenção da relação em si, proibindo a sua extinção por dispensa discriminatória, mas a manutenção de todos os componentes e de todas as obrigações da relação empregatícia. A única interpretação que pode ser dada à expressão *ou sua manutenção* é no sentido de que qualquer prática discriminatória que venha a suprimir direitos ou vantagens conquistadas durante o contrato de trabalho está proibida.

Apesar da autora da proposta, deputada Jandira Feghali, explicar em sua justificativa de projeto que o objetivo deste seria garantir e assegurar à mulher o direito ao

trabalho⁷³⁷, a lei deverá estar em consonância com os princípios constitucionais vigentes, observando suas intenções.

O artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, afirma que é objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem os preconceitos ali motivados, e quaisquer formas de discriminação. Não poderia a lei ordinária, expressão legislativa do Estado, vir a contrariar esse objetivo constitucional, ao proibir a discriminação na dispensa, mas deixar de proibir a discriminação no curso do contrato de trabalho.

Seria também inconstitucional a estipulação de prática discriminatória que visasse suprimir determinado direito e vantagem trabalhista, sem justificção razoável e proporcional, pela quebra do mandamento geral de isonomia previsto no artigo 5º, o qual prescreve que todos os brasileiros são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Nele está inserido o princípio de não-discriminação, princípio constitucional e princípio do próprio direito do trabalho, como vertente negativa do mandamento de igualdade, logo não poderia a lei ordinária autorizar o que o texto constitucional não autoriza.

Por outro lado, temos, como princípio constitucional estabelecido no *caput* do artigo 7º da atual Carta, que os direitos trabalhistas visam à melhoria da condição social das pessoas. Logo, não poderia ser aceita qualquer distinção injustamente motivada, que viesse a prejudicar a condição social de um trabalhador ou um grupo de trabalhadores.

Uma interpretação legal correta não poderá desconsiderar os princípios constitucionais da não-discriminação e da melhoria da condição social dos trabalhadores. Assim, não há como ser interpretado o artigo 1º, entendendo que a proibição estaria somente limitada à proteção contra a dispensa discriminatória, mas sim contra qualquer atitude discriminatória no curso do contrato de trabalho.

7.2.5.3. Taxatividade dos motivos descritos

Uma questão importante que surge com a redação do artigo 1º se encontra na taxatividade dos motivos discriminatórios previstos na norma. Com efeito, são proibidas as práticas discriminatórias motivadas por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Dessa apresentação de motivos emerge uma questão: A norma somente proíbe a atitude discriminatória pelos motivos expressamente relacionados ou poderiam ser aceitos outros?

Como já foi visto no item 3.2.6.2., segundo Marc Bossuyt, a doutrina do direito internacional da pessoa humana tem consagrado o caráter indicativo da enumeração dos motivos, sendo que somente no caso da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotado um caráter limitativo como exceção à regra geral indicativa, por se tratar de um motivo excepcional em que as Nações Unidas se dedicaram a combater⁷³⁸. Por outro lado, a condição de enumeração aberta da Convenção 111 permite assumir um princípio de não limitação dos motivos da discriminação nas relações de trabalho.

Por fim, a norma constitucional do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, afirma claramente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem comum sem preconceitos ali estabelecidos, ou quaisquer outras formas de discriminação:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷³⁸BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 60.

Insta destacar no texto constitucional que as *outras formas de discriminação* se referem aos motivos, como complemento destes e a eles unidas pela conjunção aditiva *e*, não se tratando de modalidades de discriminação. Assim, as outras formas claramente se referem a outros motivos discriminatórios ali não previstos.

Dessa forma, não há como considerar que na ordem jurídica brasileira qualquer indicação de motivos para qualificação da discriminação seja taxativa, não permitindo a extensão a qualquer outro motivo. O mandamento constitucional é claro: a única interpretação que pode ser dada ao artigo 1º é que os motivos ali previstos são meramente indicativos, nunca taxativos, mormente quando o artigo 1º atinge motivos não previstos na norma constitucional como estado civil e situação familiar.

Diante do que foi verificado, fica muito claro que, até mesmo como princípio que rege as normas que tratam da discriminação, as enumerações de motivos nos diplomas antidiscriminatórios não são limitativas, mas tão-somente indicativas, salvo quando determinada norma pretender atacar uma motivação específica de discriminação. Portanto, é possível entender que o rol de motivos previstos no artigo 1º da Lei 9029/95 é meramente indicativo, aceitando outros motivos que aquele não previsto. As conseqüências desse entendimento são importantes, na medida em que discriminações por motivos não previstos expressamente no nosso ordenamento podem ser reguladas pela Lei 9029/95, excluindo-se aqueles motivos do âmbito criminal.

7.2.5.4. As penalidades previstas e sua efetividade no combate da discriminação

A penalidade prevista pelo projeto de lei da deputada Benedita da Silva foi o pagamento em dobro dos salários previstos no período de estabilidade provisória da gestante. Seu projeto não tratava exatamente de discriminação geral, mas discriminação para as gestantes com a exigência de exames médicos⁷³⁹.

Já o projeto da deputada Jandira Feghali foi mais abrangente e previu as seguintes penalidades: (1) imediata admissão ou readmissão da trabalhadora (somente

⁷³⁹CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 26 mar. 1991. p. 2513.

previa discriminações por sexo); (2) multa de 50 salários mínimos; (3) suspensão do funcionamento da empresa por trinta dias; (4) em caso de reincidência o empregador ficaria sujeito à detenção de seis meses a um ano⁷⁴⁰.

No projeto da deputada Maria Luiza Fontenele, a única previsão de penalidade seria a detenção de 2 a 4 anos e multa⁷⁴¹.

O substitutivo do relator da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, deputado Chico Vigilante, apresentou as seguintes penalidades⁷⁴²: (1) imediata readmissão quando caracterizada a dispensa discriminatória; (2) crime pela exigência de testes, indução de esterilização e controle de natalidade; (3) multa administrativa; (4) proibição de celebrar contratos ou convênios de qualquer espécie e suspensão daqueles já existentes com órgãos e entidades da administração pública; e (5) proibição de firmar contratos de empréstimo e financiamento com as entidades financeiras oficiais. Verifica-se, portanto, a supressão de penalidades na recusa da admissão discriminatória pelo substitutivo do ilustre deputado Chico Vigilante.

O projeto de lei recebeu as subemendas apresentadas pelo relator Deputado Osvaldo de Melo na Comissão de Constituição e Justiça, que veio por fixar as seguintes penalidades⁷⁴³: (1) reconhecimento de crime das práticas discriminatórias de exigência de testes, indução ou instigamento à esterilização genética e promoção de controle de natalidade; (2) multa administrativa; (3) proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais; (4) readmissão com ressarcimento integral das remunerações devidas; e (5) percepção em dobro dos vencimentos do período de afastamento.

A redação final a cargo do deputado Nilson Gibson, da Comissão de Constituição e Justiça, estabeleceu os mesmos mecanismos do texto aprovado com subemendas pelo deputado Osvaldo de Melo⁷⁴⁴.

A primeira penalidade prevista na norma sancionada é o reconhecimento, como crime, das práticas de exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração

⁷⁴⁰CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 16 maio 1991. p. 6402.

⁷⁴¹Id. Edição de 04 fev. 1993. p. 2784.

⁷⁴²Id. Edição de 04 set. 1993. p. 18.400.

⁷⁴³Id. Edição de 18 set. 1993. p. 19.946.

⁷⁴⁴Id. Edição de 11 maio 1994. p. 7431.

ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; ou a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; ou promoção do controle de natalidade. A penalidade é de detenção de 1 a 2 anos e multa, considerando-se como sujeitos ativos a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador e o dirigente de órgãos públicos e das entidades das administrações públicas direta, indireta e funcional de qualquer nível administrativo. Paralelamente à penalidade criminal, uma tradição firmada nas normas antidiscriminatórias no Brasil é a estipulação de multas administrativas.

Contudo, um dos mais interessantes mecanismos de combate à discriminação instituídos pela Lei 9029/95 foi a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais. Essa é uma medida de cunho indireto, mas de extrema eficácia se utilizada com rigor. Diante do alto custo do crédito no país em face das escorchantes taxas de juros historicamente praticadas, o crédito oficial é um grande atrativo para os empresários pelas suas taxas mais acessíveis e subsidiadas. Atitudes criativas como esta podem ser de grande eficácia na luta contra a discriminação, desde que respeitadas e efetivadas.

Há de se destacar, negativamente, que a medida de proibição de financiamento restou isolada no texto sancionado, pois a proibição de contratação e celebração de convênios com a Administração Pública foi retirado do texto final por iniciativa da subemenda nº 3/93 do relator deputado Oswaldo de Melo. Nessa subemenda, o ilustre relator justificou sua supressão alegando que a proibição de contratos e convênios e o cancelamento daqueles existentes, atendem ao comando do inciso XXI do artigo 37º da Constituição Federal de 1988. Contudo, entendeu o mencionado deputado em sua justificativa, que *“não cabe por outro lado, conceder elastério maior ao § 3º do artigo 195, que apenas se refere às pessoas em débito para com o sistema da seguridade social. Em conseqüência, fica prejudicado o parágrafo único do artigo 5º do Substitutivo, cuja manutenção, outrossim, implicaria em enriquecimento sem causa, vedado pelos princípios gerais de direito”*⁷⁴⁵.

Foi lamentável a propositura do ilustre deputado, posto que despiu o projeto de lei de um dos mais importantes mecanismos antidiscriminatórios já utilizados. É importante lembrar a *Executive Order* 11.246 do presidente Lyndon Johnson nos EUA, que

⁷⁴⁵Vide nota 744.

utilizou o mesmo remédio e consegue ganhos importantíssimos na luta contra a discriminação. Ela pode gerar uma grande preocupação entre os empresários em face da discriminação, desde que venha a ser efetivamente utilizada pelas autoridades judiciárias e administrativas, mediante a informação dos órgãos de crédito após a constatação de práticas discriminatórias.

No que tange à relação empregatícia, a Lei 9029/95 estabeleceu alguns mecanismos antidiscriminatórios, alguns deles com impropriedades técnicas. Foi profundamente lamentável a norma em questão deixar de prever qualquer medida efetiva em favor dos discriminados quando forem verificadas práticas discriminatórias ocorridas na admissão. Tal supressão ocorreu quando da apresentação do substitutivo do deputado Chico Vigilante, eis que o projeto de lei da deputada Jandira Feghali atentava para esse detalhe. Mas essa medida de proteção em favor dos discriminados foi suprimida sem qualquer justificativa no relatório do projeto substitutivo.

A questão pode ser tormentosa tendo em vista que, uma vez constatada a prática discriminatória na admissão, uma decisão judicial ou administrativa que viesse a determiná-la poderia prejudicar terceiros de boa-fé, ponto em que a doutrina e a jurisprudência norte-americana aceitam a indenização compensatória, como já foi visto no item 5.6.3. Entretanto, a omissão de qualquer previsão a respeito em favor do discriminado foi um grave descuido do legislador, que veio a transformar a proibição da discriminação do acesso ao emprego quase em letra morta, cabendo ao Judiciário trabalhista se socorrer das disposições do artigo 9º consolidado e estabelecer a nulidade da contratação que desfavoreça a vítima. Os únicos mecanismos previstos na discriminação no acesso ao emprego são a multa e a proibição de contratação de crédito oficial. O discriminado não teve qualquer remédio efetivo e mais incisivo, cabendo-lhe apenas a indenização civil pelos prejuízos sofridos, o que longe está de ser um remédio eficaz.

Na referida lei, somente há previsão de sanções antidiscriminatórias com relação às relações de emprego, quando é tratada a dispensa discriminatória. E nesta, não foi feliz o legislador em prever a *readmissão*, conforme item I do artigo 4º, com “*ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais*”. Readmissão significa o rompimento do contrato e a celebração de um novo pacto, o que, em tese, acolheria como eficaz a dispensa discriminatória, apenas havendo uma nova

ordem de admissão. Só que, ao prever o pagamento das remunerações devidas por todo o período de afastamento, a lei não reconhece a dispensa como ocorrida e mantém os efeitos do contrato de trabalho considerando a existência de uma mera interrupção. Houve, efetivamente, grave erro terminológico que seria solvido com a expressão *reintegração*, restando contraditória a expressão *readmissão* em face dos efeitos projetados pela norma. A expressão *reintegração* é de uso corrente no direito do trabalho pátrio com a obrigação do pagamento da remuneração do período de afastamento. Ela estabelece que a dispensa discriminatória foi nula, não produziu qualquer efeito jurídico, mantendo o contrato em plena vigência.

No inciso II do artigo 4º, a norma facultou ao empregado optar pela equivocada readmissão ou por uma indenização em dobro de toda a remuneração do período de afastamento, medida muito assemelhada às *liquidated damages* previstas pela lei de discriminação por idade nos EUA (ADEA), já expostas no item 5.6.3. Essa possibilidade de opção é interessante na medida em que o restabelecimento da relação empregatícia pode se afigurar desaconselhável por inúmeros motivos, situação pela qual é adequada a opção, pelo empregado discriminado, de qual sanção ele deseja que seja aplicada ao empregador.

7.2.5.5. Conclusões sobre a Lei 9029/95

A Lei 9029/95 longe está de ser uma norma ideal para combate à discriminação nas relações de trabalho. Às vésperas de completar dez anos de vigência, seus resultados são muito tímidos. Comparada com outras normas antidiscriminatórias nas relações de trabalho anteriormente analisadas, essa lei carece inicialmente de uma definição mais precisa quanto à discriminação, pelo fato de haver situações duvidosas de sua aplicabilidade, exigindo uma delicada interpretação de seus termos. Carece de remédios eficientes quando não é omissa em determinadas situações e ainda possui erros terminológicos graves que podem levar a interpretações desfavoráveis ao combate da discriminação.

Sua intenção foi das melhores porque partiu de três sinceros projetos de lei muito preocupados com a realidade social e uma sincera preocupação de combate do autor do substitutivo que as reuniu. Contudo, no transcorrer do trâmite legislativo, ela foi sendo completamente deformada, mais parecendo uma colcha de retalhos legislativa puída e completamente disforme. A análise da referida lei pede sua imediata substituição por uma lei que seja mais ousada, tecnicamente mais bem elaborada e que traduza as atuais preocupações contra a discriminação nas relações de trabalho, principalmente em tempos de crise do direito do trabalho e do emprego. Uma nova norma também deveria aproveitar o grande campo aberto pela Constituição Federal de 1988 para regular tais questões, sendo um inqualificável desperdício a existência de normas constitucionais tão potentes para o combate à discriminação que não são aproveitadas pelo legislador ordinário.

7.2.6. A Lei 9.799/99 e a discriminação por gênero sexual

Em 26 de maio de 1999 foi sancionada a Lei 9.799/1999⁷⁴⁶, que veio a alterar a Consolidação das Leis do Trabalho em uma série de disposições e regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho. A referida lei teve origem no Projeto 382/91⁷⁴⁷, da deputada Rita Camata, que teve um longo trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, tendo sido sancionado somente em 1999, com 4 artigos vetados pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso⁷⁴⁸.

A proposição inicial foi regulamentar o acesso da mulher ao emprego, positivando, em nível infra-constitucional, a disposição constitucional do artigo 7º, inciso XX, o qual trata da *proteção do mercado de trabalho da mulher*, norma esta que adveio de emenda apresentada pela própria deputada na Assembléia Nacional Constituinte, como ela assevera na justificativa de seu projeto de lei⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶BRASIL. Lei 9.799/1999. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=@docn&s3=%22009799%22&s4=1999&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbra s%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 06 set. 2004.

⁷⁴⁷CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 9 abr. 1991. p. 3311.

⁷⁴⁸BRASIL. Mensagem de Veto nº 673 de 26 de maio de 1999. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2004.

⁷⁴⁹CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, Edição de 9 abr. 1991. p. 3312.

Com o demorado trâmite, o projeto de lei deixou de ser uma norma autônoma, para ser uma alteração das disposições consolidadas sobre o trabalho da mulher, recebendo a numeração consolidada, bem como adicionou novos artigos ao texto consolidado que receberam a numeração original acrescidos de letras, em observância às regras estabelecidas pelo artigo 19, inciso II, do Decreto 2.954, de 29 de janeiro de 1999⁷⁵⁰, relativamente à confecção de diplomas legislativos.

Este diploma cria na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A, o qual veda uma série de práticas de contratação de empregadas, por possuírem evidentes efeitos discriminatórios nas mulheres:

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:

⁷⁵⁰BRASIL. Legislação. Decreto 2.954/99. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2004. Art. 19. *Os textos dos atos de que trata este Decreto deverão ser elaborados com observância dos seguintes princípios: II - caso necessário o acréscimo de dispositivos ao texto, conservar-se-á a forma do inciso anterior, seguidos de letras maiúsculas, observando-se os seguintes exemplos: "Art. 1º-A.", "Art. 15-B.", "Seção I-A", "Capítulo II-B";*

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.”

Este rol de práticas vedadas já existia no artigo 1º do referido projeto de lei, em seu artigo 1º, cujas disposições eram um tanto quanto diferentes do texto sancionado:

Art. 1º *É expressamente proibido, ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho:*

I- publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa de trabalhadores por motivo de seu sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

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

IV – vedar o acesso a quaisquer cursos de formação profissional em função do sexo, da cor, da idade ou da situação familiar;

V- exigir atestado ou exame, de qualquer natureza para comprovação de esterilidade ou gravidez, por ocasião da admissão ou retorno na licença gestante;

VI – vedar o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas ou na administração pública, em função do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez:

VI - revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias por parte de empregadores ou prepostos.

O texto final consagrou vários aspectos importantes a serem destacados. O primeiro deles é que a norma em questão se trata, efetivamente, de uma norma protetora contra a discriminação na admissão e no próprio contrato de trabalho. Ela atua em favor das mulheres, mas trata muito bem de outros motivos que possuem maior impacto sobre a mulher, tanto na contratação, como na execução do contrato e na dispensa. A referida norma também estabeleceu requisitos de necessidade do negócio, o que não havia sido previsto no projeto de lei original, como excludentes da qualificação de prática discriminatória, mediante a expressão “*salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir*”.

O legislador optou pela tipificação de várias práticas discriminatórias ao adotar simplesmente a discriminação, ou o tratamento diferenciado prejudicial em comparação a outrem. Tais situações, quando da sanção da lei, já eram reguladas pelas disposições previstas nas Convenções 111 da OIT e na Convenção para Erradicação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, das Nações Unidas, diplomas em plena vigência no território nacional.

Um ponto positivo a ser destacado é a expressa permissão de ações afirmativas, assim compreendidas pelo texto legal no parágrafo único do artigo 1º como as “*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*”. Essa política estabelecida pelo diploma em questão vem resgatar, em parte, as disposições constitucionais de igualdade substancial entre os sexos, com a criação de desigualdades para a obtenção de uma igualdade de oportunidades nos resultados.

Uma interessante política adotada por essa Lei 9.799/99 visa aproximar-se do conceito de *transversalidade* estabelecido pela União Européia. Tal política advoga a associação com entidades de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando ao incentivo ao trabalho da mulher. Tal associação é um ponto importantíssimo da norma em questão, por fomentar um diálogo social e uma melhor consciência dos problemas enfrentados pela mulher no trabalho, servindo-se da troca de informações e aprimoramento social no combate a essa modalidade de discriminação.

Por fim, no que tange à mulher grávida, são previstas algumas disposições de garantia de condições de trabalho durante o período de gravidez e de condições para uma gestação mais saudável.

A Lei 9.799/99, apesar de suas boas e louváveis intenções, está longe de atingir completamente os pontos necessários para combater a discriminação. Entre outras omissões, ela poderia definir a discriminação contra a mulher de modo mais preciso e claro, inclusive prevendo expressamente a discriminação por efeito adverso, da qual as mulheres são as maiores vítimas. Contudo, várias disposições contidas na referida lei são extremamente elogiáveis, desde que efetivamente implementadas e exercitadas pela sociedade, podendo atingir bons efeitos contra a discriminação sistematicamente praticada contra as mulheres no trabalho. Elas, sem sombra de dúvidas, são as que mais sofrem discriminação na contratação, durante o contrato, estão mais expostas ao desemprego, a menores salários, possuem funções inferiores e menor possibilidade de ascensão funcional, além de estarem mais sujeitas ao assédio e ao assédio sexual.

7.3. A discriminação nas relações de trabalho vista pelo Poder Judiciário no Brasil

Este tópico pretende apresentar alguns aspectos envolvendo as questões que tratam da discriminação nas relações de trabalho no Brasil. Para tanto foi feita uma divisão deste item em quatro subtópicos: os dois primeiros visam analisar a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal e na Justiça do Trabalho, relativamente a temas de discriminação; os dois últimos tratarão de mecanismos processuais antidiscriminação muito interessantes e eficientes, com peculiar relevância no direito processual brasileiro.

7.3.1. Jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1998 reservou ao Supremo Tribunal Federal, nas várias alíneas do seu artigo 102, a competência originária para diversas modalidades de ações

constitucionais e, também, a competência recursal para decisões sobre matérias que envolvam a interpretação do texto constitucional. Logo, suas decisões, após o advento da Carta de 1988, somente podem envolver a interpretação de normas constitucionais.

Em termos de relação de trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado uma interessante jurisprudência que traz importantes considerações sobre discriminação. Essa jurisprudência também torna possível a compreensão de alguns aspectos desta grave ofensa aos direitos humanos: a discriminação no trabalho. Várias características peculiares de fenômenos discriminatórios foram destacados pela Corte, que não demonstra interesse em consagrar importantes teorias sobre a discriminação, apesar de sua adoção implícita.

É possível iniciar esta breve visita à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal observando uma atitude discriminatória questionada em uma reclamação trabalhista movida contra uma empresa aérea francesa, a qual não aplicava aos trabalhadores brasileiros os seus estatutos de pessoal da sua matriz, mas somente aos trabalhadores de nacionalidade francesa. Os termos da ementa da decisão são os seguintes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. RE 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 29/10/1996. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA-19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756⁷⁵¹

⁷⁵¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004.

A decisão em questão confirma uma importante motivação discriminatória que foi a distinção praticada nas relações de trabalho por motivo de nacionalidade do trabalhador. A prática discriminatória determinava a quem destinava os benefícios do regulamento da empresa sediada na França. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi bem clara, já que “*discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional*”. Assim, entendeu a Corte ao considerar inconstitucional o ato discriminatório, pois não importa o motivo, desde que ele não seja um atributo, qualidade e nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo. A referida decisão afirmou uma série de motivos e terminou a seqüência utilizando a expressão *etc.*, que vem do latim *et cetera* e significa “*as demais coisas*”⁷⁵². Por conseguinte, verifica-se que a utilização da expressão deixa completamente em aberto a enumeração dos motivos, indicando que ela não é taxativa, porém meramente exemplificativa.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que merece destaque é a limitação de idade na inscrição em concurso público, decisão esta que foi considerada inconstitucional por quebra dos preceitos de isonomia geral do artigo 5º, *caput*, bem como da proibição de diferenciação nas relações de emprego prevista no artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988⁷⁵³. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal:

“Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5. e 7., XXX): segurança concedida. A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7., XXX) e corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5., "caput"), que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, par. 11), a todo o sistema do pessoal civil. É 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

⁷⁵²DICIONÁRIO Aurélio. Versão em CD-Rom, Séc. XXI, Versão 3.0, nov. de 1999, verbete *etc.*

⁷⁵³BRASIL. *Constituição Federal de 1988. Presidência da República.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004. XXX - *proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;*

discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.”

RMS 21046 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 14/12/1990 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ 14-11-91 PP-16356 EMENT VOL-01642-01 PP-00063 RTJ VOL-00135-02 PP-00528⁷⁵⁴

No caso em tela, verifica-se que a Corte se preocupou em reconhecer a inconstitucionalidade da proibição da inscrição de determinado candidato por motivo de idade, desde que a “*limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher*”. Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal também reconhece que a razoabilidade da distinção deve ser considerada com base na necessidade das atividades, havendo a possibilidade de qualificação ocupacional ser uma exceção para a proibição da discriminação.

Por fim, a mais interessante decisão a ser analisada foi aquela proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade apresentada contra uma disposição constitucional do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, a qual instituiu um teto de R\$ 1.200,00 para os benefícios previdenciários, inclusive para o salário maternidade a ser pago pela Previdência Social, ficando o restante a cargo do empregador. A ementa da decisão se encontra apresentada nos seguintes termos:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e

⁷⁵⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004.

vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.

ADI 1946 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123⁷⁵⁵

⁷⁵⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004.

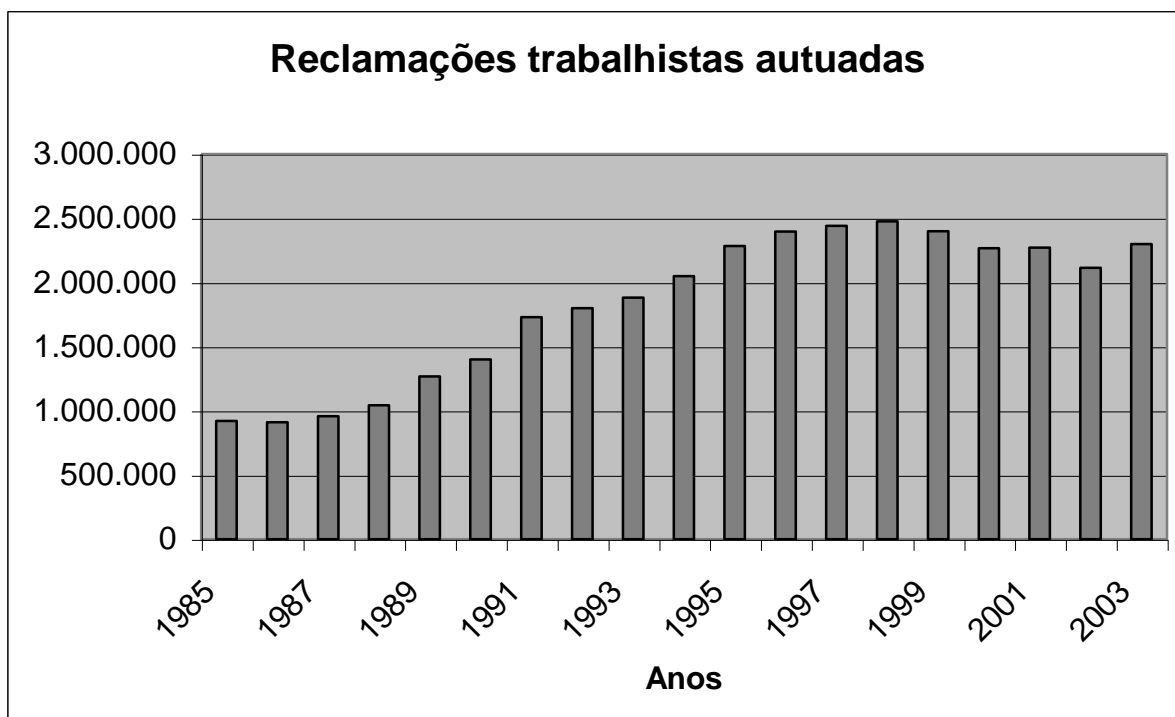
Ao proferir essa decisão em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade de votos, a discriminação por efeito adverso apresentada no item 3.2.7. Com efeito, a decisão anteriormente mencionada veio a entender que, onerado o empregador para suportar a diferença do valor que ultrapassasse o teto previsto no artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, já que o benefício deve ser cumprido na forma da previsão constitucional, incorreria em fomento à discriminação feminina que tanto a Constituição Federal de 1988 buscou eliminar. Tal situação contrariava o entendimento firmado desde 1932, e mais proximamente desde 1974, de que o benefício do salário maternidade não era encargo trabalhista, porém benefício previdenciário. Além disso, a previsão constitucional derivada da emenda estaria por exigir dos empregadores que nenhuma mulher fosse contratada com salário superior ao teto ali estabelecido. A medida constitucional, que é neutra na sua apresentação inicial, teria perversos efeitos futuramente, o que violaria o princípio da não-discriminação entre homens e mulheres, impondo às últimas menos oportunidades de acesso ao emprego. Por tal motivo, a Corte entendeu em não aplicar o teto ao salário maternidade, em atendimento às disposições do artigo 7º, inciso XVIII, da Carta Política.

Assim, é possível concluir que muitas formas de discriminação são consideradas inconstitucionais pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. A única crítica a ser feita é a falta de reconhecimento de importantes teorias sobre a discriminação nas suas decisões para melhor ilustrar suas pretensões e o seu verdadeiro alcance.

7.3.2. A jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho

Infelizmente, poucas reclamações trabalhistas que envolvam discriminação nas relações de emprego são ajuizadas na Justiça do Trabalho brasileira. Muitos fatores contribuem para isso, entre eles, o pouco conhecimento sobre o assunto por parte das vítimas, o medo de exposição pública de uma situação de discriminação, as dificuldades processuais enfrentadas pela vítima de discriminação, pouca intimidade dos operadores do direito com este assunto, entre outros.

A vinda de questões discriminatórias para a Justiça do Trabalho somente tomou corpo após a promulgação da Constituição de 1988 que, de um modo geral, aumentou significativamente o número geral de lides trabalhistas, conforme dados fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho⁷⁵⁶. É possível observar que, antes de 1988, havia uma situação estabilizada apenas com um pequeno aumento, sempre em torno de 800.000 a 900.000 processos por ano. Em 1989 este número passa a marca de um milhão, em 1995 atinge a marca de 2 milhões, para atingir um pico de quase dois milhões e meio em 1999. O gráfico abaixo demonstra muito bem a evolução do crescimento pela procura da Justiça do Trabalho no Brasil.



Portanto, podemos fixar claramente dois períodos de movimentação processual na Justiça do Trabalho: O período anterior a 1988 e o posterior à promulgação da atual Constituição. Igualmente, para trato das reclamações trabalhistas envolvendo discriminação, a distinção se aplica não somente pelo acréscimo do número de processos, mas também pelo trato jurídico dado pela atual Constituição em relação à discriminação.

⁷⁵⁶TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Estatística – Justiça do Trabalho, recebidos e solucionados desde 1941. *Movimento de processos de 1941 a 2004*. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004

Como já foi demonstrado no item 2.6., a Constituição Federal de 1988 deu outros contornos ao trato da igualdade e da não-discriminação, traduzindo-se em uma norma muito mais abrangente e combativa que o texto constitucional anteriormente vigente, promulgada durante os governos militares.

No período anterior a 1988 é possível verificar a quase inexistência de lides envolvendo discriminação nas relações de trabalho. Uma consulta jurisprudencial sobre esse período aponta que, em várias decisões do Tribunal Superior do Trabalho, era comum classificar a ausência de trato isonômico de determinada situação laboral como discriminação. Esse entendimento, como já foi demonstrado no item 3.2.6.2., não pode ser aceito pois a ausência de isonomia não necessariamente implica discriminação, mas uma distinção arbitrária sem qualquer motivação razoável.

“Enquadramento. Estando em vigor o regulamento da empresa, sua aplicação se impõe, não se admitindo arbitrariedade ou a arbitrária discriminação entre empregados que estejam nas mesmas condições. Nesses casos, o princípio da isonomia tem valor preponderante, que não pode deixar de ser reconhecido. Embargos conhecidos e acolhidos no aspecto meritório.” Tribunal Superior do Trabalho, Ac. 4598 de 23 11 1989, Proc. E-RR 119/1985, Seção Especializada em Dissídios Individuais, DJ de 15 06 1990, p. 05533, Relator Ministro Barata Silva. (pela numeração 119/85, foi processo ajuizado antes de 1985 em primeiro grau)

Mais adiante, esse equívoco no que diz respeito a confusão entre discriminação e distinção arbitrária é parcialmente solvido com uma posição daquele Tribunal, entendendo que a prática de um aumento salarial geral não realizada em face de determinados vigilantes seria uma quebra de isonomia, ainda que a ementa tenha utilizado a expressão discriminação:

“Aumento salarial. Discriminação dos vigilantes. Princípio da isonomia. Concedendo o empregador aumento salarial geral aos seus empregados, não pode excluir discricionariamente determinados trabalhadores, sob pena de atentar contra o princípio constitucional de isonomia. Revista conhecida e desprovida.” Tribunal Superior do Trabalho, Ac. 1886 de 05.05.1994, Proc. RR-

37424/1991, 3ª turma, DJ 02 09 1994, p. 22888, Relator Ministro Francisco Fausto.

Questões discriminatórias reais e diretas, ou mesmo por efeito adverso, não costumavam ser apreciadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Somente em 1995 esta Corte veio a decidir uma questão de discriminação racial explícita, que até então, na sua história, jamais havia ocorrido. E foi uma decisão rumorosa.

Vicente Francisco do Espírito Santo, um funcionário negro da empresa Eletrosul Centrais Elétricas S/A, subsidiária da Eletrobrás, uma sociedade de economia mista federal, trabalhou por dezessete anos na empresa. Em 1992 ele foi demitido junto com um grupo de empregados, por força de uma reforma administrativa empreendida pelo Governo Federal. As dispensas foram efetivadas como dispensas imotivadas, contudo, no caso do Sr. Vicente, o seu chefe lhe disse que com sua demissão estava aproveitando aquela oportunidade para “branquear o departamento”⁷⁵⁷.

O Sr. Vicente não aceitou a dispensa e procurou a presidência da empresa mediante uma carta que, segundo as próprias palavras da vítima, explicam a situação pela qual passou⁷⁵⁸:

“A minha expectativa é que feita a denúncia, enviada à carta ao Amílcar Gazaniga, que na época era o presidente da empresa, ele fosse realmente tomar uma atitude de cidadão. Na verdade ele nomeou uma comissão de sindicância. Esta sindicância colheu diversos depoimentos. Um destes depoimentos foi justamente o do Vaner Palmer de Oliveira em que ele diz textualmente que usou realmente a frase, no entanto o tom foi de brincadeira. Nisto mais contatos foram feitos. E por que não dizer? Contatos políticos também. E dentre estes contatos políticos, um político de Florianópolis, que não vou citar o nome, interceptou uma correspondência de Amílcar Gazaniga para um senador amigo dele. E esta correspondência faz parte do relatório de sindicância, sendo que este relatório de sindicância eu não recebi a não ser muito depois quando ele fez parte do inquérito policial na OAB. Vivendo a expectativa de que Amílcar Gazaniga, constatado o fato, fosse anular

⁷⁵⁷REVISTA ISTO É, 16 out. 1996. Disponível em: <www.terra.com.br/istoe/semana/141123j.htm>. Acesso em: 26 nov. 2004.

⁷⁵⁸NÚCLEO DOS ESTUDOS NEGROS. *Dossiê*. Disponível em: <<http://www.nen.org.br/dossie.doc>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

a minha demissão, eu ainda apesar de fragmentado, tinha esperança de que se juntassem todos os caquinhos e eu fosse recomposto. Não. O Amílcar Gazaniga simplesmente ratificou a minha demissão. E ao ratificar a minha demissão através de carta, eu fiquei muito chateado.

Somente é possível imaginar a situação pela qual o Sr. Vicente passou estando próximo dela. Ele procurou todos os meios jurídicos possíveis para reverter a situação, mas a representação criminal ajuizada pelo Ministério Público Estadual foi arquivada. O Sr. Vicente não aceitou a dispensa e se recusou a receber as verbas rescisórias devidas. A empresa ingressou com uma ação consignatória contra o Sr. Vicente, que, por sua vez, contra-atacou com uma reconvenção postulando a reintegração. Em sua defesa contra a reconvenção, a empresa não negou o fato alegado para a dispensa, apenas reconheceu que foi uma brincadeira do chefe da vítima.

Em primeiro grau a ação não foi instruída, foi encerrada a instrução pela presidência do feito e julgada a reclamação como improcedente, afirmando a respectiva decisão que, se acolhesse o pedido do Sr. Vicente, estaria cometendo um racismo às avessas. O Sr. Vicente recorreu e o processo foi anulado, sendo determinada a colheita de provas. Esta foi feita na Vara do Trabalho mediante pressão de vários lados e assistida por muitos interessados⁷⁵⁹. Segundo esse interessante relato prestado pelo advogado do Sr. Vicente em audiência pública, a sentença do juiz Alexandre Luiz Ramos entendeu pelo julgamento da procedência do pedido, anulando a dispensa e condenando a empresa a proceder à reintegração imediata do Sr. Vicente, merecendo destaque uma passagem, *verbis*:

"...ainda que o reconvinde não integrasse a administração pública indireta, ainda que não houvesse qualquer restrição de dispensa nas empresas estatais, como há, ainda assim o direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados não poderia ter motivação racista. Se o racismo é crime inafiançável e imprescritível, considerado hediondo, punido pelo ordenamento

⁷⁵⁹PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Biblioteca*. Coletânea. Audiência Pública da Comissão de Educação, Cultura e Desporto da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, realizada em 19.11.2002, Disponível em: <<http://www.prsc.mpf.gov.br/servicos/biblioteca/coletaneas/audiencia19112002.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2004. p. 47.

jurídico, criminoso seria considerar tal motivo como válido para legitimar uma rescisão contratual”⁷⁶⁰.

A decisão de 1º grau reconheceu a prática discriminatória e determinou a reintegração imediata do Sr. Vicente, independentemente da existência de recurso por parte da empresa. Teve início a maratona de recursos interpostos pela empresa vencida. Ela apresentou dois recursos, um recurso ordinário contra a decisão de 1º grau e um mandado de segurança contra a imediata reintegração, mesmo sem o trânsito em julgado da reclamação-reconvenção. A decisão de 1º grau foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região no apelo ordinário, assim como a decisão reintegratória, merecendo destaque um excerto do voto condutor da lavra do juiz Antonio Carlos Faccioli Chedid:

“...além disso, ou seja, do dever de motivação do ato administrativo, no caso, o motivo que os autos revelam violenta os mais mezesinhos princípios de dignidade do homem, consistente - os autos não autorizam a conclusão de que se trate de política empresarial - na prática do racismo, com despedida discriminatória, conforme apregoou o postulante desde sua primeira participação nos autos”⁷⁶¹.

A empresa apresentou um recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho contra a decisão proferida no mandado de segurança que confirmou o ato de reintegração impugnado, decisão esta que mantinha a reintegração imediata, contrariando a jurisprudência dominante daquele tribunal na época. Segundo Leon Frejda Szklarowsky, o relator designado, Ministro Valdir Righetto, ofertou verdadeira aula de civismo ao corroborar a sentença da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de São José, no Estado de Santa Catarina, que contou com o enriquecimento, pelo Tribunal da 12ª Região, de lúcida e significativa manifestação⁷⁶². A decisão do processo RO-MS 208.556/95, proferida em 07.10.1996, confirmou a decisão de 1º grau de reintegração imediata, tornando-se a primeira decisão do Tribunal Superior do Trabalho a reconhecer a existência de discriminação racial, por maioria de cinco votos a um. A decisão teve imediata repercussão

⁷⁶⁰SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de Racismo. 1998. Universidade de Franca. Laboratório de assessoria administrativa e jurídica. Disponível em: <www.unifran.br/daltro/site/juridico/textos/CrimesDeRacismo.doc>. Acesso em: 26 nov. 2004.

⁷⁶¹NÚCLEO DOS ESTUDOS NEGROS. *Dossiê*. Disponível em: <<http://www.nen.org.br/dossie.doc>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

⁷⁶²Id. Ibid.

nacional, eis que já vinha sendo acompanhada pelos meios de comunicação nacionais, inclusive ensejando uma matéria de capa do jornal francês *Le Monde*, o qual afirmou que, naquele momento, caía o mito da democracia racial no Brasil, narrando esse histórico julgamento⁷⁶³.

Algumas ponderações devem ser feitas sobre essa decisão. Em primeiro lugar, tratou-se de uma situação de discriminação direta. Supondo-se que tivesse ocorrido o comentário em tom jocoso, a expressão do chefe do Sr. Vicente foi infeliz e preconceituosa. Insta também lembrar que a decisão de 1º grau referendada pelas cortes superiores foi proferida antes da sanção da Lei 9029/95, que vem exatamente a determinar a readmissão ou indenização optativa, no seu artigo 4º, em caso de dispensa discriminatória. Portanto, trata-se de um caso ímpar, que deve ocorrer com muita frequência pelo país afora, mas a obstinação do Sr. Vicente fez que seu sofrimento fosse traduzido em uma importante manifestação do direito do trabalho contra o racismo e sendo uma segura fonte para que outros casos não viessem a ser julgados com indiferença. A importância da decisão reside no fato de que o racismo passava a ser reconhecido por uma decisão de um tribunal superior, como motivo proibido para uma dispensa, merecendo reintegração imediata, diante de sua gravidade.

Daí em diante, é possível afirmar que a jurisprudência passou a reconhecer situações discriminatórias com maior frequência. Insta exhibir uma decisão proferida mais recentemente, de lavra do Ministro Ronaldo José Lopes Leal, que julgou nula uma dispensa discriminatória, merecendo destaque a fundamentação da respectiva ementa:

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO EMPREGO - REINTEGRAÇÃO. Embora o TRT tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolvem o tema, deve ser invocada a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. Também

⁷⁶³PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA, op. cit., p. 50.

como fundamento, deve ser registrado que o ordenamento jurídico pátrio, desde as constituições anteriores, repudia o tratamento discriminatório, seja pelos motivos, dentre outros, de raça, cor e religião. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos arts. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, "caput" e incisos XLI e XLII, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, 8º e 9º da CLT e 1521, inciso III, do Código Civil e das Convenções nºs 111/58 e 117/62 da OIT. Recurso conhecido e provido. Tribunal Superior do Trabalho em 12 12 2001, Processo RR 381531/1997, 3ª Região, 1ª Turma, DJ de 15-02-2002⁷⁶⁴.

Neste caso é interessante ponderar que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho vem a contrariar a apreciação da prova feita pelo Regional em questão, o que é muito raro ocorrer. Uma das questões que mais tem exigida a consideração de dispensa arbitrária é o fato de o dispensado ser portador do vírus HIV da SIDA/AIDS, havendo jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que, ainda que não haja previsão legal, a dispensa do portador do vírus é presumida como arbitrária e discriminatória, conforme a decisão ora transcrita.

EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o "caput" do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. Tribunal Superior do Trabalho, Proc. RR 726101, de 26 11 2003, 2ª Região, 5ª Turma, DJ 06-02-2004, MINISTRO RIDER NOGUEIRA DE BRITO.

⁷⁶⁴TRABALHO EM REVISTA, ano 20, n.238, p. 42, maio 2002.

Os casos por discriminação contra portadores do vírus HIV têm sido os mais frequentes perante a Justiça do Trabalho, não obstante haver algumas posições em contrário, tem sido comum o reconhecimento das dispensas questionadas como discriminatórias. Outros motivos vem tomando campo nos conflitos individuais trabalhistas, mas um deles, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, chama a atenção pela inusitada situação envolvida.

RECURSO DE REVISTA. BOLSA-ESCOLA. SUPRESSÃO. Não viola o art. 461 da CLT decisão que considera discriminação odiosa e contrária ao princípio constitucional do direito de ação norma interna da empresa que prevê a cessação do pagamento de bolsa-escola, caso o empregado ajuíze reclamação trabalhista contra ela. Revista não conhecida. Tribunal Superior do Trabalho em 04 06 2003, Proc. RR 451592/1998, 1ª Região, 1ª Turma, DJ de 20-06-2003. RELATORA JUÍZA CONVOCADA MARIA DE ASSIS CALSING⁷⁶⁵

Uma das mais preocupantes situações de discriminação são aquelas motivadas pela idade. Práticas empresariais nefastas são comuns em restringir a oferta de empregos a trabalhadores com determinada idade. Nesse sentido, uma recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho coíbe tal prática com energia, nos seguintes termos:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO.

Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do "poder potestativo", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite

⁷⁶⁵TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2004.

que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no "caput" do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema. Tribunal Superior do Trabalho, em 10.09.2003, Proc. RR 462888/1998, 09ª Região, QUINTA TURMA, DJ 26-09-2003, RELATOR JUIZ CONVOCADO ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA⁷⁶⁶.

Assim, extrai-se da diminuta jurisprudência encontrada sobre a matéria em comparação com o excessivo número de reclamações trabalhistas e os dados verificados da discriminação do negro e da mulher no país exibidos no início deste capítulo que a discriminação tem sido pouco tratada nas cortes trabalhistas. A jurisprudência trabalhista é pequena mas, em geral, de boa qualidade, com uma percepção especial de situações pessoais dramáticas.

A experiência deste autor como juiz do trabalho por mais de oito anos revela o enfrentamento de somente duas causas envolvendo discriminação em toda sua carreira: uma delas ainda mal compreendida pelo próprio autor como uma questão administrativa de ausência de motivação. A constatação dessas discriminações demonstra como é pequena a apreciação do Poder Judiciário especializado sobre um importante assunto como esse. Muitas vezes, quando apresentadas tais questões, sofrem enormes dificuldades para serem

⁷⁶⁶TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2004.

provadas em juízo, em razão de um anacrônico sistema processual existente, que facilita muito mais a atuação do poder econômico, mas não é voltada para a defesa de direitos fundamentais. É o que será tratado a seguir.

7.3.3. A intervenção do Ministério Público do Trabalho, os inquéritos, as ações civis públicas e os termos de ajuste de conduta

Um relevante e potente instrumento para defesa dos cidadãos contra atos discriminatórios tem sido o aforamento de ações coletivas, assim consideradas as ações civis públicas e as ações civis coletivas na Justiça do Trabalho contra atitudes discriminatórias, merecendo destaque a participação do Ministério Público do Trabalho na realização da igualdade substancial. Marcus Gonçalves Correia Orione menciona que em uma sociedade de massas, a tendência é tratar o indivíduo em termos uniformes quando há uma massificação de destinatários da norma⁷⁶⁷. E sustenta o referido autor que tais ações são benéficas para obter uma maior eficiência da prestação da tutela jurisdicional, sendo um fator preventivo em relação a futuros dissídios de natureza individual⁷⁶⁸.

Como pode ser visto no subtópico 7.3.2., as estatísticas revelam um número assustador de reclamações apresentadas na Justiça do Trabalho, atualmente na faixa de dois milhões e trezentas mil reclamações aforadas a cada ano nas 1.140 Varas do Trabalho existentes no país, havendo, em média, cerca de 2 mil reclamações ajuizadas por Vara no país todo, a cada ano, sendo retomado o crescimento de reclamações a partir de 2003. Há uma completa distorção do sistema de relações trabalhistas no Brasil que encaminha ao Judiciário especializado qualquer conflito, em sua enorme maioria após a dissolução da relação.

Diante dessa avalanche de reclamações sem perspectivas de solução a médio prazo, a atuação do Ministério Público do Trabalho em favor do cumprimento das normas trabalhistas tem sido muito profícua, e somente não é ampliada em face das limitações estruturais daquele órgão.

⁷⁶⁷ORIONE, Marcus Gonçalves Correia. *As ações coletivas e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

⁷⁶⁸Id. Ibid.

Essa atuação do Ministério Público do Trabalho pode ser muito útil no combate à discriminação e as medidas tomadas por esse órgão com esse objetivo tem sido bastante satisfatórias. A possibilidade de o Ministério Público do Trabalho atuar na defesa de direitos metaindividuais, assim considerados aqueles sem titularidade identificável de plano, reflexos dos conflitos de massa e ameaça ao gênero humano, pode atuar em favor da manutenção das garantias de livre acesso e plena equivalência de oportunidade aos empregos e à ascensão funcional. A previsão constitucional do artigo 129, inciso III, é clara nesse sentido⁷⁶⁹, com a possibilidade do inquérito civil, e o ajuizamento da ação civil pública. Esta autorização para ajuizamento de ações civis públicas é amparada pelo inciso III, do artigo 83 da Lei Orgânica do Ministério Público da União⁷⁷⁰, e do artigo 2º da Lei 7.853/89, que autoriza o ingresso de ações civis públicas nos mencionados casos⁷⁷¹.

Segundo Raimundo Simão de Melo, seriam direitos transindividuais ou metaindividuais aqueles que: (a) transcendem a esfera privada do indivíduo, uma vez que são direitos de todos os cidadãos dispersamente considerados na coletividade, onde a satisfação de um implica na satisfação de todos, daí indivisíveis; (b) seu objeto é indivisível e não permite fragmentação, são direitos de todos exercendo-os de uma só vez; (c) os sujeitos podem ser indetermináveis nos interesses e direitos difusos como pessoas dispersas na sociedade ou determináveis nos direitos coletivos, em ambos os casos unidos por determinada circunstância de fato⁷⁷².

Esses direitos e interesses podem ser divididos em difusos, coletivos e individuais, dependendo da sua possibilidade de determinação dos abrangidos e da natureza da ação civil pública correlata. É interessante transcrever o quadro feito por Lotiana Nacur Lorentz, em um interessante trabalho sobre a discriminação no trabalho⁷⁷³, promovendo a seguinte classificação:

⁷⁶⁹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 129, I. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004. Art. 129. *São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*;

⁷⁷⁰BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

⁷⁷¹BRASIL. Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989. Art. 3º. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

⁷⁷²MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 30.

⁷⁷³LORENTZ, Lotiana Nacur. op. cit., p. 528.

Direitos/interesses	Natureza da ação correlata	Possibilidade de determinação	Lesão-exemplos
Difuso Art. 81, I, da Lei 8.078/90	Transindividuais e Indivisíveis. Ação Civil Pública	Não há como proceder a determinação dos sujeitos. Titulares indeterminados	desrespeito a cotas de reserva de vagas a concursos a portadores de deficiência
Coletivo Art. 81, II da Lei 8.078/90	Transindividual e Indivisível Ação Civil Pública	Há possibilidade de determinação dos sujeitos. Titulares determináveis	Meio-ambiente do trabalho
Individual Homogêneo Art. 81, III da Lei 8.078/90	Divisível Ação Civil Coletiva	Titulares determinados de plano	Redução salarial para um grupo de empregados,

A atuação do Ministério Público do Trabalho contra a discriminação já vem sendo realizada com bons resultados em determinadas situações, principalmente naquelas em que o Poder Público vem se demonstrando ineficiente para fiscalização do cumprimento de determinadas imposições legislativas contra a discriminação. Uma delas em especial é o cumprimento do artigo 93 da Lei 8.213/91 e do Decreto 3.298/99, relativamente à reserva de mercado, através de quotas em percentuais que variam de 2 a 5% de trabalhadores com porte de deficiência ou beneficiários reabilitados.

Os inquéritos realizados pelo Ministério Público do Trabalho suprem grande deficiência das partes em juízo em casos de discriminação, pois com as prerrogativas que seus integrantes possuem, podem constituir um importante corpo probatório suficiente a levar em juízo uma comprovação mais segura de práticas discriminatórias, principalmente

aquelas por efeito adverso. Antes da proposição de ações judiciais, poderá o Ministério Público do Trabalho firmar termos de ajuste de conduta previstos no § 6º do artigo 5º, da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, introduzido pela Lei 8.078/90⁷⁷⁴, os quais poderão determinar a reversão de práticas discriminatórias perversas, a efetivação de ações afirmativas, além de outras medidas que forem necessárias para eliminar práticas discriminatórias. Sandro Nahmias Melo afirma que esta prática de firmar termos de ajuste de conduta visa evitar a discussão em juízo, em face da demora do procedimento outorgar um título executivo muito mais adiante, ao passo que o ajuste de conduta permite a confecção de um título executivo muito mais rapidamente⁷⁷⁵, diante da força de título executivo extra-judicial executável na Justiça do Trabalho a teor do artigo 876 consolidado, com redação dada pela Lei 9.958 de 12 de janeiro de 2000⁷⁷⁶. Essa possibilidade de negociação direta possibilita uma maior eficácia da medida antidiscriminatória, afinal, se trata de compromisso assumido pelo próprio empregador, ciente do que pode realizar, e de maior aceitação.

Como bem frisam Elisa Maria Brant de Carvalho e Malta e Vera Lúcia Carlos, o desempenho do Ministério Público do Trabalho é fundamental nas situações de discriminação, *“para que se assegurem constitucionalmente os direitos sociais aos trabalhadores em prol da correta observância da lei e do interesse público, servindo como elo de solidariedade no desenvolvimento e manutenção do nosso regime democrático e da ordem jurídica”*⁷⁷⁷.

7.3.4. A questão do ônus da prova

A questão do ônus da prova dos fatos alegados em processos envolvendo discriminação merece singular relevância, na medida em que empecilhos processuais podem ser, decisivamente, inibidores de apresentações de questões dessa natureza em juízo. Já foi visto, nos itens 5.6.4. e 6.2., que o ônus da prova é invertido em questões

⁷⁷⁴BRASIL. Lei 7347/85, art. 5º, § 6º. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004. § 6º *Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).*

⁷⁷⁵MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2004. p. 168.

⁷⁷⁶BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, cit., p. 274.

⁷⁷⁷MALTA, Elisa Maria Brant de Carvalho; CARLOS, Vera Lúcia. op. cit., p. 85.

discriminatórias, cabendo ao empregador demandado o fardo de provar que não agiu de forma discriminatória ou que possua motivos relevantes e razoáveis para isso, quando o empregado produzir prova inicial de atitude discriminatória.

José Carlos Barbosa Moreira comenta com muita propriedade que são três as perspectivas de igualdade em uma relação processual: (1) a igualdade de riscos como sendo a perspectiva de ambas as partes vencerem o litígio; (2) a igualdade de oportunidades no processo que seria assegurar o poder da parte influir igualmente na marcha e no resultado do pleito; e (3) a igualdade de tratamento onde a conformação do procedimento não fique ao arbítrio do juiz, mas que se ajuste ao modelo previamente instituído pela lei para os processos em geral⁷⁷⁸.

No Brasil, não há qualquer previsão legal processual neste sentido. As regras de ônus da prova são definidas pelo artigo 818 consolidado⁷⁷⁹, que diz que incumbe à parte provar o que alega. Por seu turno, o artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece que ao autor cabe a prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor⁷⁸⁰. O Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária no processo do trabalho, a teor do artigo 769 consolidado mas, sobre o ônus da prova, há uma norma específica consolidada e que, em tese, não permitiria a aplicação da norma de ritos civis. Contudo, a jurisprudência trabalhista tem ignorado tal limitação e aceito as disposições do artigo 333 do Código de Processo Civil para uma série de situações de definição do ônus da prova.

O assunto é tormentoso e é de crucial importância no processo trabalhista que venha a envolver assuntos discriminatórios. É internacionalmente reconhecida a dificuldade do empregado discriminado provar suas alegações em juízo, principalmente quando se tratar de discriminação por efeito adverso, a qual parte de ato neutro ou aparentemente despido de qualquer efeito discriminatório que, no entanto, provoca impacto discriminatório sobre determinada pessoa ou grupo de pessoas envolvidas, até mesmo sem intenção do empregador.

⁷⁷⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68-72.

⁷⁷⁹BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Id. *Ibid.*, p. 261. *Art. 818: A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.*

⁷⁸⁰BRASIL. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 79.

Várias decisões da Justiça do Trabalho tem exigido do empregado a prova de qualquer atitude discriminatória, até de forma cabal e irrefutável:

EMENTA: RECURSO DA RECLAMADA. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. LICENÇA- GESTANTE. DOMÉSTICA. A condenação está contida no amplo pedido da obreira. A trabalhadora doméstica, embora não tenha direito à estabilidade provisória, tendo sido despedida sem justo motivo, faz jus à licença-gestante de 120 dias, consoante o art. 7º inciso XVIII, combinado com o parágrafo único do mesmo artigo da Constituição Federal. Nega-se provimento. RECURSO DO RECLAMANTE. LEI Nº 9029/95. ATO DISCRIMINATÓRIO. Inocorrência. A aplicação do artigo 4º desta Lei requer a prova cabal e irrefutável de que houve ato de discriminação, ou seja, que conscientemente o empregador rescindiu o contrato em função da gravidez da empregada. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região de 19 05 1999, RO 00438.002/97-0, 4a. TURMA, 05-07-1999, JUIZ ARMANDO CUNHA MACEDONIA FRANCO⁷⁸¹.

É inviável a aplicação do preceito consolidado simplesmente, pois não estaria sendo levada em conta as disparidades enfrentadas pelas partes na promoção, manutenção, defesa e sucesso no litígio. O empregador possui uma enorme vantagem na capacidade de produção de provas sobre atitudes discriminatórias, possui todo o acesso a uma documentação formada, a dados confidenciais, que pode muito bem dispor ou omitir em juízo sem a ciência da parte contrária, possui maior capacidade de arregimentar testemunhos (sem contar o poder coercitivo sobre eles por serem seus empregados e haver a possibilidade da dispensa arbitrária ou sem justa causa no direito brasileiro), poder econômico para comprovar suas alegações com estatísticas, levantamento de históricos, e um grande número de elementos probantes de grande importância. É importante lembrar, no caso das provas de discriminação, a disposição do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, que diz expressamente em seu item II que é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito⁷⁸².

⁷⁸¹TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Jurisprudência unificada. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2004.

⁷⁸²BRASIL. Código de Processo Civil, cit., p. 79.

José Carlos Barbosa Moreira ainda lembra que o fator mais freqüente, talvez o mais grave de disparidade entre as partes, é o econômico, apesar de desníveis sociais e culturais também diferenciarem as partes, principalmente quando associados ao primeiro fator citado⁷⁸³. O ilustre processualista afirma ainda que os litigantes habituais gozam sobre os litigantes eventuais de todas as vantagens inerentes à organização, dispõem de pessoal especializado, recorrem à experiência dos processos anteriores, mantêm dados atualizados de doutrina e jurisprudência, entre outros. Assim, a desigualdade material entre as partes introduz no aparato da Justiça uma deformação contra a qual o ordenamento deve reagir com energia. É dever do legislador, segundo o referido autor, criar mecanismos compensatórios destinados, quando necessário, a equilibrar as possibilidades concretas das partes e é dever do juiz fazer tais mecanismos atuarem, em cada caso, tão eficazmente quanto possa⁷⁸⁴.

Assim, decisões que vêm a exigir a prova da discriminação por parte do empregado discriminado estão desconsiderando tais fatores. É preciso acabar com o mito da igualdade das partes no processo. Se as partes são naturalmente desiguais, o seu trato absolutamente igual no processo incorre em contundente manifestação de desigualdade, quebrando aquele postulado aristotélico de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, até que se atinja a igualdade. Como bem disse Estevão Mallet, a atuação do juízo de forma rigorosamente igual entre as partes estaria trazendo a desigualdade das partes para dentro do litígio e essa situação raramente é idêntica⁷⁸⁵. E arremata o referido autor que a consagração da igualdade de tratamento tão-somente formal no processo somente agrava a desigualdade real existente entre as partes, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida⁷⁸⁶.

Exigir da parte mais fraca a prova da discriminação, ainda mais de forma cabal e irrefutável como a citada decisão acima afirmou, chega a ser cruel para a parte que foi vítima de discriminação. Importa em denegação do acesso à própria justiça por um aspecto formal da legislação instrumental e vem a ser um mecanismo de perpetuação das discriminações existentes neste país, caracterizado por tantas diferenças sociais. Em nada adianta nossa Constituição e nossas leis propugnarem pela igualdade substantiva e a

⁷⁸³MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit., p. 73.

⁷⁸⁴Id. Ibid., p. 74.

⁷⁸⁵MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). op. cit., p. 160.

⁷⁸⁶Id. Ibid., p. 161.

melhoria da condição social dos menos favorecidos, se o acesso à justiça não é pleno, formado sobre enormes empecilhos de ordem prática em um processo visivelmente distorcido, que vem a resultar em discriminações nas relações materiais.

Wagner D. Giglio afirma que as características protecionistas do direito material do trabalho, como ciência autônoma e que pressupõe a desigualdade das partes na tentativa de equipará-las outorgando superioridade jurídica ao trabalhador para compensar sua inferioridade econômica e social diante do empregador, imprimem ao direito instrumental laboral suas marcas, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade não desaparece mas persiste no processo⁷⁸⁷. Amauri Mascaro Nascimento expõe com clareza que o direito processual do trabalho é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça⁷⁸⁸.

As disposições limitativas do artigo 818 consolidado estão sendo ignoradas pela jurisprudência, que vem admitindo a distribuição exigida pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, apesar de não haver omissão legislativa, e não haver permissibilidade formal da subsidiariedade exigida do artigo 769 consolidado⁷⁸⁹. Assim, em várias situações comuns no processo do trabalho, tem sido exigida do empregador a prova de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

A inversão do ônus da prova é um fator importante para a defesa dos direitos dos hipossuficientes em Juízo. Prova disso é o reconhecimento expresso dessa necessidade imposta na defesa dos interesses do consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que é prerrogativa do consumidor “*a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”⁷⁹⁰. O reconhecimento da situação de inferioridade do consumidor perante o fabricante, fornecedor ou comerciante é óbvia, traduzindo-se em princípio protetivo.

⁷⁸⁷GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 67.

⁷⁸⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61.

⁷⁸⁹GIGLIO, Wagner D. op. cit., p. 189.

⁷⁹⁰BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, VIII. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

Seguindo a idéia do Código de Defesa do Consumidor, perfeitamente aplicável de forma subsidiária ao processo trabalhista, decorre do princípio geral de direito processual que, “*o normal se presume, o extraordinário se prova*”. Assim, havendo verossimilhança das alegações da parte mais fraca, o juiz deverá acolhê-las ou mesmo adotar as regras ordinárias de experiência, aceitáveis no processo trabalhista na forma do artigo 335 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária.

No caso de questões envolvendo a discriminação, resta saber qual a regra ordinária de experiência. Por estar mais próxima à noção de justiça, a igualdade pressupõe a sua aplicação, o que nem sempre é correto por haver igualdade formal sem igualdade material, mas a noção de igualdade material pressupõe ser uma noção mais próxima do sentido comum de justiça. Ao contrário, as distinções pressupõem atos de injustiça, demandando razões justificáveis para que subsistam, segundo a expressão de Berlin, “*a igualdade não necessita de razões, mas sim a desigualdade*”⁷⁹¹.

Este entendimento decorre de um princípio geral de paridade de tratamento que gera uma obrigação ao autor da distinção, para que demonstre a justificativa objetiva da diversidade de tratamento empreendida, sob pena dela não ser aceita. Mais ainda, a proibição da discriminação, como atitude atentatória à dignidade da pessoa humana, exige uma valoração muito rigorosa e uma justificativa particularmente forte para uma disparidade de tratamento. Marzia Barbera assevera que, por ser o empregador o detentor do poder de estabelecer distinções, estas deverão estar condicionadas a justificações, exigindo do empregador a prova primária da existência de pressupostos de fato que permitam o exercício desse poder⁷⁹².

Mais ainda, merece destaque o tratamento constitucional dado pela Carta Política de 1988 contra a discriminação, cujo combate é um dos objetivos do Estado brasileiro, não podendo ser outro senão um objetivo do próprio Poder Judiciário, como um dos três poderes do Estado que recebeu essa nobre missão do constituinte originário, em sede de princípio fundamental.

Como corolário da proteção constitucional contra a discriminação, como já visto no item 3.2.6.2., a teoria do *strict scrutiny*, adotada pela Suprema Corte norte-

⁷⁹¹BERLIN. *Equality*. Proceedings of the Aristotelian Society. London, 1956, p. 305, in BARBERA, Marzia. op. cit., p. 23.

⁷⁹²BARBERA, Marzia. op. cit., p. 243.

americana desde o caso *Korematsu v. United States*, exige o mais rigoroso exame das restrições que venham a cercear os direitos civis de um único grupo para que uma necessidade pública premente justifique as distinções operadas. Logo, verifica-se que como noção geral que as distinções promovidas devem ser justificadas e quanto mais crítico o motivo da distinção, mais severa deve ser a aceitação da justificativa. Logo, dentro dessa linha de pensamento, caberá ao empregador demonstrar os motivos da distinção de fato realizada, ainda que tenha sido sob o prisma de um tratamento igual, o que seria a aplicação de critérios iguais para pessoas distintas.

Logo, verifica-se que uma distinção efetivamente realizada pede a prova de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do trabalhador de ser tratado de forma igual, a teor do artigo 333 do Código de Processo Civil, perfeitamente aplicável como vem realizando a jurisprudência trabalhista, inclusive aquela sumulada do Tribunal Superior do Trabalho, como no Enunciado 68⁷⁹³, que exige do empregador a prova de uma justificativa da disparidade salarial, uma vez existente a igualdade de funções.

Assim, retomando a questão da necessidade da inversão do ônus da prova em casos que envolvam discriminação, verifica-se que: (a) a prova da discriminação é muito difícil de ser realizada e exigi-la do empregado seria um ônus praticamente intransponível atentando contra o inciso II, do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil; (b) exigir do trabalhador a prova de todos os elementos da discriminação contraria o princípio protetor que rege o processo trabalhista; e (c) a desigualdade sempre pede uma justificativa de seu autor.

Desse modo, não há como deixar de ser invertido o ônus da prova nos casos que envolvam discriminação, desde que o empregado apresente um elemento convincente de disparidade efetiva de tratamento, não necessitando ser uma prova real, mas sim um indício, um fato verossímil ou até mesmo uma máxima de experiência que induza o julgador nesse sentido. E quanto mais grave a aparência discriminatória, mais severo será o teste de justificativa empreendido pelo julgador para aceitar a distinção proposta.

⁷⁹³TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Bases jurídicas. Enunciados*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 29 nov. 2004. *É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial*. (RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

Nesse sentido, cabe demonstrar uma recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, cujo teor merece destaque como esperança de que o posicionamento acima apontado venha a ser definitivamente eliminado:

RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO.

1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Não prospera a alegação de nulidade do acórdão, por negativa de prestação jurisdicional, quando a decisão regional está devidamente fundamentada. Recurso de revista não conhecido.

2. TRABALHADORA REABILITADA. REINTEGRAÇÃO. ART. 93, § 1º, DA LEI Nº 8.213/91. ALCANCE. ÔNUS DA PROVA. 2.1. Ao condicionar a dispensa imotivada do empregado reabilitado à contratação de substituto de condição semelhante, o art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91, institui evidente garantia de emprego - ainda que de forma indireta - pois, sem a admissão de trabalhador com análoga deficiência, não se desfaz o pacto laboral. Em decorrência do princípio da continuidade, quando ausente a condição imposta, adianta-se a conclusão de que deverá prosperar o contrato individual de trabalho até então mantido, com a reintegração do empregado dispensado sem a autorização do ordenamento. Imaginar-se que a conseqüência do inadimplemento do comando seria a mera imposição de multa administrativa corresponde a claro absurdo, em que se nega o efeito buscado pelo legislador: a manutenção das quotas de deficientes a que aludem o "caput" e incisos do artigo. 2.2. A Lei não está a instituir singela proteção "contra despedida arbitrária ou sem justa causa", nos termos do que pretende o art. 7º, inciso I, da Carta Magna, mas, antes, focaliza o inciso XXXI do preceito, quando proíbe "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência", vindo a lume sob a autorização manifesta do art. 24, inciso XIV, do mesmo Texto.

2.3. Em que pese a manifesta impossibilidade de o trabalhador demonstrar o atendimento pela empresa - sobretudo quando de grande porte - das quotas legais, resta evidente que a prova do fato impeditivo do direito postulado incumbe ao réu, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. Desde que caracterizada a dispensa imotivada da trabalhadora reabilitada, cabe à reclamada patentear a contratação de substituto em igual condição. Recurso de revista não conhecido. Tribunal Superior do Trabalho em 26 11 2003, Processo RR - 1181-1999-007-17-00, 3ª Turma, DJ 06-02-2004, RELATOR JUIZ CONVOCADO ALBERTO LUIZ BRESCIANI PEREIRA⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2004.

Desse modo, verifica-se que é perfeitamente possível no direito processual brasileiro a adoção da inversão do ônus da prova quando existente alguma comprovação, ainda que mínima, da possibilidade de uma situação discriminatória, exigindo-se do empregador a demonstração de motivos razoáveis e proporcionais para que justifique a disparidade verificada.

7.4. Os tratados internacionais sobre direitos humanos aplicáveis no Brasil

Como já foi visto no terceiro capítulo, o Brasil é signatário de uma série de tratados de direitos humanos e antidiscriminatórios, originários da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e outras organizações internacionais. Eles prescrevem uma série de direitos e proibições perfeitamente aplicáveis em nosso ordenamento e podem servir decisivamente como fundamento para o combate à discriminação. Pesquisar onde e como são aplicáveis tais normas internacionais é o foco central do tópico.

Em um primeiro subtópico, será estudada a complexa questão da incorporação ao direito pátrio e como ela se estabelece, a natureza jurídica das normas estabelecidas nesses tratados e seus limites. No segundo, serão vistas as declarações gerais de direitos humanos das Nações Unidas como normas que proíbem a discriminação. No terceiro subtópico serão estudadas as convenções das Nações Unidas proibindo diversas formas de discriminação. No quarto e último subtópico será estudada a Convenção Americana de Direitos Humanos.

7.4.1. Conceito, classificações e incorporação na ordem jurídica interna brasileira

A primeira questão que emerge no estudo de tratados internacionais é muito importante e complexa, no sentido de saber como tais tratados ingressam na ordem jurídica interna brasileira, e qual sua natureza jurídica.

Arnaldo Süssekind define o tratado como sendo o instrumento básico e preponderantemente utilizado pelo direito internacional público para a consecução das suas finalidades, sendo a prevalente e mais importante fonte geradora de direitos e obrigações no âmbito internacional⁷⁹⁵. José Francisco Rezek afirma que o tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos⁷⁹⁶. O registro do primeiro tratado utilizado em questões internacionais, segundo o mencionado internacionalista, foi aquele celebrado para a paz constituída entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia, aproximadamente entre 1280 e 1272 a.C⁷⁹⁷. Desde então, sua utilização foi sendo feita constantemente entre pessoas de direito internacional público, mas nos tempos atuais as formas de composição e o ingresso de organizações internacionais no cenário jurídico internacional modificaram o panorama existente. De tratados bilaterais firmados nos primórdios da história, os tratados passaram a ser multilaterais em grande profusão no século XX, ainda que a primeira forma jamais deixasse de ser utilizada para questões específicas entre duas pessoas de direito internacional público.

Várias classificações podem ser dadas aos tratados, merecendo enumerar as principais. A primeira e muito importante classificação é obtida de acordo com a possibilidade de ingresso ou adesão aos seus termos. Os tratados podem ser classificados em tratados *fechados*, assim entendidos aqueles que não permitem a adesão de outros sujeitos, ou tratados *abertos*, ou seja os que estão abertos à adesão de outros Estados diversos dos contratantes originais⁷⁹⁸. Outra classificação importante é que os tratados podem constituir obrigações entre os seus signatários, sendo *tratados contratuais* e tratados que estipulam normas a serem observadas entre seus signatários, são, portanto, *tratados normativos*. Essa classificação é criticada pela maioria dos internacionalistas e vem perdendo cada vez mais prestígio⁷⁹⁹.

A aceitação dos termos de um tratado por parte de um Estado depende de uma manifestação de vontade como exercício de sua soberania. Essa obrigação se dá em dois momentos. Em um primeiro momento, a aprovação formal do tratado pelo órgão competente indicado pelo direito público interno seria a ratificação solene mediante a troca

⁷⁹⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 33.

⁷⁹⁶REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

⁷⁹⁷Id. *Ibid.*, p. 11.

⁷⁹⁸SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 36.

⁷⁹⁹REZEK, José Francisco. *op. cit.*, p. 29.

de instrumentos ou depósito do instrumento formal de adesão no organismo internacional que o adotou⁸⁰⁰. Sua vigência é determinada pela forma que seus signatários estabelecem, podendo ser estabelecido por acordo entre seus signatários, pelo último ato de ratificação de todos os participantes, pelo estabelecimento de normas de adesão por uma determinada organização, ou a determinado número mínimo de adesões.

O surgimento dos tratados internacionais que cuidam dos direitos humanos é um fenômeno mais recente, estabelecidos após a Segunda Grande Guerra como constituição de um “direito internacional dos direitos humanos” nascido como resposta às atrocidades do nazismo, segundo Flávia Piovesan⁸⁰¹. A mesma autora cita a lição de Richard Bilder que afirma que o direito internacional dos direitos humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar a concepção de que toda nação deve respeitar os direitos humanos de seus cidadãos⁸⁰².

Os tratados internacionais sobre direitos humanos recebem um tratamento especial no nosso ordenamento constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988, em especial no parágrafo 2º do artigo 5º. Os direitos derivados de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil integrou na sua Constituição, ou manifestou sua adesão mediante ratificação posterior, ingressam no nosso ordenamento constitucional em nível de normas constitucionais quando devidamente ratificados com o depósito dos respectivos instrumentos de ratificação na organização correspondente, como dispõe o § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988⁸⁰³.

Flávia Piovesan faz uma interpretação sistemática e teleológica do § 2º do artigo 5º, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. Uma outra justificativa para tal assertiva vem da efetiva disposição da nossa atual Carta Constitucional de integrar o Brasil no Sistema Internacional de Direitos Humanos proclamado pela Declaração Universal. O próprio artigo 4º, inciso II,

⁸⁰⁰SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 40.

⁸⁰¹PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*, cit., p. 30.

⁸⁰²BILDER, Richard B. *An overview of international human rights law*. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*, cit., p. 31.

⁸⁰³BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004. § 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.*

do texto constitucional, diz que a República Federativa do Brasil é regida nas relações internacionais, entre os princípios ali enumerados, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Além disso, a ordem constitucional brasileira tem, como fundamento de sua existência, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro e como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instalado com a atual carta, conforme estabelecido no primeiro capítulo. A Constituição, segundo Roberto Vieira de Almeida Rezende, acolheu a tese da supranacionalidade dos direitos humanos, renunciando inclusive à soberania nacional no que toca à proteção destes direitos, mormente se o dispositivo constitucional do § 2º for interpretado em conjunto com a prevalência dos direitos humanos prevista no inciso II, do artigo 4º⁸⁰⁴

Por outro lado, o próprio parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 aponta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Como tal, se encontram as normas incluídas pelo parágrafo 2º do mesmo artigo, demonstrando que tais normas têm o mesmo regime de aplicação dos direitos e garantias previstas no artigo 5º. Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que se o § 2º estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil for parte. É a própria norma constitucional que autoriza que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados ratificados pelo Brasil sejam incluídos no ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se estivessem escritos na Constituição⁸⁰⁵.

Comungando todos esses posicionamentos, fica mais assentado o caminho trilhado pela interpretação de que as normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico como normas equivalentes às normas constitucionais, com seus poderes. Há de se registrar, entretanto, que esse não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito, que vem decidindo reiteradamente que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico com força de norma infraconstitucional⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. A aplicação da Declaração Sociolaboral do Mercosul e a supranacionalidade operativa dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo, n. 18, p. 296, 2002.

⁸⁰⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 13.

⁸⁰⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO, em 29.05.2001, 1ª Turma, DJ de 29.05.2001, pp. 1131, Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph->

7.4.2. Declaração Universal dos Direitos do Homem, e os Pactos internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o de Direitos Políticos

Norberto Bobbio afirma que o problema da fundamentação dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento que foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948⁸⁰⁷, pela Resolução nº 217 por 48 votos a zero, com abstenções da Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. O projeto foi redigido pelo jurista e humanista francês René Cassin para substituir a declaração de direitos de 1789. Os países que integravam o *bloco comunista* somente vieram a aderir ao texto em 1975, no ato final da Conferência sobre Seguridade e Cooperação na Europa⁸⁰⁸. Segundo Fernando Barcellos de Almeida, com sua promulgação, a humanidade passou a ter em suas mãos um documento de luta que ingressou na cabeça de todos os seres humanos politicamente conscientes, unânimes na defesa de seus princípios, independentemente dos pontos de vista contraditórios⁸⁰⁹. Diferentemente de outras cartas de direitos humanos, a referida declaração contempla além de direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o primeiro documento internacional a utilizar a expressão *discriminação* com feição própria, sem ser considerada um sinônimo de *distinção*. Na Carta das Nações Unidas de 1945, foi utilizada a expressão *discrimination* para a versão inglesa conforme emendas propostas pela delegação brasileira, da República Dominicana e do México, mas *distinction* para a versão francesa⁸¹⁰. O artigo 2º, parágrafo 1º, utiliza a expressão *distinção*, porém o artigo 7º, na redação em francês, utiliza o primeiro termo como *distinction* e os demais como

brs?d=SJUR&n=-

ulg&s1=tratados+internacionais++e+norma+e+constitucional&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G>.

Acesso em: 28 nov. 2004. *É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.*

⁸⁰⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 27.

⁸⁰⁸PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*, cit., p. 32.

⁸⁰⁹ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 111.

⁸¹⁰BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 13.

discrimination. Já na redação em inglês, utiliza o artigo 7º três vezes a expressão *discrimination*. Em português, sua redação é a seguinte:

Artigo 2º

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer 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.

Artigo 7º

*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*⁸¹¹

Arnaldo Süssekind afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não se constitui em um tratado efetivamente, mas sim, considerada uma fonte de máxima hierarquia no mundo do direito por consagrar princípios fundamentais da ordem jurídica internacional que devem caracterizar a civilização contemporânea⁸¹². Logo, verifica-se que a mencionada declaração, não obstante seu valor político-filosófico como norma maior do direito internacional, não tem valor jurídico efetivo, sendo mais uma referência principiológica.

No entanto, com relação aos pactos internacionais de direitos humanos, firmados em 16 de dezembro de 1966, necessário ressaltar que constituem-se em dois constituindo-se em dois pactos distintos para acomodar o reconhecimento de direitos

⁸¹¹NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

⁸¹²SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 21.

humanos por grupos de países. O primeiro pacto reconhecido no Brasil é o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, o qual estabelece em seu artigo 2º que:

Artigo 2º

*§2. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação*⁸¹³.

O referido pacto foi adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. E foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, sendo assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992, tendo sido promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992.

No mesmo sentido, o segundo diploma de origem das Nações Unidas e formalmente reconhecido pelo Estado brasileiro é o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, que foi uma norma também adotada pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Ela foi aprovada pelo mesmo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, tendo sido ratificado o tratado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estando em vigor no Brasil em 24.4.1992, e promulgada pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992.

A referida norma tem várias passagens que proíbe a discriminação:

Artigo 2º

§1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no

⁸¹³NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação.

§2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

Artigo 4º

§1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir medidas que decorrem das obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

Artigo 20

§1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

§2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Artigo 24

§1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

§2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

§3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

1. de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

2. *de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;*

3. *de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.*

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação⁸¹⁴.

De acordo com o referido tratado, ficam proibidas as discriminações empreendidas contra o gozo dos direitos previstos no próprio pacto, em situações excepcionais que ameacem a existência da nação; façam apologias em favor da discriminação; discriminações contra crianças e contra pessoas que venham a exercer cargos de representação e definir a proteção igual e eficaz contra discriminações pelos motivos ali indicados, ou qualquer outra situação.

As normas existentes nos pactos internacionais das Nações Unidas são normas jurídicas internacionais perfeitamente incorporadas à ordem jurídica interna brasileira com força de norma constitucional como já demonstrado. Logo, são imediatamente aplicáveis, e podem ser eficazes mecanismos contra muitas discriminações que venham a ocorrer, pelos mais diversos motivos. Arnaldo Süssekind afirma que esses pactos visam edificar progressivamente um direito comum internacional na matéria, evidenciando, num tratado multilateral de inquestionável hierarquia, que uma noção comum dos direitos do homem está, em nossos dias, universalmente reconhecida⁸¹⁵.

⁸¹⁴NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_3.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

⁸¹⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 27.

Mas outras normas internacionais proíbem diversas formas de discriminação, em várias situações, e em proteção de grupos historicamente discriminados, sendo normas mais específicas. É o que se passa a comprovar.

7.4.3. As convenções internacionais contra várias formas de discriminação

A Organização das Nações Unidas tem, como objetivo estipulado no primeiro artigo de sua carta assinada em 26 de junho de 1945, que deverá desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos, bem como promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião⁸¹⁶.

Para tanto, as Nações Unidas passaram a promover a realização de convenções internacionais para eliminação de diversas formas de discriminação em atendimento às disposições de sua carta de constituição bem como à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Essa fase teve início em 14 de dezembro de 1960, quando foi adotada pela Conferência Geral da organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura a *Convenção Relativa à Luta Contra as Discriminações na Esfera do Ensino*. Entrou em vigor em 22 de maio de 1962, em conformidade com o artigo 14.

Um dos mais importantes tratados para eliminação da discriminação é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas da Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965⁸¹⁷, diploma de grande relevância internacional. Trata-se de uma convenção internacional contra a discriminação racial, portanto pretendendo abordar todos os aspectos que envolvem a discriminação racial no planeta, como forma de aboli-la

⁸¹⁶NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. *Nações Unidas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>>. Acesso em: 01 dez. 2004.

⁸¹⁷ NAÇÕES UNIDAS. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968). *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 nov. 2004. Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969.

definitivamente. O contexto histórico em que esse tratado foi elaborado já foi comentado no item 3.2.2. Ela se encontra em vigência no Brasil desde 4 de janeiro de 1969, e é um poderoso instrumento para coibir práticas discriminatórias por motivos de raça.

No item 3.2.2. já foi visto a conceituação de discriminação dada pela referida Convenção, que tem por motivos de discriminação as distinções, exclusões, restrições ou preferências baseadas em raça, cor, descendência e origem nacional ou étnica, que venha a anular ou restringir o gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais. Uma vez que os direitos trabalhistas fazem parte desse grupo de direitos, conforme a expressa previsão no Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, a referida conceituação pode ter aplicabilidade nas relações do trabalho. A Convenção anteriormente mencionada tem uma interessante disposição expressa no § 4º do artigo 1º, não considerando como discriminação racial as medidas que venham a assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos, desde que não sejam segregacionistas e que sejam temporárias. Entre tais medidas, é possível inserir as ações afirmativas que encontram mais um respaldo jurídico para sua implantação no Brasil.

Não somente essa Convenção proíbe a discriminação, mas também vem a exigir dos Estados que a integram, a adoção de políticas destinadas a eliminar a discriminação racial, baseada nos seguintes meios: (a) não incorrer na prática de discriminação racial contra pessoas ou grupos de pessoas; (b) não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial; (c) rever as políticas governamentais anulando qualquer proposição discriminatória vigente; (d) tomar medidas de natureza legislativa; e (e) favorecer as organizações e os movimentos multirraciais, bem como outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças. Todas as medidas acima medidas deverão ser tomadas no campo social, econômico, cultural e outros, visando promover o desenvolvimento ou a proteção de determinados grupos raciais. Tal convenção também proíbe expressamente no seu artigo 3º a segregação racial e o *apartheid*, bem como ficam condenadas teorias de supremacia racial e que venham a encorajar o ódio entre raças, estabelecendo uma longa série de proibições de práticas segregacionistas no artigo 4º.

Um aspecto importante da norma é o estabelecimento de uma ação geral antidiscriminatória através de medidas em vários campos que venham a lutar contra os

preconceitos e promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos. Aí reside um mecanismo muito eficaz a longo prazo que é o estabelecimento de convivência harmônica entre as raças, com o contato cultural e a formação educacional da diversidade e da igualdade entre diversos grupos raciais, ensinando o convívio com a diversidade, a tolerância racial e a solidariedade entre os grupos raciais, sem agressão às suas culturas. É uma política de longo prazo que promove a diminuição da discriminação futura entre os grupos, principalmente dos majoritários para os minoritários.

A norma cria um comitê especial para cuidar e tratar da aplicação da convenção, bem como receber e processar denúncias contra seu cumprimento, que, após análise, serão levadas à Assembléia Geral das Nações Unidas para deliberações.

Em 18 de dezembro de 1979, a Assembléia das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸¹⁸. Essa norma tem uma ampla possibilidade de aplicação dentro das relações de trabalho na medida em que a discriminação feminina nestas relações é muito alta no Brasil, vide alguns dados demonstrados no início deste capítulo. E a discriminação feminina sempre é potencializada quando associada a outros fatores, como é demonstrada a triste situação da mulher negra brasileira. Vigente no nosso direito desde 1º de fevereiro de 1984, o Decreto 89.460, de 20 de março de 1984, ressalvou os artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º alíneas (a), (c), (g) e (h), a não aplicação da Convenção nos casos de: concessão de liberdade de movimento e liberdade de escolha de domicílio; o mesmo direito de contrair matrimônio; os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e, na sua dissolução; os mesmos direitos pessoais como marido e mulher; e mesmos direitos patrimoniais. Tais disposições da convenção contrastavam com a ordem jurídica vigente (anterior à Constituição Federal de 1988). Contudo, atualmente são aplicáveis, principalmente após a adoção do atual Código Civil pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

⁸¹⁸NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979). *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14.11.1983. Ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto n.º 89.460, de 20.3.1984.

A Convenção vem a proibir inicialmente a discriminação contra as mulheres, com um conceito já estudado no item 3.2.2. Da mesma forma que a convenção racial, este texto internacional não somente vem a estabelecer uma proibição da discriminação feminina, como também vem por estabelecer uma série de interessantes mecanismos, em especial: (a) promover a igualdade constitucional entre homens e mulheres (o que não havia na Constituição de 1967); (b) adoção de medidas legislativas adequadas a garantir a mulher contra atos de discriminação; (c) não praticar a discriminação feminina e zelar pela sua inexistência; (d) tomar medidas contra discriminação praticada por pessoas privadas, inclusive empresas; (e) derrogar ou anular normas que levem à discriminação feminina; e (f) derrogar disposições penais que sejam discriminatórias contra a mulher (ex: na Itália, o artigo 559 do Código Penal afirma que somente o adultério feminino é considerado crime, o que foi julgado inconstitucional pela Suprema Corte italiana, cuja Constituição proíbe expressamente tal discriminação⁸¹⁹).

A convenção exige dos Estados que a ratificaram medidas nas esferas política, social, econômica ou cultural que assegurem o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, incluindo-se aí ações afirmativas, cujo artigo 4º permite desde que sejam tais ações de caráter temporário até o alcance dos objetivos de igualdade traçados. É solicitado dos Estados-partes a modificação de padrões sócio-culturais que venham a proclamar a superioridade masculina e funções estereotipadas, garantir na educação familiar uma compreensão adequada da maternidade como função social e a responsabilidade comum de homens e mulheres na educação e no desenvolvimento de seus filhos. Deverá ser suprimida qualquer possibilidade de tráfico de mulheres, bem como a possibilidade de qualquer exploração feminina.

Merece crucial destaque o artigo 11º da Convenção, o qual exige dos Estados-partes a adoção de medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego com finalidade de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, merecendo ser transcrita a norma a seguir:

⁸¹⁹MALLET, Estevão. *Direito do trabalho e discriminação*, cit., p. 21.

Artigo 11

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;

c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;

d) O direito à igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho;

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas;

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para:

a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;

b) Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antigüidade ou benefícios sociais;

c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças;

d) Dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais para elas.

3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derogada ou ampliada conforme as necessidades.

Muitos aspectos importantíssimos que envolvem a discriminação feminina nas relações de trabalho foram abrangidas, exigindo dos Estados-partes a adoção de políticas que venham a cuidar de todos esses princípios, que se encontram previstos tanto na nossa Constituição como no ordenamento infraconstitucional. O interessante é que a norma não somente trata da discriminação no emprego, como expressamente aponta o 11º artigo, mas no artigo 14º vem a exigir dos Estados-partes uma série de providências nas relações de trabalho, em destaque no trabalho rural (naqueles países ou situações onde não é considerada uma relação de emprego propriamente dita) e em setores não-monetários da economia, nos seguintes termos:

Artigo 14

1. Os Estados-Partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pela mulher rural e o importante papel que desempenha na subsistência econômica de sua família, incluído seu trabalho em setores não-monetários da economia, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção à mulher das zonas rurais.

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a:

a) Participar da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis;

b) Ter acesso a serviços médicos adequados, inclusive informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar;

c) Beneficiar-se diretamente dos programas de seguridade social;

d) Obter todos os tipos de educação e de formação, acadêmica e não-acadêmica, inclusive os relacionados à alfabetização funcional, bem como, entre outros, os benefícios de todos os serviços

comunitário e de extensão a fim de aumentar sua capacidade técnica;

e) Organizar grupos de auto-ajuda e cooperativas a fim de obter igualdade de acesso às oportunidades econômicas mediante emprego ou trabalho por conta própria;

f) Participar de todas as atividades comunitárias;

g) Ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, aos serviços de comercialização e às tecnologias apropriadas, e receber um tratamento igual nos projetos de reforma agrária e de reestabelecimentos;

h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.

Da mesma forma que a convenção racial, a convenção contra todas as formas de discriminação contra a mulher estabelece um comitê internacional para fiscalização de sua observância, bem como os procedimentos a serem adotados nas situações de violações de suas disposições.

Verifica-se que a Convenção em questão é um potente arsenal jurídico contra situações de discriminação, exigindo dos Estados-partes uma atuação decisiva e muito ampla no combate à discriminação contra a mulher em vários aspectos. Em relação à discriminação da mulher nas relações de trabalho e de emprego, são bem claros os dispositivos proibindo a discriminação feminina. Por outro lado, a Convenção em questão deixa claro que o combate à discriminação feminina passa por todos os aspectos de convívio da sociedade e assim, exige ações em todos os campos de atuação social.

As normas internacionais sobre discriminação podem suprir em vários aspectos as deficiências de nossa legislação sobre a discriminação, apontadas neste capítulo. Caberá aos advogados, bem como aos juízes do trabalho e os integrantes do Ministério Público do Trabalho, conhecer e estudar bem suas disposições, aplicando-as cotidianamente, principalmente diante da sua natureza jurídica reconhecida pelo parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Infelizmente, tais disposições convencionadas são muito pouco estudadas, quase que esquecidas nas questões judiciais ou administrativas que envolvam a discriminação nas relações do trabalho.

7.4.4. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

Um norma que se destaca no panorama jurídico nacional é a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada na cidade de Guatemala, em 7 de junho de 1999, no vigésimo nono período ordinário de sessões da Assembléia Geral e assinada pelo Brasil⁸²⁰ quando da sua promulgação. O texto interamericano busca a defesa das *peessoas portadoras de deficiência* ou também hodiernamente consideradas como *peessoas com necessidades especiais*. A Convenção considera como ato discriminatório a existência de *diferenciação, exclusão* ou *restrição*, voltada contra as pessoas portadoras de deficiência e assimilados, e que tais atos tenham o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, por parte das pessoas portadoras de deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

A norma estabelece em seu artigo 2, “b”, que não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. A norma prevê, portanto, medidas de promoção dos portadores de deficiência, aí se encontrando as ações afirmativas, principalmente aquelas já existentes no Brasil.

A Convenção estabelece várias ações políticas na defesa dos portadores de deficiência, em especial: (a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à Justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; (b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou

⁸²⁰COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/base8a.htm>>. Acesso em: 05 set. 2004. Em vigor no Brasil mediante Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001; entrando em vigor em 14 de setembro de 2001, e promulgada pelo Decreto 3.956 de 8 de outubro de 2001.

fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência; (c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência; e (d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

As políticas de eliminação da discriminação também envolvem não somente a prevenção de discriminação, como também detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência. Por fim, o artigo 3º transmite o caráter geral das medidas visando à sensibilização da população por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo dessa forma o respeito e a convivência com as pessoas portadoras de deficiência.

Outro mecanismo interessante adotado contra a discriminação por porte de deficiência é a participação de representantes de organizações de pessoas portadoras de deficiência, de organizações não-governamentais que trabalham nessa área ou, se essas organizações não existirem, de pessoas portadoras de deficiência, na elaboração, execução e avaliação de medidas e políticas para aplicar a Convenção. Paralelamente, foi exigido que os Estados-partes criem canais de comunicação eficazes que permitam difundir entre as organizações públicas e privadas que trabalham com pessoas portadoras de deficiência os avanços normativos e jurídicos ocorridos para a eliminação da discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.

Fica claro diante das disposições dos textos internacionais que o combate à discriminação não pode ser feito somente por um ou outro mecanismo. São necessárias várias ações em diferentes campos da vida social e pública, para que o combate tenha resultados eficazes. Não basta reprimir, mas ensinar toda a população a não praticar discriminações de qualquer espécie, ensinando-a sobre os benefícios do convívio harmônico das diferenças, e o respeito que a pessoa humana deve receber em respeito à sua dignidade.

7.4.5. As normas da OIT no direito pátrio

A Organização Internacional do Trabalho foi fundada em 1919, através do Tratado de Versailles, e uma vez iniciados os trabalhos dessa conferência internacional, foi criada a *Comissão de Legislação Internacional do Trabalho* destinada ao estudo preliminar de uma regulamentação internacional do trabalho e de uma organização semelhante à Sociedade das Nações para facilitar a diversos países uma ação conjunta em assuntos relativos a condições de trabalho⁸²¹. Foi tomado como base um projeto concebido pela delegação inglesa, projeto este que dispunha sobre a criação de uma organização tripartite, com representantes dos governos, trabalhadores e empregadores, com atuação e votação independente. Depois de várias discussões, chegou-se a um consenso sobre a formação da atual estrutura da Organização, que veio a integrar a primeira seção da parte XIII do Tratado de Versailles. Na segunda seção, mais precisamente no artigo 427, foram estabelecidos os princípios gerais de regulamentação do trabalho, entre eles no artigo 7º, o princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor. As preocupações da OIT com a igualdade e a não-discriminação são relativamente antigas, mas não eram claramente expressadas⁸²². Implicitamente o princípio da não-discriminação figurou tanto no tratado acima referido como em outros documentos posteriores.

Os princípios do artigo 427 do Tratado de Versailles foram substituídos pela *Declaração de Filadélfia*, uma declaração firmada para estabelecer os fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho. Esta declaração surgiu na 26ª sessão da Conferência realizada na mencionada cidade norte-americana, com alguns princípios repetidos do Tratado de Versailles e outros ampliados. Foi estabelecido, no item III da declaração, alínea “j”, que se pretendem assegurar a todos os trabalhadores as mesmas oportunidades em matéria educativa e profissional⁸²³. O aspecto principiológico mais importante em relação à discriminação se encontra no item II, alínea “a”, da referida declaração, onde se encontra claro que:

⁸²¹SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 100.

⁸²²BARBAGELATA, Hector-Hugo. op. cit., p. 144.

⁸²³SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 24.

*II- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual com liberdade e dignidade, segurança econômica e iguais oportunidades*⁸²⁴.

A OIT tomou o cuidado de adotar uma série de Convenções e Recomendações visando regular o princípio da igualdade de oportunidades e trato no trabalho, atuando em categorias específicas de trabalhadores, em especial migrantes (Convenção 143), trabalhadores com idade (Convenção 162), trabalhadores com responsabilidades familiares (Convenção 156) e pessoas inválidas (Convenção 159).

Mais recentemente, o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, Juan Somavia, apontou em seu relatório apresentado na 87ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho daquela entidade, em junho de 1999, uma proposição no sentido de que o objetivo primordial da organização nesse período de transição global é assegurar a todos os homens e mulheres no mundo um trabalho decente⁸²⁵. Para atingir tais objetivos foram escolhidos os pontos de orientação básica para busca de seus objetivos, dentre os quais estariam os direitos fundamentais do trabalho. Como já mencionado e exposto no item 3.4., a obrigação de não-discriminação é adotada como direito fundamental do trabalhador pela Organização Internacional do Trabalho, conforme o texto adotado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86ª reunião, em 18 de junho de 1998, em que seu artigo 2º considera como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, no item “d”, “*a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*”⁸²⁶.

A preocupação da OIT com o tema é muito grande, e desde 1958 a Organização adotou uma medida muito importante visando eliminar a discriminação. Trata-se da Convenção 111, cuja história e disposição serão estudados.

⁸²⁴SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 23.

⁸²⁵ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Página internacional. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2004.

⁸²⁶ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edílson Alkmin Cunha, p. 9.

7.4.5.1. A Convenção 111

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho é, sem sombra de dúvidas, a mais importante norma antidiscriminatória nas relações do trabalho atualmente vigente no plano internacional e no plano interno brasileiro. Nenhuma norma interna é um instrumento tão abrangente como a referida convenção, o mesmo ocorrendo no âmbito da OIT.

A Convenção 87 da OIT, de 17 de junho de 1948, já prevê um princípio de não-discriminação implícito para o exercício do direito de constituir organizações sindicais. Em seu artigo 2º, a referida convenção menciona que “*os trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações da sua escolha*”⁸²⁷.

A Convenção 98 da OIT passou a tratar da discriminação em um princípio genérico, porém sabidamente voltado para a proteção dos direitos de sindicalização e negociação coletiva. A menção sobre a discriminação é feita no primeiro artigo da Convenção 98, nos seguintes termos:

1. *Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego*⁸²⁸.

Foi dado um passo adiante na luta contra a discriminação empreendida pela Convenção 100 daquela entidade, adotada em 6 de junho de 1951, a qual regula a igualdade de remuneração entre homens e mulheres para o trabalho de igual valor. Esse diploma, no artigo 2.1. proclama a igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor.

⁸²⁷ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILOLEX- Base de dados sobre as normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/portug/docs/convdisp1.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

⁸²⁸Id. Ibid.

Vários diplomas da OIT haviam sido moldados para o trato da desigualdade nas relações de trabalho, mas nenhum deles foi tão importante como a Convenção 111, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra no ano de 1958, ingressando sua vigência no plano internacional em 15.06.1960. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada pelo Decreto nº 62.150 em 19 de janeiro de 1968, e vigente no território nacional desde 26 de novembro de 1966⁸²⁹.

A Convenção 111 atualmente se encontra ratificada por 160 países em todo o mundo conforme demonstra o registro da Organização, disponibilizado no seu sítio na Internet⁸³⁰. A OIT mantém um controle da aplicação da Convenção 111 não só mediante um programa especial de atividades práticas destinadas a combater a discriminação, como também por métodos que devem ser utilizados para fazer frente a essa realidade, além dos meios institucionalizados para o controle de convenções e recomendações⁸³¹. A OIT também se associou às Nações Unidas e outras entidades para um conjunto de atividades relativamente ao combate à discriminação.

Nas suas considerações, a Convenção 111 menciona como seus fundamentos a Declaração de Filadélfia e a necessidade de oportunidades iguais para todos os seres humanos, bem como afirma que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa Convenção é composta de breves artigos, porém dotados de uma importância muito grande.

O primeiro artigo traz uma importante definição, que é o conceito de discriminação para os efeitos da norma. Como pudemos verificar no item 3.2.1., não há de forma mais precisa e clara no ordenamento interno brasileiro vigente uma conceituação de discriminação nas relações de trabalho que chegue perto daquela fornecida pela referida Convenção. Assim, qualquer definição sobre discriminação nas relações de trabalho deve ser submetida às disposições da Convenção 111, cujo primeiro artigo assim dispõe:

⁸²⁹SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 243.

⁸³⁰ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILOLEX- Base de dados sobre as normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

⁸³¹ROSSILLION, Claude. La OIT y la eliminacion de la discriminacion en el empleo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, n. 76, p. 7, 1987.

Art 1. 1. *Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:*

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

d) *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.*

2. *As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.*

3. *Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego⁸³².*

A definição de discriminação adotada para os efeitos da referida convenção é apontada para as situações que venham a destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, causada pelos motivos apontados no diploma. Trata-se de uma conceituação bastante ampla e que vem buscar a defesa da igualdade de oportunidades ou de tratamento, sendo a igualdade o objeto da proteção antidiscriminatória. Historicamente, a Convenção 111 passa a ser uma das primeiras normas internacionais de conceituação da discriminação que descreve esse fenômeno e seus efeitos proporcionando uma lista mínima e geral de motivações das ações consideradas discriminatórias.

Sua proteção está voltada para todas as situações que envolvem o trabalho, sendo que a Recomendação nº 111 da OIT, em seu artigo 2º, menciona as condições de trabalho, incluindo-se a jornada de trabalho, períodos de descanso, descansos semanais remunerados, saúde e segurança do trabalho, seguridade social e prestações sociais

⁸³²SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT.*, cit., p. 244.

relacionadas ao emprego⁸³³. A situação da dispensa também é prevista implicitamente na norma, eis que a Recomendação 111, no seu item 2, “b”, inciso “iv”, também prevê a segurança no emprego⁸³⁴.

Contudo, a norma apenas reconhece, no seu artigo 2º, o compromisso de todo Estado-membro no sentido de adotar e seguir uma política nacional destinada a promover, por meios adequados às condições e à prática nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, objetivando a eliminação de toda a discriminação. Ela não prevê qualquer sanção direta em favor do trabalhador que tenha recebido tratamento diferenciado e prejudicial, apenas menciona o compromisso de o Estado-membro adotar uma política nacional nesse sentido. Frise-se bem que a OIT não vem a exigir uma lei ou determinada medida legislativa, ela solicita a adoção de uma política nacional, ou seja, um conjunto de ações favoráveis à eliminação da discriminação. Essa solicitação de uma política nacional, sem dúvida, é o melhor caminho para eliminação da discriminação, pois não depende exclusivamente de uma medida, mas de um conjunto de medidas perfeitamente integradas e coordenadas visando eliminar este grave problema que são as mais variadas formas de discriminação ainda existente em muitos países, desenvolvidos ou não, inclusive no Brasil.

No artigo 3º, a Convenção estabelece quais são as medidas devidas para o combate à discriminação: (a) obter cooperação de organizações patronais e profissionais e de outros organismos, para promover a aceitação e observância dessa política estabelecida no segundo artigo; (b) promulgar leis e promover programas educacionais para assegurar a aceitação da política; (c) revogar ou modificar as disposições legais e práticas administrativas incompatíveis com a política estabelecida; (d) submeter ao controle direto de uma autoridade nacional a execução dessa política; (e) assegurar a observação da política nas atividades de orientação profissional, formação profissional e oferta de empregos; e (f) indicar nos relatórios anuais sobre a aplicação da convenção as medidas adotadas na execução da política e os resultados alcançados. Desse modo, verifica-se que o combate à discriminação passa pelos seguintes mecanismos: (a) diálogo social; (b) atuação legislativa; (c) atuação administrativa; (d) controle e fiscalização estatal; (e)

⁸³³ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação nº 111. *ILOLEX- Base de dados sobre as normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp2.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

⁸³⁴Id. Ibid.

conscientização na formação e orientação profissional e (f) monitoramento permanente da OIT.

O artigo 4º da Convenção dá expressa permissão a medidas supostamente discriminatórias que venham a afetar uma pessoa sobre a qual recaia legítima suspeita de estar se dedicando ou se achar envolvida em atividades prejudiciais à segurança do Estado, desde que lhe sejam oferecidas as garantias mínimas do contraditório e da ampla defesa previstos em cada Estado-membro.

Por outro lado, a Convenção 111 não condena, em seu artigo 5º, as medidas especiais de proteção ou assistência providas em outras convenções ou recomendações adotadas pela OIT, ou mesmo pelos países-membros desde que feitas mediante consulta das organizações representativas de empregadores e trabalhadores. Por outro lado, determinados fatores de discriminação podem ser tomados em conta para adoção de medidas destinadas a atender necessidades particulares de pessoas que necessitem de proteção ou assistência especial, pelos motivos de sexo, idade, invalidez, encargos de família, nível social ou cultural. Nessa situação, a Convenção 111 deixa de condenar práticas promocionais de grupos historicamente desfavorecidos ali previstos. Neles não se incluem a raça, origem nacional, credo e opinião política.

Outro aspecto interessante da Convenção 111 reside no fato de que a enumeração de motivos discriminatórios é aberta, cabendo a cada Estado-membro adotar outros fatores que entenda devidos, desde que consultadas as organizações patronais e profissionais, e demais organismos adequados, principalmente as organizações não-governamentais.

Verifica-se também que a Convenção 111 não autoriza a consideração de discriminação de qualificações exigidas para um determinado emprego que venham a gerar distinção, exclusão ou preferência. É a conhecida *business necessity*, um critério de razoabilidade que aceite determinadas discriminações desde que ocorram por fatores necessários para a realização da atividade empreendida e que, por tais motivos, possa haver distinção, exclusão ou preferência que sejam justificadas. Um exemplo interessante sobre tal questão é feita pelo jurista espanhol Montoya Melgar e mencionado por Hector-Hugo

Barbagelata⁸³⁵, na qual entende que não seria discriminatória a dispensa, por parte de um jornal de esquerda, de um redator político afiliado a um grupo de extrema-direita.

É possível extrair dessa análise da Convenção 111 da OIT, em relação ao ordenamento brasileiro, alguns importantes aspectos. O primeiro deles é que a referida Convenção, uma vez vigente no Brasil desde 1966, define com boa precisão uma situação de discriminação, contudo não permite definir quais as punições para um ato discriminatório. Logo, as punições ficarão por conta do ordenamento nacional vigente, em especial o artigo 4º da Lei 9029/95 ou o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho para nulificar atos discriminatórios.

Por outro lado, a Convenção estabelece que os mecanismos antidiscriminatórios não podem agir isoladamente. É necessária, segundo as suas disposições, que seja adotada uma política geral antidiscriminatória nas relações do trabalho com várias tarefas a serem cumpridas, as quais pouco ou quase nada têm sido cumpridas pelo Brasil. O relatório do *comitê de peritos de aplicação das convenções e recomendações* da própria OIT, voltado para as disposições da Convenção 111, aponta graves situações de discriminação no nosso país⁸³⁶ com dados e relatos verdadeiramente escabrosos. Merecem destaque vários aspectos, entre eles, a discriminação social, racial e de gênero sexual para cargos de gestão em grandes empresas brasileiras, discriminação de raça, sexo e cor da pele em postos executivos e empregos envolvendo o trato direto com o público em setores como o bancário, hotelaria, companhias aéreas e *shopping centers* onde a população negra e parda é empregada somente em empregos de manutenção e limpeza. Destaca o referido relatório individualizado que os afrodescendentes compõem 70% da população mais pobre do país, recebendo as menores remunerações e sofrendo constantes discriminações no acesso a empregos e durante as relações de emprego. O relatório revela alguns esforços governamentais no combate à discriminação, contudo as medidas tomadas pelo governo não são coordenadas e não têm efetividade para superação das diferenças raciais no emprego. Por fim ainda revela o relatório que praticamente são inexistentes as queixas contra discriminação nas empresas estatais, uma vez que os empregados receiam perder seus empregos. Também são destacadas as dificuldades de acesso a meios antidiscriminatórios por desconhecimento e por empecilhos de toda a natureza. As

⁸³⁵BARBAGELATA, Hector-Hugo. op. cit., p. 154.

⁸³⁶ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Individual Observation concerning Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation), 1958 Brazil (ratification: 1965) Published:2004. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/newcountryframeE.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

situações descritas pelos peritos são graves e merecem o maior cuidado de nossas autoridades.

7.4.5.2. As demais Convenções da OIT que envolvem o tema

O Brasil tem adotado muitas Convenções da OIT sobre diversas matérias, em especial sobre a igualdade de tratamento no trabalho. Diante desse fato, vários diplomas daquela organização se encontram vigentes no Brasil, merecendo o comentário de algumas delas pela sua importância ou pela sua aplicabilidade como mecanismos antidiscriminatórios nas relações do trabalho.

O primeiro texto da OIT a ser analisado neste tópico é a Convenção 97, que trata de uma importantíssima situação de discriminação nas relações de trabalho relativa aos trabalhadores migrantes. Hoje, essa Convenção é fundamental, na medida em que o Brasil recebe a cada dia um contingente cada vez maior de migrantes de países vizinhos em busca de trabalho, algumas vezes em condições análogas à de escravos. A Convenção 97 foi aprovada na 32ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1949), entrando em vigor no plano internacional em 22.1.1952. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20/1965, do Congresso Nacional, foi ratificada em 18 de junho de 1965, promulgada pelo Decreto 58.819, de 14.07.1966, vigente no território nacional desde 18 de junho de 1966⁸³⁷.

Seu artigo 6º prega, por parte dos Estados-membros, a aplicação de um tratamento aos trabalhadores migrantes que não seja inferior ao aplicado aos seus próprios nacionais, sem discriminação de nacionalidade, raça, religião ou sexo, em determinados assuntos ali previstos⁸³⁸. Esse artigo não apresenta qualquer definição do que seja essa discriminação, apenas formula a sua proibição pelos motivos ali expostos.

A Convenção 98 da OIT trata de um tema bastante importante, que é o direito de sindicalização e de negociação coletiva. Com relação a esse aspecto, a discriminação é muito comum, principalmente contra os dirigentes sindicais que sofrem

⁸³⁷SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 190.

⁸³⁸Id. *Ibid.*, p. 191.

retaliações de várias modalidades por parte de empregadores inescrupulosos, procurando intimidar ou mesmo impedir a atuação sindical na defesa dos interesses dos trabalhadores. Essa Convenção foi aprovada na mesma reunião que da Convenção 97, sendo aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27.08.1952, ratificada em 18 de novembro de 1952, promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29.06.1953 e vigente no país desde 18.11.1953⁸³⁹.

Não há menção expressa à discriminação, mas a Convenção 98 pede proteção contra atos destinados a subordinar o emprego de um trabalhador à condição de filiar-se ou não a um sindicato ou deixar de fazer parte dele, bem como contra a dispensa de um trabalhador ou as ações que venham a prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação ou pela participação em atividades sindicais. A aplicação de uma dessas medidas por parte de um empregador contra determinado trabalhador envolvido em atividades sindicais ou filiado a um sindicato é uma medida discriminatória que deve ser combatida.

A Convenção 100 da OIT trata do salário igual para o trabalho de igual valor entre o homem e a mulher. Não obstante a Convenção não fazer nenhuma menção de discriminação, fica claro que a desigualdade entre homens e mulheres no que tange à remuneração e condições de trabalho é ainda talvez a mais intensa manifestação discriminatória no planeta e no Brasil, como já pode ser demonstrado. A referida convenção foi aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, no ano de 1951, entrando em vigência internacional em 23.03.1953. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.1956, ratificada em 25.04.1957, promulgada pelo Decreto 41.721, de 25.06.1957, e vigente desde 25.04.1958⁸⁴⁰.

No seu artigo 2º, ela exige de cada Estado-membro a aplicação do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina para um trabalho de igual valor dentro dos métodos em vigor e incentiva tal prática de forma compatível com as disposições do texto convencionado. Destaca também os meios a serem utilizados para a obtenção da igualdade de tratamento, no item 2 do artigo 2º, mais precisamente pela legislação nacional, por qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação, pelas convenções coletivas ou por combinações desses meios.

⁸³⁹SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 204.

⁸⁴⁰Id. *Ibid.*, p. 207.

A Convenção 117 estabelece objetivos e normas básicas da política social. Entre suas disposições se encontra a determinação de que qualquer política social deverá suprimir qualquer discriminação entre os trabalhadores pelos motivos ali expostos em uma parte especial sobre o tema. A referida Convenção foi aprovada na 46ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1962, entrando em vigência no plano internacional em 25.04.1964. No Brasil ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 65, de 30.11.1966, ratificada em 24 de março de 1969, promulgada pelo Decreto 66.496, de 27.04.1970, e vigente desde 24 de março de 1970⁸⁴¹.

Sua Parte V contém disposições antidiscriminatórias motivadas pela raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical em vários aspectos, indicando que a política social de cada país deverá coibir a discriminação na legislação e convenções de trabalho, admissão nos empregos, condições de recrutamento e promoção, oportunidades de formação profissional, condições de trabalho, medidas relativas à higiene, à segurança e ao bem-estar, disciplina, participação na negociação de acordos coletivos e níveis de salário⁸⁴². A referida Convenção estabelece claramente que o progresso social é atingido também com a proibição da discriminação, sendo esta uma etapa para a obtenção do bem-estar social e ao desenvolvimento da população.

A Convenção 158 da OIT é um texto que causou e ainda causa muita polêmica no Brasil, pelo fato de ter sido denunciado pela Presidência da República logo após seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Essa denúncia é objeto de muita polêmica, inclusive estando a questão pendente por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal. A questão de sua aplicabilidade no direito brasileiro é extremamente polêmica, motivo pelo qual não será discutida, apenas os seus aspectos antidiscriminatórios serão analisados. A Convenção foi aprovada em 1982, passando a estar em vigência internacional a partir de 23.11.1985.

A referida Convenção estabelece no seu artigo 4º que não se terminará uma relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para ele uma causa justificada relacionada com à sua capacidade ou a sua conduta fundadas nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço⁸⁴³. O artigo 5º define que entre os motivos que não constituem causa justificada para a terminação da relação de trabalho se

⁸⁴¹SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 255.

⁸⁴²Id. *Ibid.*, p. 260.

⁸⁴³Id. *Ibid.*, p. 513.

encontram os seguintes: (a) filiação sindical ou participação em atividade sindical nos modos ali propostos; (b) ser candidato a representante dos trabalhadores; (c) apresentar queixa contra um empregador; (d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou origem social; e (e) a ausência do trabalho durante a licença maternidade⁸⁴⁴. Trata-se de exclusões claras da possibilidade de dispensa por motivo aceitável, sendo uma importante norma antidiscriminatória contra atos dessa natureza. O retorno de sua vigência no território nacional deve ser aguardada com intensa expectativa.

A Convenção 159 da OIT é um texto importantíssimo, pois trata da reabilitação profissional e o emprego de pessoas deficientes. Como já foi visto no item 5.5.2, a questão é extremamente grave nos EUA, onde a exclusão social dos portadores de deficiência é muito ampla e intensa, com efeitos extremamente danosos. A referida convenção foi aprovada na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1983, em Genebra, entrando em vigência no plano internacional em 20.06.1985. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 51, de 25.08.89, ratificada em 18 de maio de 1990, promulgada pelo Decreto 129, de 22.05.1991, e vigente em nosso território desde 18 de maio de 1991⁸⁴⁵.

Dois aspectos são fundamentais na referida Convenção. O primeiro deles reside na política de reabilitação profissional e emprego estabelecida na parte II do texto convencionado, mais especificadamente no artigo 4. Nele ficou estabelecido que a política deverá ter como base a igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores. O segundo aspecto relevante é o reconhecimento expresso pelo mesmo artigo, mais adiante, de que “*as medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos*”⁸⁴⁶. Interessante destacar a adoção da terminologia “*medidas positivas especiais*” para as ações afirmativas, e sua expressa previsão como não sendo medida discriminatória.

Como pode ser visto neste subtópico, interessantes disposições da Organização Internacional do Trabalho estão vigentes no nosso território. Tais disposições

⁸⁴⁴SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, cit., p. 513.

⁸⁴⁵Id. *Ibid.*, p. 367.

⁸⁴⁶Id. *Ibid.*, p. 369.

podem servir como importante munição no combate à acentuada discriminação existente no Brasil, a qual atua da forma mais perversa possível, não obstante a grande maioria da população dela não ser consciente, para poder lutar contra ela.

CONCLUSÕES

Confrontando os ordenamentos jurídicos selecionados, é possível chegar a algumas conclusões que apontam a dificuldade em reprimir as condutas discriminatórias nas relações do trabalho. Essa dificuldade vem sendo superada por alguns ordenamentos que adotam políticas arrojadas de combate à discriminação, principalmente conceitos de integração de ações em vários níveis.

Os Estados Unidos da América obtiveram um grande desenvolvimento no combate à discriminação, ainda que não tenham percorrido um longo caminho. Situações de segregação racial explícita existentes até a metade do século XX foram sendo substituídas por políticas audaciosas de integração de comunidades marginalizadas. Por meio do seu sistema jurídico peculiar (*common law* com amplo ordenamento jurídico positivado), foram construídos caminhos muito sólidos para eliminar as barreiras jurídicas que não permitiam as mesmas oportunidades às comunidades discriminadas. Tudo foi conseguido com muita luta, inclusive com muito sangue, mas o Direito foi uma das maiores armas utilizadas.

O papel da Suprema Corte daquele país dos anos 50 até o final dos anos 70 foi absolutamente elogiável. Por meio de decisões judiciais bastante audaciosas para os padrões até então existentes, várias teorias foram sendo construídas ao interpretar uma legislação federal não menos avançada se comparada com ordenamentos jurídicos de vários estados que consideravam o casamento entre raças distintas uma atitude criminosa. Coube à Corte Warren, assim considerado o período em que o *Chief Justice* Earl Warren dirigiu aquela Corte, construir importantes substratos jurídicos contra a discriminação, ainda que o ordenamento constitucional fosse o mesmo desde 1787. A atuação judicial e administrativa contra a discriminação nos Estados Unidos da América é, hoje, uma realidade inquestionável que, pelo menos, atenua o duro impacto de um triste período da história humana.

A experiência da União Européia na repressão às condutas discriminatórias é muito interessante e rica. Derivada de uma preocupação econômica real que incluiu um mecanismo antidiscriminatório no tratado de constituição da então Comunidade Econômica

Européia, o combate à discriminação por gênero sexual exigiu do judiciário que se debruçasse melhor sobre o tema. E ao proceder assim, propiciou uma crescente sofisticação teórica sobre a discriminação, capaz de reconhecer fenômenos mais perversos como a discriminação por efeito adverso e que levaram à adoção de normas mais eficientes.

Contudo, o que mais chama a atenção na União Européia é o reconhecimento de que o combate à discriminação, agora estendido a outros motivos além do gênero sexual, passou a ser um dos objetivos fundamentais daquela organização supranacional, exigindo amplas políticas públicas coordenadas e integradas como o conceito de *transversalidade*, o qual demanda ações efetivas contra a discriminação por parte de todos os elementos da sociedade, bem como de todos os órgãos dos Estados-membros. Na União Européia é possível visualizar um futuro mais promissor em termos de combate à discriminação, uma vez que as instituições comunitárias têm demonstrado a necessária audácia, capacidade de organização e de estudo sobre os comportamentos discriminatórios.

O desenvolvimento de estudos sobre a discriminação é fundamental para que seja possível a cada dia elaborar mecanismos de repressão mais eficientes. A possibilidade de comportamentos discriminatórios cada vez mais escamoteados, cuja percepção é progressivamente dificultada, pede cada vez mais criatividade na elaboração de estratégias capazes de eliminar ou, pelo menos, atenuar o problema. Observe-se que somente a partir de meados do século XX a palavra *discriminação* passou a ser adotada nos ordenamentos internacionais e após cerca de cinquenta anos tantos conceitos importantes e tantos mecanismos de sucesso foram implementados, demonstrando uma significativa velocidade na evolução do estudo da discriminação. Desde a primeira aparição do termo *discriminação* na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi possível constituir importantes teorias como a discriminação por efeito adverso, por exemplo.

Contudo, esse fantástico desenvolvimento verificado ainda não foi suficiente. A efetivação da garantia de que todas as pessoas humanas são iguais, com a mesma dignidade e direitos, está ainda muito longe de ser atingida. Isso não ocorre somente em países estrangeiros, mas também no Brasil, onde o ideal de igualdade encontra-se muito distante. É necessário aperfeiçoar a atuação estatal e aumentar a conscientização social sobre o problema.

O histórico brasileiro de mecanismos antidiscriminação nas relações de trabalho é bem limitado, não só porque há poucas normas sobre o tema, mas também porque não há outros mecanismos, salvo as disposições legais de forma puramente proibitiva de atitudes discriminatórias. Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permitir, seguramente, a existência de vários mecanismos antidiscriminação nas relações de trabalho, o plano infraconstitucional não acompanha a amplitude introduzida pela Carta Política, deixando um grande vazio parcialmente preenchido por leis esparsas e muito específicas. Assim, os mecanismos inibitórios contra atitudes discriminatórias bem como os demais mecanismos promocionais de minorias encontram amplo respaldo no texto constitucional para sua implantação, contudo, poucos e tímidos mecanismos são adotados por via judicial e a atuação administrativa é muito ineficiente.

No campo legislativo, não há norma legal que estabeleça um conceito explícito e preciso do que seja discriminação, como atualmente existe na União Européia e nos Estados Unidos da América. Também não há norma que regule as prescrições da Convenção 111 da OIT.

Portanto, no Brasil não existe uma postura antidiscriminatória eficiente. Ao contrário, foi possível constatar muita timidez na implantação de mecanismos antidiscriminatórios e os existentes são arcaicos ou incompletos. A implantação de mecanismos públicos e privados deve ser acompanhada de uma efetiva participação de todas as esferas do Poder Público na elaboração de uma política nacional abrangente, envolvente e que consiga chamar a atenção de toda a sociedade em torno do grave problema. Somente assim, com a conscientização e a união de todos os segmentos sociais com o propósito de eliminar a discriminação, poderão os mecanismos obter algum efeito.

Cabe acrescentar que não encontramos uma significativa preocupação científica com o tema dentro do direito do trabalho brasileiro, proporcional à gravidade e à extensão da situação atualmente existente. Poucas são as obras sobre o assunto, como também é baixa a procura do Poder Judiciário para solução de controvérsias que tratem de condutas discriminatórias. Muita coisa resta a ser feita no Brasil para que a nossa sociedade possa ter sucesso no combate às práticas discriminatórias, cujas estatísticas e levantamentos populacionais são absolutamente vergonhosos. Grande parte da população brasileira sofre

exclusão social associada à discriminação, mas pouco é produzido cientificamente na área do direito do trabalho para contribuir para a solução do problema.

Como se verificou ao longo da dissertação, o tema fascina porque diz respeito ao direito mais importante após o direito à vida: o de ser tratado em condições de igualdade com todas as demais criaturas humanas, porque todos são iguais em dignidade e direitos.

O estudo da discriminação e dos mecanismos que pretendem combatê-la revela a importância do trato igual para todos, sem distinção, sem que qualquer condição pessoal de nascença ou por opção venha a desencadear um trato diferenciado e prejudicial de seus direitos. Sobretudo nas relações do trabalho, nas quais as pessoas buscam os meios econômicos para a sua sobrevivência e a de seus dependentes, o trato diferenciado prejudicial é muito doloroso para a vítima, que possui poucos elementos para reagir. Ainda mais em um mundo onde o desemprego é alto, onde as oportunidades sociais são cada dia mais difíceis, onde cresce o número dos abrangidos pela exclusão social, essa igualdade merece ser respeitada.

Existem vários instrumentos para a obtenção do respeito efetivo à pessoa humana. Basta que a própria humanidade deseje acioná-los. E não é preciso nenhuma ruptura com a forma de sociedade existente, ou mesmo uma revolução para que isso ocorra. Bastará reconhecer e garantir que cada um tem dignidade igual a de todos os seres humanos e não pode, sob qualquer circunstância, ser privado dela. O princípio da não discriminação visa preservar essa dignidade, cada dia mais ameaçada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AFRICANA on line. Disponível em: <<http://www.africanaonline.com/civil_rights_birmingham.htm>. Acesso em: 21 out. 2004.

AGENDA do Samba e do Choro. Disponível em: <<http://www.samba-choro.com.br/s-c/tribuna/samba-choro.0011/0942.html>>. Acesso em: 09 dez. 2004.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal no dia 07 de setembro de 1998. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimpr. Trad. para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid:Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. 7. ed. Barcelona: Ariel, 1981.

ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18 ed. Madrid: Civitas, 1980.

_____. *Estatuto de los trabajadores: texto e comentário breve*. Madrid: Civitas, 1980.

ALVES, Ricardo de Paula. Considerações sobre o princípio de não-discriminação em direito comunitário. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 27, n. 101, p. 108-125, jan./mar. 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1998.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquim. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid, Civitas, 1990.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999, p. 97.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RTCD: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, jan./mar. 2002.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. Los convenios 100, 111 e 156 ratificados por la ley nº 16.063 e a eliminação da discriminação na matéria de emprego e ocupação. *Cuadernos*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, n. 15, p. 143-161, 1990.

BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffré, 1991.

BARNARD, Catherine. *EC employment law*. Chichester: John Wiley & Sons, 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELIN, Jean. *L'Égalité des citoyens devant les charges publiques*. Paris: Dalloz, 1936.

BELTON, Robert. Causation and burden-shifting doctrines in employment discrimination law revisited: some thoughts on *Hopkins* and *Wards Cove*. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1359-1406, June 1990.

_____; AVERY, Dianne. *Employment discrimination Law*. 6. ed. St Paul: West, 1999.

BÍBLIA (N.T.). *Edição Barsa para a Família Católica*. Rio de Janeiro: Barsa, 1964. Evangelho de São Mateus, cap. 13, v. 47.

_____. (V. T.). *Edição Barsa para a Família Católica*. Rio de Janeiro: Barsa, 1964. Gênesis, 3-16, Novo Testamento.

BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 14 maio 2004.

BLAINPAIN, Roger; JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail communautaire*. 2. ed. Paris: L.G.J.D., 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdad y libertad*. Tradução para o castelhano de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1993.

_____. *Teoria geral da política*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOSSUYT, Marc. *L'Interdiction de la discrimination dans le droit International des droits d'homme*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylent, 1976.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, VIII. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

_____. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 29. ed. São Paulo :Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição de 1824. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição de 1891. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição de 1934. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição de 1937. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição de 1946. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição de 1967. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Constituição Federal de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. Decreto 3.298/99. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

_____. Lei 5.473/68. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22005473%22&s4=1968&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 06 set. 2004.

_____. Lei 7.347/85. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

_____. Lei 7347/85, art. 5º, § 6º. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

_____. Lei 7.716/89. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

BRASIL. Lei 7.853/89. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

_____. Lei 9.029/95. *Presidência da República*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

_____. Lei 9.799/1999. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=@docn&s3=%22009799%22&s4=1999&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 06 set. 2004.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

_____. Mensagem de Veto nº 673 de 26 de maio de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2004.

_____. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Judicial process in america*. 3. ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996.

CARTA Encíclica Laborem Exercens do Sumo Pontífice João Paulo II no nonagésimo aniversário da encíclica *Rerum Novarum*, de 14 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=1570#9trabajo>>. Acesso em: 29 dez. 2003.

CARTA Encíclica *Laborem Exercens* do Sumo Pontífice João Paulo II no nonagésimo aniversário da encíclica *Rerum Novarum*, de 14 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 20 dez. 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. Coimbra: Almedina, 1985.

COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Trad. castelhana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961.

COLORNI, Vittore. *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*. Milano: Giuffrè, 1976.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 05 set. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo. n. 1, . p. 69-78, 1993.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. *EUR-Lex*. Diretiva 75/117. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31975L0117&model=guichett>. Acesso em 05 set. 2004.

_____. *Eur-Lex*. Regulamento (CEE) 1612/1968 de 15.10.1968. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31968R1612&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

_____. *Europa*. Tratado que institui a Comunidade Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttr6f01.htm#150>>. Acesso em: 13 nov. 2004.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tratado de Roma de 25 de março de 1957. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/search/treaties_founding.html>. Acesso em: 12 nov. 2004.

CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília.

CONSTITUIÇÃO Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no Mundo de Hoje, de 7 de dezembro de 1965. In: DE SANCTIS, Frei Antonio (Org.). *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1991.

CRETELLA JR., José. Arbítrio. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7.

_____. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CUEVA, Mario de la. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. México: Porrúa, 1974.

DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. O princípio da igualdade na relação jurídica de trabalho. *Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano 1, v. 1, p. 103-139, abr./jun. 1988.

DANTAS, Iuri. No Brasil, 142 respondem nos tribunais por ações racistas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13.10.2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/menosiguais/xx1310200121.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Trad. de Hermínio A. de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DICIONÁRIO Aurélio. Versão em CD-Rom, Séc. XXI, Versão 3.0, nov. de 1999.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e de Estudos Sócio-Econômicos. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/esp/negro_apendiceestatistico2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2004.

DONOHUE III, John D. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York:Foundation Press, 2003.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano 66, n. 11, p. 1334-1336, nov. 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. para o Português de Néilson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ENCÍCLICA *Rerum Novarum*, Carta Encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII Sobre a Condição dos Operários de 15 de maio de 1891. In: DE SANCTIS, Frei Antonio (Org.). *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMISSION. *1995 Annual Report*. Washington: EEOC, 1995.

_____. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov>>. Acesso em: 22 out. 2004.

_____. *Filing a Charge of Employment Discrimination*. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/charge/overview_charge_filing.html>. Acesso em: 24 out. 2004.

_____. Pre 1965: events leading the creation of EEOC. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/pre1965/index.html>>. Acesso em: 22 out. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Age Discrimination in Employment Act. *Equal Employment Opportunity Comission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/adea.html>>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. Americans with Disabilities Act. *Equal Employment Opportunity Comission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>> Acesso em: 27 out. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Civil Rights Act. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 21 out. 2004.

_____. Civil Rights Act. Title VII. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 05 out. 2004.

_____. Constituição Federal. 14^a Emenda. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.amendmentxiv.html>>. Acesso em: 19 out. 2004.

_____. Executive Order 10,295. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

_____. Executive Order 11,246. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 28 out. 2004.

_____. Executive Order 11,478. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/federal/eo11478/eo11478.html>>. Acesso em: 28 out. 2004.

_____. Executive Order 8,802. Disponível em: <http://www.classbrain.com/artteenst/publish/article_71.shtml>. Acesso em: 28 out. 2004.

_____. Executive Order nº 11.246. *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 05 out. 2004.

_____. Federal Code. 2000e-5 (b). *Equal Employment Opportunity Commission*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>>. Acesso em: 24 out. 2004.

_____. *U.S.Code – Equal Rights Under The Law*. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts_search.pl?title=42&sec=1981>. Acesso em: 28 out. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. Code*. 42 U.S.C. § 2000e. LII - Legal Information Institute. Disponível em: <http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sec_42_00002000---e000-notes.html>. Acesso em: 29 out. 2004.

EZRA, Esther. The Undesired: Exclusion (and Inclusion) in Migration Policy-Making in Europe. *Revue des Affaires Européennes/Law & European Affairs*, Paris. v.10. n.1/2, p.7-37, 2000.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano, 1981.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la Ley del más débil*. 3. ed. Trad. para o Espanhol de Perfecto André Ibañez Y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FIND law for legal professionals Disponível em: <<http://laws.findlaw.com>>. Acesso em: 27.10.2004.

FREEMAN, Alan. Antidiscrimination law: the view from 1989. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1407-1441, June 1990.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur Raphael. *Civil procedure*. St. Paul: West, 1985.

FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER JR., George M. *The law of employment discrimination*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GETMAN, Julius G. The changing role of courts and the potential role of unions in overcoming employment discrimination. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1482, June, 1990. p. 1477-1483, p. 1482.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

_____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

GOULD, IV, William B. The Supreme Court and Employment Discrimination Law in 1989: Judicial Retreat and Congressional Response. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1485-1513, June 1990.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 10, n. 19, p. 19-35, mar. 2000.

HARVEY, Ruth A. Equal Treatment of men and women in the work place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, n. 1, p. 31-71, Winter 1990.

HEIDE, Ingeborg. Medidas supracionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 118, n. 4, p. 425-459, 1999.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Trad. para o espanhol de Luis Tobio. México: Ed. Fondo de Cultura Economica, 1942.

HERNU, Rémy. *Príncipe d'egalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes*. Paris: L.G.D.J., 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil*. Oxford: Basil Blackwell, [19-?].

IBGE – PNAD 2002. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2002/>. Acesso em: 22 nov. 2004.

INFOPLEASE. Disponível em: <<http://www.infoplease.com/spot/civilrightstimeline1.html>>. Acesso em: 21 out. 2004.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2003.

ITÁLIA. Lei 40, de 6 de março de 1998. Parlamento Italiano. Leggi delle XIII legislatura. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/98040l.htm>>. Acesso em: 05 set. 2004.

JESUS, Eunice Aparecida de. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. 1980. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KLEIN, Zivia. *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris: Librairie Philosophique, 1968.

LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos: (um diálogo com Hannah Arendt)*. 1988. Tese (Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1988.

LANQUETIN, Marie-Thérèse. Discriminations à raison du sexe. *Droit Social*, Paris, n 7/8, p. 688-695, juil./août. 1998.

_____. L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002. *Droit Social*, Paris, n. 3, p. 312-322, mars 2003.

_____. La discrimination à raison du sexe em droit communautaire. *Droit Social*, Paris, n. 12, p. 807, p. 806-814, déc. 1988.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LEITE, Jorge; ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de. *Coletânea de Legislação do trabalho*. 11. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

LOCHAK, Danièle. Reflexions sur la notion de discrimination. *Droit Social*, Paris, n. 11, p. 778-790, nov. 1987.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância, Segundo tratado sobre o governo, Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LORENTZ, Lotiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano 65, n. 5, p. 519-531, maio 2001.

LYON-CAEN, Antoine. L'égalité et la loi en droit du travail. *Droit Social*, Paris, n. 1, jan. 1990.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, v. 4. 1990.

MALLET, Estêvão. Direito do trabalho e discriminação. *Revista da Amatra II*, ano 4, n. 10, p. 18-28, dez. 2003.

_____. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

MALTA, Elisa Maria Brant de Carvalho; CARLOS, Vera Lúcia. A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS no emprego e seu direito à reintegração. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, n. 104, p. 75-87, out./dez. 2001.

MARITAIN, Jacques. *Lês drois de l'homme et la loi naturelle*. New York: Maison Française, 1942.

MARKUN, Paulo. Hotel demite acusado de barrar moça negra. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 jun. 1980. Paulo Markun. Disponível em: <<http://www.paulomarkun.com.br/rep02.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.

MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao direito comunitário*. Trad. de José Manuel Caseiro Alves, Ricardo Veiga Ferrão e António Robalo Cordeiro. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. 12.tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

MELO, Milena Petters. *Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis: direitos humanos como educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MERCOSUL. Declaração Sócio Laboral do Mercosul. Instituto Nacional de Saúde do Trabalho – CUT. Disponível em: <<http://www.instcut.org.br/mer02.htm>>. Acesso em: 05 set. 2004.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Glossário. Disponível em: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 05 out. 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. t. 4.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969. t. 4.

_____. *Democracia liberdade e igualdade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1990.

MONTOYA MELGAR, Alfredo *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MYRDAL, Gunnar. An american dilemma: the negro problem and modern democracy. In: DONOHUE III, John J. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. Carta Geral das Nações Unidas. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/cartaonu.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

_____. Carta das Nações Unidas. *Nações Unidas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>>. Acesso em: 01 dez. 2004.

_____. Carta das Nações Unidas. *UNICEF*. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/uncarta.htm>>. Acesso em 02 set. 2004.

_____. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

_____. Convenção internacional para prevenção contra todas as formas de discriminação racial. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Minorias_discriminacao/texto/texto_4.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

_____. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

_____. Doc. das Nações Unidas n. A/ 46/ 49 de 17.12.1991. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Deficiencia/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

_____. Resolução nº 1514 (XV) da Assembléia Geral de 14 de dezembro de 1960. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_1.html>. Acesso em: 02 set. 2004. Resolução nº 1514 (XV) da Assembléia Geral de 14 de dezembro de 1960.

_____. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo.. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_3.html>. Acesso em: 01 dez. 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>.

Acesso em: 01 dez. 2004.

NAHMIAS Neto, Sandro. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: LTr, 2004. p. 82.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. LTr: legislação do trabalho, São Paulo, ano 68, n. 7, p. 777-787, jul. 2004.

_____. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 67, n. 8, p. 903-916, ago. 2003.

_____. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

NIELSEN, Henrik Karl. Discrimination and lawful distinction in employment: the approach by the ILO. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 14, n. 4, p. 401-417, Dec. 1996.

NÚCLEO DOS ESTUDOS NEGROS. *Dossiê*. Disponível em: <<http://www.nen.org.br/dossie.doc>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana dos Direitos Humanos. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <:http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_5.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

_____. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/base8a.htm>>. Acesso em: 05 set. 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos do Homem. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_2.html>. Acesso em: 02 set. 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 117. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm>>. Acesso em: 02 set. 2004.

_____. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edílson Alkmin Cunha. Estação Gráfica, 1998.

_____. *ILOLEX- Base de dados sobre as normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/portug/docs/convdisp1.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

_____. Individual Observation concerning Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation), 1958 Brazil (ratification: 1965) Published:2004. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/newcountryframeE.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

_____. Recomendação nº 111. *ILOLEX- Base de dados sobre as normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp2.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

ORIONE, Marcus Gonçalves Correia. *As ações coletivas e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORTÍZ LALLANA, Carmen. Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, p. 99-108, 2003. Disponível em: <www.mtas.es/publica/revista/numeros/47/Est03.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. O direito constitucional à igualdade e à não discriminação por razão de gênero nas relações de trabalho em Espanha. *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, Goiânia, ano 7, n. 9, p. 95-107, nov. 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, Goiânia, ano 7, n. 9, p. 41-57, nov. 2001.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. Discriminação indireta. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano, 65, n. 4, p. 402-406, abr. 2001.

_____. O princípio da igualdade de tratamento. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 443-451, abr. 1996.

_____. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho e constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PEYTON, Daniel. *Sex & race discrimination law*. London: Blackstone Press, 1999.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução para o português de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Ed. 70, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 82-88, jul./set. 1999.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. *Implementação do direito à igualdade*. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos: a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Nuevos aportes sobre la protección a la intimidad del trabajador. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998. p. 195-213.

_____. *Princípios de direito do trabalho*. 3. tir. Trad. de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1994.

PLATÃO. *A república*. Trad. de Albertino Pinheiro. 2. reimpr. São Paulo: EDIPRO, 2001.

PLAYER, Mack A. *Employment discrimination law*. St. Paul: West, 1988.

PLAYER, Mack A. *Federal law of employment discrimination in a Nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999.

THE PRESIDENTIAL Papers, Lindon, Utah: CDEX Information Group. Disponível em: <<http://www.hpol.org/lbj/civil-rights/>>. Acesso em: 08 jun. 2004.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Biblioteca*. Coletânea. Audiência Pública da Comissão de Educação, Cultura e Desporto da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, realizada em 19.11.2002, Disponível em: <<http://www.prsc.mpf.gov.br/servicos/biblioteca/coletaneas/audiencia19112002.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almino Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2. tir. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 2.

_____. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959.

_____. *Vida humana, sociedad y derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952.

REVISTA ISTO É, 16 out. 1996. Disponível em: <www.terra.com.br/istoe/semana/141123j.htm>. Acesso em: 26 nov. 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. A aplicação da Declaração Sociolaboral do Mercosul e a supranacionalidade operativa dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo, n. 18, p. 197-219, 2002.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista de Direito Trabalhista*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 5, p. 22-23, maio 2000.

ROSSANO, Claudio. *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1966.

ROSSILLION, Claude. La OIT y la eliminacion de la discriminacion en el empleo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellin, n. 76, p. 5-27, 1987.

ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. *Employment law*. 3. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad. para o português de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law*. New York: Foundation Press, 2001.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. São Paulo: Editora das Américas – Edameris, 1964. v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SCHEIDTMANN, André. The Application Of EC Competition Law In National Courts: Problems And Recent Reform Proposals. *Hausarbeiten.de*. Disponível em: <<http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/16962.html>>. Acesso em: 12 nov. 2004.

SCHLEI, Barbara Lindemann; GROSSMAN, Paul. *Employment discrimination law*. 2. ed. Washington: The Bureau of National Affairs-BNA Books, 1983.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHWOCHAU, Susan; BLANCK, Peter David. The economics of the americans with disabilities act, Part III: Does the ADA Disable the Disabled? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, p. 287, 2000. *Law, Health Policy & Disability Center, New Developments in Employment Policy*. Disponível em: <http://disability.law.uiowa.edu/lhpdc/publications/documents/blancketaldocs/econ_part3.doc>. Acesso em: 29 out. 2004.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun. 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 168-191, jan./mar. 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, ano 68, n. 2, p. 97-102, abr./jun. 2002.

STEIN, Micheal Ashley. Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 21, 2000. Disponível em: <<http://www.boalt.org/BJELL/21-1/21-1-314.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2004.

SULLIVAN, Kathleen M. City of Richmond v. J. A. Croson Co. Tha backlash against affirmative action. *Tulane Law Review*, v. 64, n. 6, p. 1609-1624, June 1990.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *GRUTTER V. BOLLINGER* (02-241) 288 F.3d 732, affirmed. Disponível em: <<<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZO.html>>. Acesso em: 05 out. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004.

_____. Julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO, em 29.05.2001, 1ª Turma, DJ de 29.05.2001, p. 1131. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=tratados+internacionais++e+norma+e+constitucional&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G>>. Acesso em: 28 nov. 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de Racismo. 1998. Universidade de Franca. Laboratório de assessoria administrativa e jurídica. Disponível em: <www.unifran.br/daltro/site/juridico/textos/CrimesDeRacismo.doc>. Acesso em: 26 nov. 2004.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Universidade de Caxias do Sul; Livraria Sulina Editora, 1980.

TORRENTE GARI, Susana. Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre. *Revista del Ministerio de Trabajo Y Asuntos Sociales*, n.47, 2003. Disponível em: <www.mtas.es/publica/revista/numeros/47/Leg02.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2004.

TRABALHO EM REVISTA, ano 20, n. 238, p. 42-45, maio 2002.

TRATADO DE VERSAILLES. University of San Diego History Department. Disponível em: <<http://history.acusd.edu/gen/text/versaillestreaty/ver400.html>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPÉIA. *EUR-Lex*. *Eckhard Kalanke Contra Freie Hansestadt Bremen*. Decisão proferida em 17 de outubro de 1995. Pedido de decisão prejudicial. Assunto C- 450/93. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=P T&numdoc=61993J0450&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2004.

_____. *Bases jurídicas. Enunciados.* Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 29 nov. 2004.

_____. *Jurisprudência unificada.* Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2004.

_____. *Movimento de processos de 1941 a 2004.* Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2004

U.S. CENSUS Bureau. Disponível em: <<http://www.census.gov>>. Acesso em: 19 out. 2004.

UNAMUNO, Miguel de. *La dignidad humana.* Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1949.

UNIÃO EUROPÉIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. EUR-Lex.* Disponível em: <[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000X1218(01)&model=guichett)>. Acesso em: 16 nov. 2004.

_____. *Diretiva 2000/43. CELEX.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000L0043&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

_____. *Diretiva 2000/78.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32000L0078&model=guichett>. Acesso em: 19 nov. 2004.

_____. *Diretiva 2002/73.* Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32002L0073&model=guichett>. Acesso em: 15 nov. 2004.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 75/117*. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31975L0117&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. *Diretiva 76/207*. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31976L0207&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. *Diretiva 79/07*. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31979L0007&model=guichett>. Acesso em: 05.09.2004.

_____. *Diretiva 86/378*. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31986L0378&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. *Diretiva 86/613*. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31986L0613&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

_____. *Diretiva 92/85*. *EUR-Lex*. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31992L0085&model=guichett>. Acesso em: 13 nov. 2004.

_____. *Diretiva 97/80*. CELEX. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31997L0080&model=guichett>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. Projeto de tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Prefácio. *EUR-Lex*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/constit.html>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

_____. Tratado de Amsterdam. *Eur-Lex*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/amsterdam.html#0001010001>>. Acesso em: 16 nov. 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado de Constituição da Comunidade Económica Européia*. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttr6d08.htm#131>>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. *Conselho da União Européia*. Disponível em: <<http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/cg00087-re02.pt04.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

VAL ALYSTINE, William W. Affirmative actio_n and racial discrimination under law: a preliminary review. In: DONOHUE III, John J. *Foundations of employment discrimination law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2003.

VENTURA, Luciano. *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffré, 1984.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979.

_____. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. 1985. Tese (Livre Docência em direito do trabalho) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

WHITE, Rebecca Hanner. *Employment law and employment discrimination*. New York: Aspen Law & Business, 1998.

RESUMO

A dissertação acadêmica procura efetuar uma análise dos mecanismos que tem por objetivo reprimir as atitudes discriminatórias nas relações de trabalho, tanto na ordem jurídica brasileira como na ordem jurídica dos Estados Unidos da América e da União Européia. Essa análise pretende contribuir cientificamente com o estudo da discriminação nas relações do trabalho, fenômeno não suficientemente estudado no Brasil em proporção à gravidade do problema.

Ela tem início com um estudo sobre o princípio da dignidade humana como princípio de unidade dos direitos fundamentais, sua positivação na ordem jurídica internacional e interna, sua definição e suas funções. Logo após, o princípio da igualdade é estudado, desde os primórdios da humanidade até os dias atuais. São estudadas várias concepções atuais de igualdade, as funções desse princípio, seu histórico nas constituições brasileiras, bem como seu relacionamento com o direito do trabalho.

O estudo do princípio da não discriminação ocupa situação de destaque na dissertação, principalmente no estudo dos vários conceitos de discriminação encontrados. Nesse capítulo, o estudo procura expor diversos conceitos legislativos, doutrinários e judiciais formulados sobre a discriminação, bem como uma análise dos seus componentes. Dentro desse capítulo ainda foi realizado um estudo sobre as ações afirmativas, sua conceituação, constitucionalidade e objetivos. No final do capítulo, é estudado o princípio da não discriminação e suas relações com o direito do trabalho.

No quarto capítulo são feitas as classificações dos mecanismos antidiscriminatórios nas relações do trabalho. Após essa análise, são estudados separadamente em cada capítulo os mecanismos existentes nos Estados Unidos da América, na União Européia e no Brasil. Em cada um deles, são expostas as principais normas jurídicas existentes, bem como as políticas administrativas e definições da discriminação formuladas em decisões judiciais. O trabalho procura elaborar críticas sobre os mecanismos existentes em cada um dos referidos ordenamentos, bem como destacar os pontos positivos encontrados.

Para concluir, o trabalho acadêmico elabora críticas sobre os mecanismos antidiscriminatórios nas relações do trabalho, fazendo sugestões para combate ao grave problema da discriminação.

ABSTRACT

The purpose of this academic paper is to conduct an analytical study of the mechanisms aimed at restraining discriminatory behaviors in employment relations, not only in the Brazilian legal system, but also in the jurisprudence of the United States of America and of the European Union. The paper is intended to give a scientific contribution for the study of discrimination in employment relations - a matter that has not been sufficiently studied in Brazil in comparison to the seriousness of the problem.

It begins with a study of the principle of human dignity as a principle of unification of the fundamental rights, its increasing positiveness in the international and domestic jurisprudence, its definition and functions. Then, the principle of the equality is studied from the beginning of human kind to the present times. Several of the current concepts of equality, the functions of this principle, and its backgrounds in the Brazilian Constitutions are studied, as well as its relationship with the labor laws.

The study of the non-discrimination principle holds an outstanding position in this paper, particularly as to the study of the several discrimination concepts that have been found. In this chapter, the study presents several legislative, doctrinaire and judicial concepts of discrimination, and makes an analysis of their components. Still within the scope of this chapter, there is a study about affirmative actions, their concepts, constitutionality and purposes. The end of the chapter addresses the non-discrimination principle and its relations with the labor laws.

The fourth chapter is dedicated to classifying the anti-discriminatory mechanisms in employment relations. After such analysis, the mechanisms existing in the United States of America, in the European Union, and in Brazil are studied separately. In each one, the most relevant existing legal rules are presented, as well as the administrative policies and definitions concerning discrimination that are contained in court decisions. The paper seeks to provide a critical view on the existing mechanisms in each of the mentioned legal systems, as well as to highlight the positive points that have been found.

To sum up, the academic paper contains critical opinions on the anti-discriminatory mechanisms in employment relations, and gives suggestions to prevent this serious discrimination problem.